

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2025/1**



Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 109

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 87

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (Editör)

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Arş. Gör. Hüsnîye Asena ÇOLAK

Arş. Gör. Yunus Emre ERDÖLEN

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

Arş. Gör. Ömer Mert YILMAZ

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Olivier DÉCIMA (Université de Bordeaux, France)

Prof. Dr. Mariavaleria DEL TUFO (Università Suor Benincasa, Italy)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (Kadir Has Üni.)

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Gedik Üni.)

Prof. Dr. Tarsis Barreto OLIVEIRA (Université Fédérale de Tocantins et à l'Université d'État de Tocantins, Brésil)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL

Prof. Dr. Pınar AKAN

Prof. Dr. Rıdvan AKIN

Prof. Dr. Rükiye AKKAYA

Prof. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

Prof. Dr. Güçlü AKYÜREK

Prof. Dr. Nilay ARAT

Prof. Dr. Tolga AYOĞLU

Prof. Dr. Süheyla BALKAR

Prof. Dr. Barış BAHÇECİ

Prof. Dr. Nihat BULUT

Prof. Dr. Murat ENGİN

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK

Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

Prof. Dr. Onur KARAHANOĞULLARI

Prof. Dr. Hatice KOCASAKAL

Prof. Dr. Ekrem KURT

Prof. Dr. Aslı MAKARACI

Prof. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Arif Barış ÖZBİLEN

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Sibel ÖZEL
Prof. Dr. Burak ÖZEN
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ
Prof. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI
Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR
Doç. Dr. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL
Prof. Dr. Mehmet Rıfat TINÇ
Prof. Dr. Oktay UYGUN
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK
Prof. Dr. Ahmet YAYLA
Prof. Dr. Erdal YERDELEN
Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN
Doç. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN
Doç. Dr. Pınar ALTINOK ORMANCI
Doç. Dr. Ş. Esra BASKAN
Doç. Dr. Kadir BAŞ
Doç. Dr. Nur BOLAYIR
Doç. Dr. Orhan Ersun CİVAN
Doç. Dr. Muhammed DEMİREL
Doç. Dr. Barış DEMİRSATAN
Doç. Dr. Erkan DUYMAZ
Doç. Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN
Doç. Dr. Rahime ERBAŞ
Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU
Doç. Dr. Mutlu KAĞITÇIOĞLU İSKENDEROĞLU
Doç. Dr. Ulaş KARAN
Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI
Doç. Dr. Serkan KÖYBAŞI
Doç. Dr. Serkan MERAKLI
Doç. Dr. Berke ÖZENÇ
Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ
Doç. Dr. İpek Sevdâ SÖĞÜT
Doç. Dr. Sendi YAKUPPUR
Dr. Öğr. Üyesi Hülûsi Alphan DİNÇKOL
Dr. Öğr. Üyesi Rağıp Barış ERMAN
Dr. Öğr. Üyesi Melisa KONFİDAN
Dr. Öğr. Üyesi Elif GÖKŞEN KÖSTEM
Dr. Öğr. Üyesi Pınar GÜZEL KILIÇ
Dr. Öğr. Üyesi Bleda Rıza KURTDARCAN
Dr. Öğr. Üyesi Necdet Umut ORCAN
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril ÖZCANLI
Dr. Öğr. Üyesi Deniz TEKİN APAYDIN
Dr. Öğr. Üyesi Işıl YELKENCİ
Dr. Öğr. Üyesi Serkan YOLCU
Dr. Öğr. Üyesi Can YÖNEY
Dr. Öğr. Üyesi Cihan YÜZBAŞIOĞLU
Arş. Gör. Dr. İsmail DEDE

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2025 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Mizanpaj : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş.

Sertifika No: 45644

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** ve **dergigsu@gmail.com** e-posta adreslerine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Dergiye gönderilen yazılar, özet ve kaynakça hariç, dipnotlar dahil olmak üzere en fazla 15000 kelime olmalıdır.
6. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
7. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.

9. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

11. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

12. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlendirme yapılabilir.

- a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayınevi, yayın yeri, yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ...

Çeviri kitaplar için:

SARTORI Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

- b) Yüksek lisans ve doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

- c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: ALTAY Sıtkı Anlam, "Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, S. 2, 2019, ss. 897-92.

Kitap içerisinde yer alan makaleler için:

EVİK Vesile Sonay, “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek Maksadıyla Örgütlenme Suçu”, **Özel Ceza Hukuku**, C. I, Uluslararası Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 92-113.

- d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POSTPN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

13. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

- a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece yazarın soyadı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiyiden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.” ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın birden fazla yayını kullanılmışsa, yazar soyadı, eserin yayın yılı ve sayfa numarası; aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa da basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016/5823, K. 2016/13745, 30.05.2016, YKD, C. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

- c) İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

14. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

15. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **A. Füsün ARSAVA** 1

FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADİ IŞIĞINDA
ULUSLARARASI HUKUKA DOSTÇA YAKLAŞIM PRENSİBİNİN AİHK VE
ULUSAL HUKUK İLİŞKİSİNDE HUKUKİ ETKİSİ

*THE LEGAL EFFECT OF THE PRINCIPLE OF FRIENDLY APPROACH TO
INTERNATIONAL LAW ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ECHR AND
NATIONAL LAW IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE
GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT*

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **Birden GÜNGÖREN BULGAN** 17

WALTER JELLINEK'İN HUKUK DEVLETİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ

WALTER JELLINEK'S VIEWS ON THE RULE OF LAW

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **Demirhan Burak ÇELİK** 47

BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ
YAPABİLMESİNİN KOŞULLARI

*CONDITIONS FOR CONSTITUTIONAL REVIEW IN INDIVIDUAL APPLICATION
PROCEDURE*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Gökhan ÖLMEZ** 83

CEZA HUKUKUNDA KUSUR İLKESİNİN ANAYASAL TEMELLERİ

CONSTITUTIONAL BASIS OF THE PRINCIPLE OF CULPABILITY IN CRIMINAL LAW

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Davut ÖZYURT** 137

ŞİLİ'DE YENİ ANAYASA YAPIM SÜRECİ (2021-2022):
BAŞARISIZLIĞIN SEBEPLERİ VE SÜREÇTEN ALINACAK DERSLER

*CHILEAN NEW CONSTITUTION-MAKING PROCESS (2021-2022):
THE CAUSES OF THE FAILURE AND THE LESSONS FROM THE PROCESS*

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Buket SOYGÜT** 193

EŞYA MÜSADERESİ BAKIMINDAN SUÇLA BAĞLANTILI OLMA KOŞULU

*CONDITION OF CONNECTION WITH THE CRIME IN TERMS OF CONFISCATION OF
GOODS*

Araştırma Makalesi

- Öğr. Gör. Dr. **Burcu GÖRKEMLİ** 241
ÇOCUK ADALETİ SİSTEMİNDE SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA YÖNELİK
DENETİMLİ SERBESTLİK KARARLARININ İNFAZI
EXECUTION OF SUPERVISED RELEASE DECISIONS AGAINST CHILDREN DRIVED
INTO CRIME IN THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

Araştırma Makalesi

- Arş. Gör. Dr. **Neslihan CAN YAVUZ** - Dr. **Abdurrahman Burak KARAHAN** 269
GÖZLERİ TAMAMEN AÇIK: EŞE KARŞI İŞLENEN SUÇLARIN RESEN
MUHAKEMESİNİN AİLE İÇİ ŞİDDETLE MÜCADELE KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ
EYES WIDE OPEN: EVALUATION OF PROSECUTION EX OFFICIO OF
CRIMES COMMITTED AGAINST THE SPOUSE WITHIN THE SCOPE OF
COMBATING DOMESTIC VIOLENCE

Araştırma Makalesi

- Arş. Gör. Dr. **Ezgi ÇALDIRAN** 307
NAMIK KEMAL'İN KAMU HUKUKUNU ALIMLAMA BİÇİMİ
NAMIK KEMAL'S RECEPTION OF THE PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi

- Arş. Gör. Dr. **Burak SAYGILI** 331
SEÇKİNCİ VE PLEBİSİTER BOYUTLARIYLA NASYONAL SOSYALİZM
NATIONAL SOCIALISM: ITS ELITIST AND PLEBISCITARY DIMENSIONS

Araştırma Makalesi

- Sefa Ural ERTÜRK** 369
HUKUK DEVLETİ, AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE
YARGI BAĞIMSIZLIĞI
THE RECHTSSTAAT, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND
JUDICIAL INDEPENDENCE

Araştırma Makalesi

- Arş. Gör. **Gülce Ecem UÇAR** 413
SUÇLU SAYILMAMA HAKKI VE HAKKIN TEMEL İHLAL SEBEPLERİ
THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE MAIN REASONS OF
ITS VIOLATION

Araştırma Makalesi

- Kerem ÜNAL** 473
ULUSLARARASI DENİZ HUKUKUNDA AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİ
THE PRINCIPLE OF THE FREEDOM OF THE HIGH SEAS IN THE INTERNATIONAL LAW
OF THE SEA

Çeviri

Yukio OKİTSU - Arş. Gör. **Rıdvan AKIN** 508

KÜRESEL BİR İDARİ İŞLEM Mİ?

MADDİ VE USUL HUKUKU ARASINDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

A GLOBAL ADMINISTRATIVE ACT?

REFUGEE STATUS DETERMINATION BETWEEN SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL LAW

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **Başak BAŞOĞLU KAPACI** 557

ELLE TUTULMAYANIN PEŞİNDE: EŞYA HUKUKUNUN DÖNÜŞÜMÜ VE
UNIDROIT ÇALIŞMALARI IŞIĞINDA DİJİTAL VARLIKLAR İLE DOĞRULANMIŞ
KARBON KREDİLERİ ÜZERİNDE MUTLAK HAK SAHİPLİĞİ

IN PURSUIT OF THE ABSTRACT: THE TRANSFORMATION OF PROPERTY LAW AND
PROPRIETARY RIGHTS OVER DIGITAL ASSETS AND VERIFIED CARBON CREDITS IN
LIGHT OF UNIDROIT PROJECTS

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **Özgür OĞUZ - Cemal Mert TÜZEMEN** 587

YAPAY ZEKANIN İŞ HUKUKUNA ETKİSİ

THE EFFECT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON LABOUR LAW

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Ayşe İpek SARIOZ BÜYÜKALP** 613

ULUS KAVRAMININ VATANDAŞLIĞIN TELSİK YOLUYLA KAZANILMASINA VE
TÜRK VATANDAŞLARINA TANINAN HAKLARDAN YARARLANAN
YABANCILARIN TESPİTİNE ETKİSİ

THE CONCEPT OF NATION AND ITS EFFECT ON THE NATURALIZATION AND THE
DETERMINATION OF FOREIGNERS ENJOYING THE RIGHTS OF TURKISH CITIZENSHIP

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Tülay GÖKDEMİR TAMER** 657

TEK YETKİLİ SATICININ DENKLEŞTİRME İSTEMİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

THOUGHTS ON THE GOODWILL INDEMNITY IN EXCLUSIVE DISTRIBUTION
CONTRACTS

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Gülen Sinem TEK** 703

TEK BAŞINA VELAYETE SAHİP KİŞİNİN ÖLÜMÜNDEN SONRASI İÇİN ÇOCUĞUN
KORUNMASI VE YASAL TEMSİLİNE YÖNELİK İRADESİ

THE WILL OF THE PERSON WITH SOLE PARENTAL AUTHORITY FOR THE
PROTECTION AND LEGAL REPRESENTATION OF THE CHILD AFTER HIS/HER DEATH

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr Üyesi **Ömer UĞUR**.....737

BAYİLİK İLİŞKİSİ KAPSAMINDA SAĞLAYICININ BAYİ ÇALIŞANLARININ
İŞÇİLİK ALACAKLARINDAN SORUMLU TUTULMASI

*SUPPLIER'S LIABILITY FOR THE EMPLOYMENT ENTITLEMENTS OF THE
DEALER'S EMPLOYEES UNDER A DEALERSHIP RELATIONSHIP*

Araştırma Makalesi

Arş. Gör. **Yağmur Öykü YÖNET** 777

İŞLEVLERİ ZEMİNİNDE ÇERÇEVE SÖZLEŞME KAVRAMI

THE CONCEPT OF FRAMEWORK CONTRACT ON THE BASIS OF ITS FUNCTIONS

KAMU HUKUKU

FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADI IŞIĞINDA ULUSLARARASI HUKUKA DOSTÇA YAKLAŞIM PRENSİBİNİN AİHK VE ULUSAL HUKUK İLİŞKİSİNDE HUKUKİ ETKİSİ^(*)

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA^(**)

Öz: Federal Almanya’da diğer uluslararası anlaşmalar gibi AİHK de iç hukukta kanun hiyerarşisi ile geçerli olmaktadır. Alman anayasasının ılımlı dualist karakteri nedeniyle AİHK ile olan ilişkisinde bu bağlamda kimi sorunlar ortaya çıksa da bu sorunların anayasal bir prensip olan uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibine istinaden çözüme ulaştırıldığı görülmektedir. Makalede uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibinin lex posterior kuralı, anayasal kimlik, elverişlilik kriteri, margin of appreciation doktrini sınırlamaları ışığında bu sorunların bir taraftan Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasanın kurumsal yapısındaki yerinin ve fonksiyonunun, diğer taraftan AİHM’nin ulusal hukuk düzeninde sahip olduğu fonksiyonun ve otoritenin dikkate alınarak nasıl çözüme ulaştırıldığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Normlar Hiyerarşisi, AİHM Kararlarının Yönlendirme ve Emsal Karar Etkisi, Anayasal Kimlik, Takdir Hakkı.

^(*) Bu makale hakem denetiminden geçmemiştir.

^(**) Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2275-7664>.

THE LEGAL EFFECT OF THE PRINCIPLE OF FRIENDLY APPROACH TO INTERNATIONAL LAW ON THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ECHR AND NATIONAL LAW IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT

Abstract: In the Federal Republic of Germany, like other international agreements, the ECHR is valid in domestic law through a hierarchy of laws. Although some problems have arisen in this context in its relationship with the ECHR due to the moderate dualist character of the German constitution, it seems that these problems have been resolved based on the principle of friendly approach to international law, which is a constitutional principle. In the article, in the light of the limitations of the principle of friendly approach to international law, the lex posterior rule, constitutional identity, the criterion of convenience, the margin of appreciation doctrine, these problems are examined, on the one hand, the place and function of the Federal German Constitutional Court in the institutional structure of the constitution, and on the other hand, the function and authority of the ECHR in the national legal order. It is evaluated how the solution was achieved, taking into account

Keywords: Hierarchy of Norms, Guidance and Precedent Effect of ECHR Decisions, Constitutional Identity, Margin of Appreciation.

GİRİŞ

Ulusal hukuk düzeni ve AİHK arasındaki rekabetin, aynı paralelde Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasındaki rekabetin tam olarak ortadan kaldırılması mümkün olmasa da bu rekabetin uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibi dayanağında anayasal temel haklara AİHK muvacehesinde koruma sağlanarak minimize edilmesi mümkündür.

I. AİHK’NİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

A. Basit Kanun Hiyerarşisi

Federal Alman Anayasası’na göre tüm diğer uluslararası hukuk anlaşmaları gibi AİHK de iç hukukta diğer kanunların üstünde değil, onlarla eşit hiyerarşide, basit kanun hiyerarşisinde geçerli olmaktadır. Bunun sonucu olarak da AİHK’nin anayasada yer alan temel hakların geçerliliğini ve uygulanmasını engellemesi mümkün değildir.¹

B. Federal Alman Anayasa Mahkemesinde Açılan Davalarda AİHK’nin Doğrudan Denetim Ölçütü Olmaması

AİHK’nin iç hukukta basit kanun hiyerarşisi ile geçerli olması nedeni ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nde derdest olan davalarda AİHK kamu tasarruflarının denetiminde çok sınırlı olarak doğrudan ölçü olmaktadır. Gerek anayasa şikâyeti, gerekse somut norm kontrolü davalarında federal kanunların denetiminde Alman Anayasası’nın (GG) 92. madde, 1. fıkra 4a bendi, 2. fıkra ve 100. madde, 1. fıkra, 1. cümlesi lâfzı muvacehesinde sadece anayasa denetime esas alınmaktadır.

İç hukukta basit kanun olarak geçerli olan AİHK bu nedenle sadece dolaylı bir denetim ölçütü olmak durumundadır. Görgülü kararından itibaren [BVerfGE 111, 307 (316, 324, 329)] AİHK teminatları anayasa şikâyeti davalarında anayasanın (GG) 20. madde, 3. fıkrasına göre ulusal temel hak teminatlarının tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir.² Bu şekilde anayasanın 20. madde, 3. fıkrası muvacehesinde hukuk devleti prensibi üzerinden anayasada

¹ GIEGERICH, Thomas, “Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnung der Mitgliedsstaaten”, bkz.: **EMRK/GG Konkordanzkommentar**, Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Maruhn (eds.), 3. bası., Mohr- Siebeck, Tübingen, 2022, Kap.2, Rn.52 vd.

² (KLEEBERGER, Wolfgang, **Die Stellungen der Rechte der Europäischen Menschenrechts-konvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland**, Verlag VVF, München, 1992, s.148 vd.

yer alan temel haklarla AİHK’de yer alan temel haklar arasında bir köprü oluşturulmaktadır. Kurulan bu köprünün konvansiyona aykırı kanunların prensip olarak anayasaya da aykırı olacağı varsayımına yol açması nedeniyle AİHK’nin ulusal hukuk düzenindeki önemi artmış olmaktadır.³ AİHK’nin federal kanunlar üzerinde doğrudan denetim ölçütü olma fonksiyonunu göstermemesinin hukuk devleti prensibine istinaden telafi edilmediği münferit durumlarda bu varsayımın çürütülmesi şüphesiz mümkündür. AİHK’de yer alan teminatların ulusal hukukta tüm kapsamı ile sağlanamadığı, dolayısı ile uluslararası hukuk ihlâlinin ortaya çıktığı durumlarda AİHK’nin 34. maddesi muvacehesinde anayasa şikâyeti davası açılması mümkündür.

C. AİHK’nin Anayasada Yer Alan Temel Hakların Yorumuna Esas Alınması

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu bağlamda ortaya çıkabilecek uluslararası hukuk ihlâli tehlikesini erken fark etmiş ve basit kanun hiyerarşisine sahip AİHK teminatlarının anayasada yer alan temel hakların yorumunda esas alınmasını kabul etmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi suçsuzluk karinesi ile ilgili olarak verdiği kararında anayasada yer alan temel hakların sınırlandırılmasına ve daraltılmasına yol açmadığı takdirde temel hakların yorumunda AİHK’nin içeriğinin ve içtihat gelişmelerinin dikkate alınmasını kabul etmiştir [BVerfGE 84, 358 (369 vd.)]. Anayasal temel hakların yorumunda AİHK’nin Alman mahkemeleri tarafından dikkate alınmasına ilişkin olarak öngörülen dogmatik yükümlülük anayasanın 1. madde, 2. cümlesinde yer alan dokunulmaz ve devredilemez insan haklarına dostça yaklaşım prensibinin özel bir ifadesi olarak kabul edilmektedir.⁴

Bu tablo anayasanın (GG) 20 madde, 3. fıkrası yanısıra, uluslararası hukuka ve insan haklarına dostça yaklaşım prensiplerinin de AİHK’ye aykırı kanunların maddi hukuk açısından anayasaya aykırılık teşkil edeceği varsayımını desteklediğini göstermektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi federal kanunların denetiminde AİHK’nin dolaylı denetim ölçütü teşkil ettiğine ilişkin yaklaşımını anayasanın 1. madde, 2. fıkra muvacehesinde sonraki tarihli kanunlar üzerinden AİHK’ye derogasyon yapılmasının mümkün

³ KLEIN, Eckart, “Zur Bindung staatlicher Organe an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte”, *JZ*, 2004, ss.1176-1178

⁴ PAYANDEH, Mehrdad, “Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip”, *JöR*, C.57, No.1, 2009, ss.465-502.; SOMMERMANN, Karl-Peter, “Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungs-konkretisierung. Die Menschenrechts-freundlichkeit des Grund-gesetzes”, *AöR*, C.114, No.3, 1989, ss.391-422

olmadığını vurguladığı kararında teyit etmiştir.⁵ Anayasal prensipler olarak uluslararası hukuka dostça yaklaşım ve insan haklarına dostça yaklaşım prensipleri muvacehesinde treaty override'a (uluslararası anlaşmalardan sapılması) izin verilmemesi AİHK'nin ihlâli riskini minimize etmektedir.⁶

II. AİHM KARARLARININ YÖNLENDİRİCİ VE EMSAL KARAR ETKİSİ

AİHM'nin AİHK'nin yargısal organı olarak AİHK'de öngörülen yükümlülüklerle Konvansiyon devletlerinin riayetini denetlemekle görevlendirilmesi anayasal teminatların içeriğinin ve kapsamının ortaya konulmasında AİHK'de yer alan insan hakları yaklaşımının yorum dayanağı olarak kabul edilmesine yol açmıştır (BVerfGE 111, 307; BVerfGE 128, 326; BVerfGE 131, 268; BVerfGE 134, 33, 148, 296). Strasburg mahkemesinin kararlarının yönlendirici ve emsal karar niteliği uluslararası hukuka dostça yaklaşım ve insan haklarına dostça yaklaşım prensiplerinden istihraç edilmektedir.⁷ AİHK'nin insan hakları teminatları ve Strasburg mahkemesinin AİHK'ye istinat eden kararları ulusal temel hak teminatlarının ötesine geçtiği nispette AİHM'nin AİHK tarafı devletlerin tasarruflarının denetimi bağlamında verdiği her kararının bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Sadece anayasa mahkemelerinin değil, somut dava ile iştigal eden tüm mahkemelerin AİHM'nin kararına esas aldığı yorumu kabul etmesi ve kararlarını bu yoruma göre vermesi gerekmektedir. AİHM kararlarının AİHK'nin 59. madde, 2. fıkrası muvacehesinde Konvansiyon tarafı devletler bakımından yönlendirici etkisi bulunmaktadır. Kararların dikkate alınmaması Konvansiyon ihlâline yol açmaktadır.⁸ AİHM'ne bireysel başvuru yapılan durumlarda verilen karar (*res judicata*) kararın muhatabı devleti AİHK'nin 46. madde, 1. fıkrasına göre inter partes olarak bağlamaktadır. Kararın gereğini yerine getirme mükellefiyeti bütün ulusal merciler bakımından geçerlidir. Bu bağlamda ortaya çıkan mükellefiyet AİHM kararlarının kesin hüküm karakterinden ileri gelmektedir.⁹

⁵ BVerfGE 141, 1 (Rn.76)

⁶ PAYANDEH, Mehrdad, "Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit: Der Treaty Override - Beschluss der BVefG", *NJW*, C.69, No.18, 2016, ss. 1279-1282

⁷ PAYANDEH, Mehrdad, "Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", *JöR (veni düzenleme)*, C.68, No.1, 2020, ss.1-36

⁸ POLAKIEWICZ, Jörg, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen der EGMR*, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 1993, s.279 vd

⁹ SAUER, Heiko, "Die Umsetzung von EGMR-Urteilen in Deutschland-Verpflichtungen der Rechtspraxis", *NJW*, C.76, 2, 2023, ss.2073-2079

III. ULUSLARARASI HUKUKA DOSTÇA YAKLAŞIM PRENSİBİNİN İLİMLİ DÜALİST YAKLAŞIMDA SINIRLARI

Uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibi bir anayasal prensip olmasına karşın mutlak bir prensip olarak kabul edilmemektedir.

A. AİHK'ye Aykırı, Ancak Anayasaya Uygun Sonraki Tarihli Kanun

AİHK'nin yürürlüğe girmesi ertesinde sonraki tarihli bir ulusal kanunun anayasa ile uyumlu olmakla beraber AİHK'nin öngördüğü temel hak teminatını veya AİHM kararını açık veya zımnen ihlâl etmesi olası görülmektedir. İlımlı dualist yaklaşıma göre sonraki tarihli ulusal kanuna prensip olarak öncelik verilmesi gerekmektedir.¹⁰ Şartlara göre her dualist model ulusal anayasal hukuk düzeninin korunması adına uluslararası hukuk ihlâlini göze almaktadır. Bununla beraber AİHK'ye aykırı sonraki tarihli kanuna öncelik verilmesi (lex posterior prensibi) Federal Anayasa Mahkemesi'nin şimdide dek olan içtihadında yukarıda işaret edildiği üzere uygulama bulmamıştır. AİHK bakımından Treaty override (*anlaşmadan sapma*) ihtimali bu nedenle prensip olarak mümkün görülmemektedir.¹¹

B. Anayasal Kimlik Denetimi

Anayasal kimliğe aykırı hukuki tasarruflar uluslararası dostça yaklaşım prensibinin uygulanmamasına yol açmaktadır. ABAD ile ilişkilerden farklı olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi AİHM ile ilişkiler bağlamında anayasal kimliğe aykırılık kriterini esas almamaktadır. Bunun nedeni Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin egemenlik haklarının anayasasının (GG) 24. madde, 1. fıkrası muvacehesinde AİHM'ye devredildiğine ilişkin literatürde kısmen temsil edilen görüşü kabul etmemesidir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımın sonucu olarak AİHK ile anayasa ilişkisini uluslararası hukuka dostça yaklaşım ve insan haklarına dostça yaklaşım prensipleri ışığında değerlendirmektedir. Anayasal kimlik kriterinin esas alınması halinde Federal Almanya'nın bağlayıcı karakterli AİHM kararlarını metodik olarak Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon kararında vurgulandığı üzere sadece anayasal kimlikle bağdaşmaması gerekçesi ile yerine getirmemesi mümkündür (BVerfGE 123; Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yetki aşımına istinat eden söz konusu yaklaşımı ilk kez Maastricht kararında

¹⁰ CREMER, Hans-Joachim, "Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen", **EuGRZ**, C.31, No.22, 2004, ss.683-700

¹¹ BVerfGE 141,1

ifade edilmiştir.¹² Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir tespit yapması halinde Federal Almanya'nın uluslararası hukuk ihlâli nedeniyle doğacak sorumluluğun sonuçlarını göz ardı etmesi mümkün değildir.¹³

C. Elverişlilik Koşulunun Uygulanması

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin anayasasının öngördüğü temel hak korumasını sınırlamadığı veya azaltmadığı nispette anayasasının yorumunda AİHK'nin içeriğinin ve gelişiminin dikkate alınmasına ilişkin içtihadı uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibinin erozyona uğramasına yol açma potansiyeline sahiptir.¹⁴ AİHK Konvansiyon tarafı devletlere daha yüksek bir temel hak koruması sağlayabilmeleri için Konvansiyonun 53. maddesinde elverişlilik kriteri olarak ifade edilen bir takdir alanı bırakmıştır.¹⁵ Ulusal temel hak korumasına hak sahibi bakımından daha elverişli olduğu takdirde AİHK'ye nazaran öncelik verilmektedir.

Elverişlilik prensibi temel hak pozisyonlarının çatıştığı çok kutuplu temel hak ilişkileri bağlamında tipik bir şekilde bir hukuki teminatın maksimize edildiği durumlarda diğer teminatın ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır.¹⁶ Konvansiyon tarafı devletlerde asgari temel hak standardının korunması mükellefiyeti bulunmaktadır. Çok kutuplu temel hak ilişkileri çerçevesinde çatışan temel hak teminatlarının hiç birinin AİHK nivოსunun altında kalması mümkün değildir. Bu durum çok kutuplu temel hak ilişkilerinde AİHM kararlarının yerine getirilmesinde uluslararası hukuk yanlısı yaklaşımın önemli bir dayanak teşkil ettiğini ortaya koymaktadır.¹⁷

¹² bkz.: BVerfGE 89,155; BREUER, Martin, 'Principled Resistance' meets 'ultra-vires': New Techniques in Opposing ECtHR Judgements", **ZaöRV**, C.82 (Vol.), No.3 (Heft), 2022, s.641-669. Anayasal kimliğin AİHM'nin kesin hüküm karakterli kararlarının yerine getirilmesinde mutlak sınır teşkil etmesi için bkz.: BVerfGE 128, 326

¹³ JAEGER, Renate, "Menschenrechtsschutz im Herzen Europas: Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften", **EuGRZ**, C.32, No.8, 2005, ss.193-203

¹⁴ BVerfGE 74, 358

¹⁵ BAADE, Björnstjern / KRIEGER, Heike, "Kommentierung: Art.52 and 56 EMRK", *bkz.: Internationaler Kommentar zur EMRK*, Katharina Pabel / Stefanie Schmahl (eds.), Carl Heymanns Verlag, Wien, 2022

¹⁶ MÜCKL, Stefan, "Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", **Der Staat**, C.44, No.3, 2005, ss.403-431

¹⁷ LANGENFELD, Christine / ZIMMERMANN, Andreas, "Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischen Gemeinschaftsrecht", **ZaöRV**, C.52, 1992, ss.259-317

D. Subsidiarite Prensibi ve “Margin of Appreciation” Doktrini

AİHM kararlarına uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibi ışığında tanınan bağlayıcı etki AİHK tarafı devletlere takdir alanı bırakan “margin of appreciation” doktrini ışığında esnekleştirilmektedir.¹⁸ AİHK, ulusal temel hak teminatları bağlamında münhasır bir etki değil, subsidier (*ikâme edici*) bir etki doğurmaktadır. Ulusal merciler ve mahkemeler prensip olarak uluslararası bir mahkemeye nazaran bölgesel koşulları daha iyi değerlendirme imkânına sahiptir.¹⁹ Şüphesiz bu durum AİHM’nin denetim yetkisini tam olarak bırakması anlamını taşımamaktadır. Strasburg insan hakları sistemi bu nedenle ulusal hukuk düzenindeki aksamaları, yanlış gelişmeleri engelleme ve Avrupa asgari temel hak standardını yerleştirme amacıyla ulusal temel hak teminatını tamamlama işlevi üstlenmiştir. AİHK Avrupa order public’i (kamu düzeni) oluşturan uluslararası bir anayasa olarak uygulamada fiilen ulusal anayasalara nazaran önceliğe sahiptir.²⁰ Sonuç olarak anayasada öngörülen uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibi sınırsız uygulanmadığı için Federal Almanya’nın AİHK’yi ihlâl olasılığının tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkün olmamaktadır. Bunun nedeni uluslararası hukuka dostça yaklaşımın hem dayanak hem de sınırlarını ortaya koyan anayasanın benimsediği ılımlı dualist modeldir. Ancak, AİHK’nin Avrupa kamu düzenini (*Europe Ordre Public*) yaratma işlevi ile anayasanın 20. madde, 3. fıkrasında öngörülen hukuk devleti prensibinin ve anayasada dayanağı bulunan uluslararası hukuka ve insan haklarına dostça yaklaşım prensibinin birlikte AİHK’nin ihlâllerini minimize etme olanağı bulunmaktadır.

IV. FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ’NİN AİHK’NİN İÇ HUKUKTAKİ ROLÜNE İLİŞKİN TUTARLILIK GÖSTERMEYEN İÇTİHATI

Genel olarak bakıldığında takdirde Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihadının AİHK’nin iç hukukta geçerliliği konusunda ağırlıklı olarak dostça bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.²¹ Federal Anayasa Mahkemesi ana-

¹⁸ SCHMAHL, Stefanie, “Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention, *bknz.: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenbund*, Klaus Stern / Helge Sodan / Markus Möstl (eds.), C.3, 2. Bası, C.H.BECK, München, 2022, §61, Rn.66 vd.

¹⁹ SCHORKOPF, Frank, “Menschenrechte und Mehrheiten”, *ZaöRV*, C.82, No.1, 2022, ss.19-46

²⁰ TOMUSCHAT Christian / SCHMIDT, Rainer, “Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen”, *VVDStRL*, No.36, 1978, ss.7-63

²¹ WALTER, Christian. “Nationale Durchsetzung”, *bknz.: EMRK/GG Konkordanz Kommentar*, Oliver Dürr / Rainer Grote / Thilo Marauhn (eds.), 3. bası, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, Kap.31, Rn.3,8 vd..

yasanın (GG) 20. madde, 3. fıkra muvacehesinde kanunlara ve hukuka bağlılık bağlamında AİHM'nin diğer Konvansiyon tarafı devletlere ilişkin kararlarını dikkate almakla AİHK'nin yönlendirici etkisini kabul ettiğini göstermektedir.²² Keza inter-partes durumlarda Federal Almanya bireysel başvuru muhatabı olduğu durumlarda Strasburg mahkemesi kararlarını yerine getiren bir tutum sergilemektedir. Bu tutumu Federal Alman Anayasa Mahkemesi Federal Almanya'ya karşı diğer Konvansiyon tarafı devletler tarafından açılan davalarda da korumaktadır.²³

Aynı paralelde Federal Alman Anayasa Mahkemesi ancak artan bir şekilde AİHM kararlarının etkisine önemli sınırlandırmalar getirmektedir.²⁴ Bu sınırlandırmalar AİHM'nin karar verirken yapacağı değerlendirmelerde dikkate alınması gereken sınırlandırmalardır.²⁵ Bu sınırlandırmalara göre AİHM'nin spesifik olarak Federal Almanya'yı muhatap alan kararlarının ilgili alan itibarı ile Alman hukuk kültürüne ve uzmanlık alanına uygun içerikte olması gerekmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu şekilde AİHK maddi hukukunda öngörülen asgari standardı sağlama yükümlülüğünden önemli bir sapma yapmaksızın kararların içeriği ile bağlantılı mutlak bir sınırlama getirmektedir.²⁶ Ulusal egemenliği koruma adına AİHM'nin AİHK'yi yorumlama yetkisine getirilen bu metodik, hukuk kültürüne ve uzmanlık alanına uygunluk sınırlaması AİHK'ye uygun bir yaklaşım değildir.²⁷

Federal Alman Anayasa Mahkemesi söz konusu egemenlik çekincesi ile temel hak sorunlarında son söze sahip olma yetkisini koruma yaklaşımını ortaya koymaktadır. Bununla beraber Federal Alman Anayasa Mahkemesi hangi koşullarda bu çekincenin uygulama bulacağını belirtmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Görgülü davasında verdiği kararda anayasaya ilişkin konularda son sözü söyleme (egemenlik) hakkından feragat edilmediğine ilişkin yaptığı vurgu AB hukuk sistemine ilişkin olup,

²² DAIBER, Birgit, "Der Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *DÖV*, C.71, No.23, 2018, ss.957-963

²³ TOMUSCHAT, Christian, "The Effects of the Judgements of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court", *GLJ*, C.11, No..05, 2010, ss.513-526

²⁴ BVerfGE 148, 296 (Rn.129 vd.

²⁵ BVerfGE 111, 307; BVerfGE 148, 296; BVerfGE 151

²⁶ KLEIN, Eckart, "Bundesverfassungsgericht und die inter- sowie supranationale Gerichtsbarkeit", *bknz: Verfassungsprozessrecht*, Ernst Benda / Eckart Klein / Oliver Klein, 4. bası, C.F.Müller, Heidelberg, 2020, §3, Rn.72

²⁷ WALTER, Christian, "Der internationale Menschenrechtsschutz zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung", *ZaöRV*, C.75, 2015, ss.753-770

AİHK sistemine entegre olmakla bağlantılı değildir.²⁸ Böyle bir çekincenin AİHK ile bağlantılı olarak hiçbir zaman gündeme gelmeyeceği ümit edilmektedir. AİHK temel hak teminatları ile anayasasının benzer değer yargılarına istinat eden temel hak teminatlarının bir çatışmaya düşmesi zor tasavvur edilen bir durumdur.²⁹ Çatışma daha çok insan ve temel hak teminatlarının yorumunda temel anayasa prensiplerine ilişkin olmayan, örneğin ölçülülük prensibi bağlamında ortaya çıkmaktadır.³⁰ Bu duruma Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kilisenin otonomi hakkına ters düşen AİHM kararına uyulmayacağını vurguladığı “Chefarzt” kararında işaret edilmiştir.³¹

Alman anayasasının (GG) 79. madde, 3. fıkrasında ebediyen teminat altında olan prensipler olarak yer alan prensipler anayasal kimliğin temelini oluşturmaktadır. Anayasanın 79. madde, 3. fıkrasının dar yorumlanarak istisnai bir düzenleme olarak kategorize edilmesi nedeniyle anayasal temel hak teminatlarının ebedilik teminatının kapsamı içinde olup olmadığı veya ne ölçüde kapsamı içinde olduğunun tespiti zordur.³² Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin şimdiye dek anayasal kimliğin korunması gereken sınırlarını tam olarak ortaya koymaması nedeni ile somut düzenlemeye istinat etmeksizin anayasal sisteme içerik olarak uygun görülmeyen AİHM kararlarına detaylı bir gerekçe gösterilmeden uyulmamasının ne uluslararası hukuka dostça yaklaşım, ne de insan haklarına dostça yaklaşım prensibi ışığında açıklanması mümkündür.

V. ALMAN HUKUK DÜZENİNDE AİHM KARARLARININ ETKİSİNİN AZALTILMASI YÖNÜNDE YAPILAN TEORİK ÖNERİLER

AİHM kararlarını marjinalize eden Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarını destekleyen görüşler literatürde de yer almaktadır.³³ Bu bağlamda Görgülü ve Carolina davaları literatürde AİHM kararlarının Alman iç hukukunda etkisinin azaltılmasına yönelik önerilerin yapılmasına vesile olmuştur.

²⁸ PAYANDEH, Mehrdad, “Normative Unschärfen zwischen Offenheit und Introvertiertheit: die Görgülü Entscheidung in Retrospektive”, *ZöR*, C.77, No.3, 2022, ss.711-718

²⁹ KLEIN, Eckart, “Die Grundrechtsgesamtlage”, *bknz.: Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Michael Sachs / Helmut Siekmann (eds.), Festschrift für Klaus Stern, Duncker&Humblot, Berlin, 2012, s.389-403

³⁰ DI FABIO, Udo, “Das Bundesverfassungsgericht und die internationale Gerichtsbarkeit”, *bknz.: Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Andreas Zimmermann (ed.), Duncker&Humblot, Berlin, 2014, s.107-118

³¹ BVerfGE 137, 273

³² BVerfGE 109, 279

³³ GIEGERICH, Rn.52 vd.

İleri sürülen görüşte AİHM'nin "margin of appreciation" doktrinine istinaden birbirleriyle çatışan iki insan hakkı (*somut örnekte basın özgürlüğü ve kişilik hakları*) arasında AİHM'nin denetim yetkisinin kabul edilmediği bir ulusal takdir alanı önerilmiştir.³⁴ Bu bağlamda grev yasağı örneğinde de ulusal mahkemelere somut davalarda denetim yetkisinin saklı tutulması için AİHM'nin yönlendirici kararlar verme yetkisinin sınırlandırılması önerilmiştir. Yapılan bu öneride AİHM ve ABAD ilişkisinde iz bırakan Bosphorus kararı analogik olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM ilişkisine uyarlanarak anayasal temel hak teminatının AİHK standardının altına düştüğü iddia edilmediği nispette, AİHM'nin denetim yetkisi kullanmaması gerektiği vurgulanmıştır.³⁵ Bu tavsiye akademik olarak ilginç olmakla beraber geçerli hukuka uygun değildir. AİHM bireysel başvuru üzerinden açılan davaları karara bağlama yetkisine sahiptir. AİHK'nin 34. maddesi ve devamı muvacehesinde AİHM'nin davanın birbiriyle çatışan temel hak pozisyonlarına ilişkin olduğu gerekçesiyle davayı karara bağlamaktan kaçınması mümkün değildir. AİHM iç hukuk yollarının tüketilmesine rağmen uyuşmazlığın sona erdirilemediği durumlarda harici (*extern*) bir uluslararası insan hakları denetimi gerçekleştirilmesi için oluşturulmuştur.³⁶

Her insan hakları sistemi kendi özgürlük veya eşitlik alanını temin etmektedir. Bu sistemlerin arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır. AİHK AİHM'nin kararları arasında önemli ve daha az önemli olarak bir ayırım yapmamaktadır. Hatta kararlarına karşı hukuki bir yol bulunmayan büyük dairenin kararları hukuken daire kararlarına nazaran daha büyük bir ağırlığa sahip değildir.³⁷ AİHM'nin GIEM Srl. davasında verdiği kararda vurguladığı gibi, AİHM kararları hangi seviyede veridiğinden bağımsız olarak bağlayıcıdır.³⁸ Bosphorus kararının bu bağlamda analogik uygulanması da mümkün değildir. Bosphorus çekincesi AB'nin doğrudan AİHM'nin de-

³⁴ LÜBBE-WOLFF, Gertrude, "Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention bei konfligierenden Individualrechten. Plädoyer für eine Korridorlösung", *bknz.: Nachdenken über Staat und Recht*, Martin Hochhuth (ed.), Dunker&Humblot, Berlin, Festschrift für Dietrich Murswiek, 2010, s. 193 -209

³⁵ EGMR (Grosse Kammer), Bosphorus Hava Yolları Turizm v. Ireland, Urteil v.30.6.2005, Nr.45036/98, Rn.155 vd.

³⁶ SCHMAHL, Stefanie, "Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und Nationalem Verfassungsrecht", *EuR*, C.43, No.1 (*ilave sayı*), 2008, ss.7-39

³⁷ AİHK, 44. md., 2. fik.

³⁸ EGMR (Grosse Kammer), GIEM Srl. and Others v. Italy, Urteil v.28.6.2018, Nr.1828/06, Rn.252

netimine tabi olmamasına istinat ettirilmiştir. Bosphorus kararının AİHM ve anayasa mahkemesi ilişkisine uyarlanması mantık dışı bir sonuç olarak extern insan hakları denetiminin nisbi olarak azalmasına yol açma potansiyeline sahiptir.

SONUÇ

Uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibinin Alman hukuk düzeni ve AİHK ilişkisinde hukuki etkilerinin rasyonel şekilde değerlendirilmesi Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasında yaşanan kurumsal gerilim nedeniyle kolay gözükmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasında ortaya çıkabilecek potansiyel uyuşmazlığı çözmeye matuf bir çatışma normunun bulunmaması bu bağlamda ortaya çıkan uyuşmazlığın öncelikli nedenidir. Uluslararası hukukta anayasanın iç hukukta AİHK'ye nazaran öncelik iddiası dikkate alınmadığı gibi, Konvansiyonun uluslararası hukuk muvacehesinde iç hukukta doğrudan etkisi de kabul edilmemektedir.³⁹ Bu sonuç Alman anayasasının ılımlı dualist görüşünün sonucudur. Anayasanın dualist modeli muvacehesinde yargıç hukuku ile geliştirilen uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibi ulusal hukuk ve AİHK arasında uyuşmazlık potansiyelini azaltsa da ortadan kaldırmamaktadır. AİHK, anayasadan farklı olarak AİHM için münhasır bir egemenlik yetkisi öngörmemiş ve AİHM'ye anayasanın 24. madde, 1. fıkrası muvacehesinde egemenlik hakkı devredilmemiştir. Strasburg insan hakları sistemi Konvansiyon tarafı devletlerin egemenlik haklarını sınırlamadan bireyler lehine Avrupa değerler sistemi bağlamında asgari insan hakları standardı temin etme amacı gütmektedir.⁴⁰ AİHM bu nedenle kendi hukuk düzeninde egemenlik tasarruflarının temel haklara uygunluğunu denetleyen ulusal anayasa mahkemelerinden farklı bir fonksiyona sahiptir. Sadece geçerli ulusal hukuku ve kendi hukuk geleneklerini ve kültürünü esas alarak faaliyetlerini sürdüren ulusal mahkemelerden farklı olarak uluslararası mahkeme niteliğine sahip olan AİHM ulusal boyuttan uzak şekilde uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır. AİHM hukuk kültürü tarafsızlığı ile harici (*extern*) insan hakları denetimi yapmaktadır.

³⁹ SAUER, Heiko, "Grundrechtskollisionsrecht für das europäisches Mehrebenensystems", bkznz.: **Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem**, Mathias Hong/Nele Matz-Lück (eds.), Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2012, s.1-68

⁴⁰ LINDNER, Josef Franz, "Grundrechtsschutz in Europa - System einer Kollisionsdogmatik", **EuR**, C.42, No.2, 2017, ss.160-194

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Federal Almanya aleyhine açılan davalarda AİHM'ye nazaran prosedürel olarak daha elverişsiz durumda olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir. AİHK'nin 35. maddesi muvacehesinde iç hukuk yollarının tüketilmesi mükellefiyeti Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'ye başvuru öncesi o dava ile iştigal etmiş olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle Federal Almanya'nın Konvansiyon ihlâlini tespit eden her AİHM kararı ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasında AİHM'nin her ne kadar iç hukukta dava konusu ulusal tasarrufu iptal etme gibi bir yetkisi olmasa da kanun yolu benzeri bir ilişki ortaya çıkmaktadır.⁴¹ Dikey kuvvetler ayrılığı muvacehesinde son sözün Strasburg mahkemesi tarafından söylenme olasılığı ve hukuk devleti prensibini kendine esas alan bir hukuk düzeninde AİHM kararlarına uyulması gerekliliği Federal Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığı bakımından bir iktisadî teşkil etmektedir. AİHM tarafından somutlaştırılan Konvansiyon yükümlülükleri Avrupa kamu düzeninin tanınmasında ağırlığa sahip olan ulusal mahkemelerle işbirliği yapılarak etkinlik kazanmaktadır.⁴² Anayasa mahkemesi dahil olmak üzere ulusal mahkemeler AİHM kararlarını dikkate aldıkları nispette Strasburg mahkemesinin denetiminin azalması ve dolayısı ile üye devletlere daha geniş bir takdir alanı açılması mümkün olacaktır.⁴³ AİHM içtihatları ile iştigal etmek ulusal mahkemelerin kendi takdir alanlarını korumak ve aynı zamanda AİHK'nin yorumunda etkili olmak bakımından önem taşımaktadır. Bu tutum ortak bir Avrupa hukuk kültürünün gelişmesine katkı yapmakla sınırlı kalmayıp aynı zamanda uluslararası hukuka dostça yaklaşım prensibine en anlamlı şekilde etkinlik kazandıracaktır.

⁴¹ KLEIN, Oliver, "Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel - Zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998", *NVwZ*, C.29, No.4, 2010, ss. 221-225; WALTER, Christian, "Kommentar zum Artikel 93 and 99", *bknz.: Grundgesetz, Kommentar* Günter Dörig / Roman Herzog / Rupert Scholz (eds.), 80. Ek, C.H.BECK, München, 2017

⁴² WALTER, Nationale Durchsetzung, Kap.31, Rn.3,8 vd.

⁴³ PAYANDEH, Die Präjudizienwirkung.1-36

KISALTMALAR CETVELİ

Aufl.	Auflage (bası)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BVefG	Bundesverfassungsgericht (<i>Federal Alman Anayasa Mahkemesi</i>)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
ECtHR	European Court of Human Rights
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
FS	Festschrift (<i>Armağan</i>)
GLJ	German Law Journal
GG	Grundgesetz (<i>Federal Almanya Anayasası</i>)
Heft	Sayı, No (<i>makalenin yayınlandığı dergi</i>)
Hrsg.	Editör (ed.)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge
JZ	Juristen Zeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
Rn	Randnummer
Verlag	Basımevi (<i>Publisher</i>)
Vol.	Volume (<i>Cilt</i>)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht

KAYNAKÇA

- BAADE, Björnstjern / KRIEGER, Heike, "Kommentierung: Art.52 and 56 EMRK", *bknz.: Internationaler Kommentar zur EMRK*, Katharina Pabel / Stefanie Schmah (eds.), Carl Heymanns Verlag, Wien, 2022.
- BREUER, Martin, 'Principled Resistance' meets 'ultra-vires': New Techniques in Opposing ECtHR Judgements", *ZaöRV*, C.82 (Vol.), No.3 (Heft), 2022, s.641-669.
- CREMER, Hans-Joachim, "Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen", *EuGRZ*, C.31, No.22, 2004, ss.683-700.
- DAIBER, Birgit, "Der Einfluss der EGMR-Rechtsprechung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *DÖV*, C.71, No.23, 2018, ss.957-963.
- DI FABIO, Udo, "Das Bundesverfassungsgericht und die internationale Gerichtsbarkeit", *bknz.: Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Andreas Zimmermann (ed.), Duncker&Humblot, Berlin, 2014.
- GIEGERICH, Thomas, "Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnung der Mitgliedstaaten", *bknz.: EMRK/GG Konkordanzkommentar*, Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Maruhn (eds.), 3. bas., Mohr- Siebeck, Tübingen, 2022.
- KLEEGERGER, Wolfgang, **Die Stellungen der Rechte der Europäischen Menschenrechts-konvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland**, Verlag VVF, München, 1992.
- KLEIN, Eckart, "Zur Bindung staatlicher Organe an Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", *JZ*, 2004, ss.1176-1178.
- KLEIN, Eckart, "Die Grundrechtsgesamtlage", *bknz.: Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Michael Sachs / Helmut Siekmann (eds.), Festschrift für Klaus Stern, Duncker&Humblot, Berlin, 2012.
- KLEIN, Eckart, "Bundesverfassungsgericht und die inter- sowie supranationale Gerichtsbarkeit", *bknz.: Verfassungsprozessrecht*, Ernst Benda / Eckart Klein / Oliver Klein, 4. bas., C.F.Müller, Heidelberg, 2020.
- KLEIN, Oliver, "Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel - Zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998", *NVwZ*, C.29, No.4, 2010, ss. 221-225.
- JAEGGER, Renate, "Menschenrechtsschutz im Herzen Europas: Zur Kooperation des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften", *EuGRZ*, C.32, No.8, 2005, ss.193-203.
- LANGENFELD, Christine / ZIMMERMANN, Andreas, "Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischen Gemeinschaftsrecht", *ZaöRV*, C.52, 1992, ss.259-317.
- LINDNER, Josef Franz, "Grundrechtsschutz in Europa - System einer Kollisionsdogmatik", *EuR*, C.42, No.2, 2017, ss.160-194.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude, "Der Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechts-konvention bei konfligierenden Individualrechten. Plädoyer für eine Korridorlösung", *bknz.: Nachdenken über Staat und Recht*, Martin Hochhuth (ed.), Duncker&Humblot, Berlin, Festschrift für Dietrich Murswiek, 2010.

- MÜCKL, Stefan, "Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", **Der Staat**, C.44, No.3, 2005, ss.403-431.
- PAYANDEH, Mehrdad, "Normative Unschärfen zwischen Offenheit und Introvertiertheit: die Görgülü Entscheidung in Retrospektive", **ZöR**, C.77, No.3, 2022, ss.711-718.
- PAYANDEH, Mehrdad, "Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip", **JöR**, C.57, No.1, 2009, ss.465-502.
- PAYANDEH, Mehrdad, "Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit: Der Treaty Override - Beschluss der BVefG", **NJW**, C.69, No.18, 2016, ss. 1279-1282.
- PAYANDEH, Mehrdad, "Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", **JöR (yeni düzenleme)**, C.68, No.1, 2020, ss.1-36.
- POLAKIEWICZ, Jörg, **Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen der EGMR**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 1993.
- SAUER, Heiko, "Die Umsetzung von EGMR-Urteilen in Deutschland-Verpflichtungen der Rechtspraxis", **NJW**, C.76, 2, 2023, ss.2073-2079.
- SAUER, Heiko, "Grundrechtskollisionsrecht für das europäische Mehrebenensystem", bknz.: **Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem**, Mathias Hong/Nele Matz-Lück (eds.), Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2012.
- SCHORKOPF, Frank, "Menschenrechte und Mehrheiten", **ZaöRV**, C.82, No.1, 2022, ss.19-46.
- SCHMAHL, Stefanie, "Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention, bknz.: **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenbund**, Klaus Stern / Helge Sodan / Markus Möstl (eds.), C.3, 2. Bası, C.H.BECK, München, 2022.
- SCHMAHL, Stefanie, "Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und Nationalem Verfassungsrecht", **EuR**, C.43, No.1 (*ilave sayı*), 2008, ss.7-39.
- SOMMERMAN, Karl-Peter, "Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes", **AöR**, C.114, No.3, 1989, ss.391-422.
- TOMUSCHAT Christian / SCHMIDT, Rainer, "Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen", **VVDStRL**, No.36, 1978, ss.7-63.
- TOMUSCHAT, Christian, "The Effects of the Judgements of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court", **GLJ**, C.11, No.05, 2010, ss.513-526.
- WALTER, Christian. "Nationale Durchsetzung", bknz.: **EMRK/GG Konkordanz Kommentar**, Oliver Dürr / Rainer Grote / Thilo Marauhn (eds.), 3. bası, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.
- WALTER, Christian, "Kommentar zum Artikel 93 and 99", bknz.: **Grundgesetz, Kommentar** Günter Dörig / Roman Herzog / Rupert Scholz (eds.), 80. Ek, C.H.BECK, München, 2017.
- WALTER, Christian, "Der internationale Menschenrechtsschutz zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung", **ZaöRV**, C.75, 2015, ss.753-770.

WALTER JELLINEK'İN HUKUK DEVLETİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ^(*)

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN^(**)

Öz: Walter Jellinek (1885-1955), Weimar döneminde önemli idare hukukçuları arasında sayılmaktadır. Ancak akademik çalışma alanları arasında devlet teorisi ve anayasa hukuku da bulunmaktadır. Jellinek'in idare hukuku perspektifinden hukuk devletinin gelişimine ve niteliklerine dair önemli tespitleri vardır. Bu çalışmada Walter Jellinek'in hukuk devletine katkısının anlaşılması için Weimar Cumhuriyeti dönemindeki hukuk devletine ilişkin tartışmalar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Jellinek de Weimar Cumhuriyeti'ni eleştirenler arasındadır; ancak Carl Schmitt'ten farklı olarak yine cumhuriyet içerisinde çözüm aramaktadır. Walter Jellinek, Carl Schmitt'ten etkilenmiş olsa da hukuk devletine ilişkin tespitleri birbirinden ayırır. Nasyonal Sosyalizm'e yakın duran Carl Schmitt, bu dönemde bile bir hukuk devletinden söz edilebileceğini ifade etmektedir. Nasyonal Sosyalizm hakimiyetinde Jellinek, üniversiteden emekli edilmiş ve bu dönemde çalışmaları yayınlanmamıştır. Ancak Nasyonal Sosyalizm sonrasında Almanya'nın yeniden yapılanmasında önemli görevler üstlenmiştir. 1945 sonrasında üniversiteye geri dönmüş, Hessen Anayasası'nın oluşumuna katkıda bulunmuş ve devlet teorisyenleri topluluğunu tekrar canlandırmıştır. Bu çalışmada Türkiye'de çok fazla tanınmayan Walter Jellinek'i tanıtmak ve onun hukuk devletine yönelik tespitlerinin güncelliğini tartışmak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Walter Jellinek, Carl Schmitt, Hukuk Devleti, Weimar Cumhuriyeti.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 23.04.2025.

Prof. Erdoğan Bülbül anısına kaleme alınmıştır.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: bgungoren@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4756-3666>.

WALTER JELLINEK'S VIEWS ON THE RULE OF LAW

Abstract: Walter Jellinek (1885-1955) is considered as one of the most important administrative lawyers of the Weimar period. However, his academic fields of study also include state theory and constitutional law. From the perspective of administrative law, he has important observations on the development and characteristics of the rule of law. In order to understand Walter Jellinek's contribution to the rule of law, the debates on the rule of law in the Weimar Republic period were tried to be revealed. Jellinek is also among the critics of the Weimar Republic, but unlike Schmitt, he seeks a solution within the republic. Although Walter Jellinek was influenced by Carl Schmitt, his determinations on the rule of law differ from each other. Carl Schmitt, who stands close to National Socialism, states that a state of law can be spoken of even in this period. Under National Socialism, Jellinek was retired from the university and his works were not published during this period. However, he played an important role in the reconstruction of Germany after National Socialism. He returned to the university, contributed to the formation of the Hessian Constitution and revitalised the community of state theorists. This study aims to introduce Walter Jellinek, who is not well known in Turkey, and to discuss the relevance of his findings on the rule of law.

Keywords: Walter Jellinek, Carl Schmitt, Rule of Law, Republic of Weimar.

GİRİŞ

Georg Jellinek'in oğlu Walter Jellinek, Viyana'da doğmuş, babasının Heidelberg Üniversitesi'nde ders vermesi dolayısıyla orada okula gitmiştir. Heidelberg, Freiburg ve Berlin'de devam ettiği hukuk eğitimini 1907'de ilk devlet sınavı ile tamamlamıştır.¹ Hukuk fakültesinde Laband ve Mayer'in öğrencisi olmuş, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen* (Devletin Hatalı Hareketi ve Onun Sonuçları) başlıklı doktora tezini 1908'de Laband'ın danışmanlığında tamamlamıştır.² 1911'de ikinci devlet sınavını da başarıyla tamamlayan Walter Jellinek'in doçentlik tezi *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung* (Yasa, Yasanın Uygulanması ve Gereği) başlığını taşımaktadır. 1912'de tamamladığı bu tezinde Leipzig'de Otto Mayer de onu desteklemiştir. 1913'te Profesör olan Walter Jellinek, Birinci Dünya Savaşı'na katıldıktan sonra 1919'da Kiel'de Kamu Hukuku kürsüsüne atanmıştır. 1928-1929 yılları arasında Kiel Üniversitesi'nde rektör olmuştur. Walter Jellinek, akademik kariyerinin ilk yıllarında babasının kariyerinde büyük bir sorun teşkil eden antisemitizmle karşılaşmamıştır. Georg Jellinek'in elli altı yaşında geldiği rektörlük makamına kırk iki yaşında ulaşmıştır.³

1928'de rektör seçildiğindeki konuşması *Schöpferische Rechtswissenschaft* (Yaratıcı Hukuk) ve 1931'de Heidelberg Üniversitesi'ne giriş konuşması *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung* (Anayasa Yapımının Sınırları) diğer yayınlanan yazıları arasındadır.⁴ Bu konuşmasında babası Georg Jellinek'in üzerinde durduğu devlet gücünün sınırları meselesine değinmiştir.⁵ 1929'da Heidelberg'de *Devlet Teorisi* dersi vermiştir. Walter Jellinek, Weimar dönemi idare hukuku üzerine kapsayıcı bir eser kaleme almıştır.⁶ İdare hukuku üzerine yazdığı eser 1931 yılında basılmıştır.⁷ Jellinek, Georg Meyer ve Edgar Loe-ning'in idare hukuku alanındaki eserlerini salt yasaların aktarımı olarak gör-

¹ ZIEKOW Jan, "Die Einheitlichkeit der Rechtsentscheidung- Zu Leben und Werk Walter Jellineks", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1986, Vol. 111, no: 2, s. 219.

² KEMPTER Klaus, *Die Jellineks. Eine familienbiografische Studie zum deutschjüdischen Bürgertum*, Droste Verlag, Düsseldorf, 1998, s. 457

³ KEMPTER, s. 458.

⁴ SCHULTE Martin, "Walter Jellinek", Peter Häberle/Michael Kilian/ Heinrich Wolff, *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, De Gruyter, 2015, s. 300.

⁵ SCHULTE, s. 302.

⁶ SCHULTE, s. 300.

⁷ KLEIN, Hans, "Jellinek, Walter", *Neue Deutsche Biographie* 10, 1974, s. 394-395 <https://www.deutsche-biographie.de/gnd118711997.html#ndbcontent> (Erişim Tarihi: 14.07.2016)

müştür. Walter Jellinek, Otto Mayer'in eserinde idare hukukunun derinlemesine ele alındığını, bu çalışmada devlet toplum ayrımı ve hukuk devletinin önemli çıkış noktaları olduğunu görmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir.⁸ Jellinek, Mayer'in toplum ve polis gücü arasındaki ilişkiyi iyi ortaya koyduğunu belirtir. Mayer "hukuk devleti, iyi düzenlenmiş bir idare hukuku olan devlettir" ifadesini kullanır (*Deutsches Verwaltungsrecht*).⁹ Badura, Jellinek'in Otto Mayer'in çizgisini takip ettiğini belirtir.¹⁰

Jellinek, hukuk devletine ilişkin görüşlerini İdare Hukuku (*Verwaltungsrecht*) başlıklı eserinde dile getirmektedir.¹¹ Bu çalışmada Jellinek'in hukuk devletine ilişkin görüşlerinin özgünlüğünün anlaşılması için Almanya'da hukuk devletine ilişkin gelişim ele alınmıştır. Bu çerçevede hukuk devletine katkıda bulunmuş diğer hukukçuların görüşlerine de yer verilmiştir. Jellinek'in hukuk devleti kavramına yaptığı katkı onu idare hukuku perspektifinden ele almaktır. Bunu yapan ilk kişi Jellinek olmasa da bir sistematik ortaya koymuştur. Jellinek bu eseri 1931'de yayınladıktan birkaç yıl sonra Nasyonal Sosyalizm iktidara gelmiş ve hukuk devleti anlayışı Nasyonal Sosyalizm ile ilişkilendirilmeye çalışılmıştır. Carl Schmitt hukuk devleti kavramını kullandığımızda hangi hukuk devletinin kastedildiğini belirtmek gerektiğini, zira dönemlere göre değişiklik gösterdiğini ifade eder.¹² Schmitt ve Jellinek arasındaki ilişki de önceleri çok iyi olmasına rağmen 1933'te kesintiye uğrar. Bunda Jellinek'in Yahudi kökenli olmasının da etkisi muhtemeldir.

Walter Jellinek, Protestan olarak yetiştirilmesine rağmen 1933 yılında Nürnberg Yasaları uyarınca ırksal olarak Yahudi kabul edildiğinden, 1935'de üniversitedeki görevinden emekli edilmiştir. Uzun yıllar ırksal olarak Yahudi olmadığını kanıtlamaya çalışan Jellinek, toplama kampına gönderilmemiştir; ancak birçok akrabasını orada kaybetmiştir. 1946'dan sonra üniversitelerin yeniden yapılandırılması aşamasında göreve geri dönebilmiştir. Ayrıca Hessen Eyalet Anayasası'nın oluşumuna da katkıda bulunmuştur.

⁸ SCHULTE, s. 308.

⁹ LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temel İlkeleri**, (çev. Dilşad Çiğdem Sever; Kıvılcım Turanlı), Dipnot, 2015, s. 271.

¹⁰ BADURA Peter, **Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat**, Mohr, Tübingen, 1966, s.19.

¹¹ JELLINEK Walter, **Verwaltungsrecht**, Springer Verlag, 1931.

¹² SCHMITT Carl, "Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?", **Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft**, Bd. 95, 1935, s. 191.

I. ALMANYA'DA HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ VE WALTER JELLINEK'İN HUKUK DEVLETİNE İLİŞKİN KATKISI

Hukuk devleti kavramı Almanya'ya 18. yüzyılda yerleşmektedir. Heuschling, Almanya'da hukuk devletini üç aşamada ele alır.¹³ Birincisi 18. yüzyıldan 19. yüzyıl ortasına kadar Kant etkisinin olduğu dönem, ikincisi Julius Friedrich Stahl'ın başını çektiği ama Gerber ve Laband gibi pozitivistlerin de hakim olduğu ve iki farklı akımın olduğu ikinci dönemdir. Heuschling bu dönemin 1945 değil de 1919'da bittiği görüşündedir. Son olarak demokrasi ve hukuk devletinin bir arada düşünüldüğü üçüncü bir dönemden söz etmektedir.¹⁴ Heuschling, ikinci dönem için Stahl'ın Hristiyan bakış açısını, Baehr'in liberalizmini, Laband ve Gerber'in pozitivistliğini, Georg Jellinek'in metod düalizmini ve Kelsen'in saf hukuk kuramını ele alır.¹⁵ Georg Jellinek'in devletin kendisini sınırlama tezi bu çerçevede karşımıza çıkmaktadır.¹⁶ Weimar dönemindeki metod tartışmasına ve pozitivistizm karşıtlığına dikkat çeken Heuschling, üçüncü dönemde Radbruch'un ünlü formülünden de bahseder.¹⁷ Walter Jellinek'in katkısı değerlendirmeden önce Almanya'da hukuk devletinin gelişimi kısaca ele alınacaktır.

A. Hukuk Devleti Kavramının Almanya'da Ortaya Çıkışı

Almanya'da hukuk devleti modelinin kaynağını Kant'tan aldığı görüşü yaygındır.¹⁸ Özenç de Kant'ın bu açıdan önemini ortaya koymaktadır. Ona göre Kant, hukuku, başta mülkiyet ilişkileri olmak üzere herkese ait olanı belirleyen kurallar bütünü olarak tanımlayarak ilk adımı atar.¹⁹ Kavramın gelişmesinde Kant'ı tanımlamak için hukuk devleti teorisyenleri kavramını kullanan Johann Wilhelm Placidus'un "hukuk devleti teorisyenleri" ve "devlet hukuku teorisyenleri"ni birbirinden ayırdığı görülmektedir.²⁰ Birinciler

¹³ HEUSCHLING Luc, *Etat de droit. Rechtsstat. Rule of Law*, Dalloz, 2002, s. 32.

¹⁴ HEUSCHLING Luc, s. 32.

¹⁵ HEUSCHLING, s. 75.

¹⁶ HEUSCHLING, s. 102.

¹⁷ HEUSCHLING, s. 32.

¹⁸ FERIOLI Ferioli, "Rule of Law and Constitutional Democracy", *The Turkish Yearbook of International Relations*, Vol. 46, 2015, s. 96.

¹⁹ ÖZENÇ Berke, *Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s.198.

²⁰ MEIERHENRICH Jens, *The Remnants of The Rechtsstaat. An ethnography of Nazi Law*, Oxford, 2018, s. 77.

mutlakiyetçi teoriyi reddedenler olarak görülebilirler.²¹ Placidus'un Kantçı okulu nitelenmek için kullandığı bu kavram zaman içerisinde dönüşmüştür.²² Teokratik devletin yerini alan hukuk devleti hukuk kültürünün hakim olduğu bir aşama, devlet evriminin en yüksek aşaması olarak görülmektedir.²³

Arnauld, Kant ve Humboldt'tan sonra Robert von Mohl'ü (1799-1875) hukuk devletini geliştiren isimler arasında saymıştır.²⁴ Mohl, hukuk devleti kavramına katkıda bulunan önemli isimlerdendir.²⁵ Mohl'ün (*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*) katkısı hukuk devleti ve polis devleti arasında bir ayrım yapmasıdır.²⁶ Mohl, eserinde teokratik, despotik, patrimonial ve patriyarkal devleti saydıktan sonra hukuk devletine değinir. Hukuk devletinin akılcı olana dayandığı ve halkın özgürlüğünün amaçlandığını yazar.²⁷ Mohl'e göre maddi bir hukuk devleti için bireysel özgürlük temeldir.²⁸ Schöbener ve Knauf da hukuk devletini Kant ve Fichte'ye kadar geri götürse bile kavramı ilk Robert Mohl'ün kullandığını ifade eder. Schmitt de, Lorenz von Stein, Gneist'ın ve Mohl'ün hukuk devleti açısından öncü rolü kabul ettiğini söylemektedir.²⁹ Schmitt, Mohl'ün kullandığı hukuk devleti kavramının, Adam Müller tarafından da kullanıldığını ama en çok Georg Jellinek ile bu kavramın yerleştiğini söylemektedir.³⁰ Mohl'de maddi bir hukuk devleti anlayışı varken 19. yüzyılın ortalarında daha biçimsel bir anlayış yerleşmiştir.³¹ İmparatorluk hukukçularının bilhassa Friedrich Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) ve Georg Jellinek (1851-1911) ile oluşan kamu hukuk bilimini, Lorenz von Stein sosyal hukuk devleti ile geliştirmeye çalışmıştır.³² Çağlar, Georg Jellinek ve Kelsen'in hukuk devletinin büyük us-

²¹ HEUSCHLING, s.7.

²² CHEVALIER Jacques, **Hukuk Devleti**, (çev. Ertuğrul Cenk Gürçan), İmaj Yayınları, 2010, s. 9.

²³ CHEVALIER, s.9.

²⁴ ARNAUD Andreas von, "Hukuk Devleti", **Anayasa Teorisi**, Lale Yayıncılık, 2014, s. 717.

²⁵ FLEINER / BASTA FLEINER, **Allgemeine Staatslehre**, C.H. Beck Verlag, 2016, s. 244.

²⁶ HEUSCHLING, s. 39; GÜNEŞ Ahmet M., "Über die Rechtsstaatlichkeit", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, sayı: 33, 2015, s. 3.

²⁷ MOHL Robert, **Die Polizeiwissenschaft nach den Grundlagen des Rechtsstaates**, Laupp, Tübingen, 1844, s. 5-8.

²⁸ FLEINER / BASTA FLEINER, s. 244.

²⁹ SCHMITT Carl, "Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?", **Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft**, Bd. 95, 1935, s. 191.

³⁰ SCHMITT Carl, **Staat, Großraum, Nomos**, Dunker & Humblot, 1995, s.108.

³¹ SCHÖBENER / KNAUFF, s. 219.

³² CHEVALIER, s.10.

taları olduğunu ifade etmektedir.³³ Walter Jellinek babası Georg Jellinek'in hukuk devleti açısından önemli görülen devletin kendisini sınırlama teorisine Heidelberg Üniversitesi'ne giriş konuşmasında değinir.

Hukuk devleti, Julius Stahl³⁴ gibi muhafazakar düşünürler ve Mohl, Gneist, Baehr gibi liberal düşünürler tarafından da ele alınmıştır. Hatta bu düşünürler birbirlerini etkilemişlerdir. Walter Jellinek tarafından gönderme yapılan ve üzerinde durulan Otto Baehr'in (1817-1895) hukuk devleti üzerine yazdığı eserde hukuk devletin özgürlük alanlarını düzenlemesi üzerine durduğu görülmektedir.³⁵ Otto Baehr ve Rudolf Gneist³⁶ yazılarında hukuk devletinden bahsetmişlerdir.³⁷ Gneist, idare mahkemeleri ve idari yargılama konusunda ünlenmiştir. Gneist, Stahl'e dayansa da onun hukuk devleti daha kurumsal bir hal almıştır.³⁸ Baehr, Stahl'in tüm devletlerin hukuk devletine dönüşmesi gerektiği sözüyle eserine bir giriş yazar.³⁹ Walter Jellinek tüm bu düşünürler arasında en çok Otto Baehr ve Gneist'a gönderme yapmaktadır. Bu onların hukuk devleti ve idare hukuku arasında ilişki kurmasından kaynaklanmaktadır.

Jellinek'in önem verdiği Baehr'i Hayek de önemsemektedir. Almanya'da hukuk devletin gelişiminin, ünlü hukuk tarihçisi Otto von Gierke'nin çalışmalarıyla ve O. Baehr'in hukuk devleti üzerine yazdığı çalışması ile önemli bir noktaya geldiğini belirtir.⁴⁰ Aliefendioğlu da hukuk devleti kavramının ilk kez Baehr ve Gneist tarafından ortaya atıldığını belirtmektedir.⁴¹ Gierke ve Baehr ile hukuk devleti, idarenin yasaya boyun eğdirildiği ve idareye karşı yargısal yolların açık olduğu bir devlet kavramı haline gelmiştir.⁴² Gneist'a

³³ ÇAĞLAR Bakır, **Anayasa Bilimi. Bir Çalışma Taslağı**, BFS Yayınları: 37, 1989, s. 166; ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı", **HFSA**, Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınları, s.73.

³⁴ Franz Julius Stahl, hukuk devletini formel ve negatif bir konsept olarak yasal devlet yapısından ayırır (FLEİNER/BASTA FLEİNER, s. 244)

³⁵ SCHÖBENER/KNAUFF, **Allgemeine Staatslehre**, C.H. Beck, 2003, s. 219.

³⁶ Gneist'in eseri **Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland**, 1879.

³⁷ WESEL Uwe, **Geschichte des Rechts in Europa**, C.H. Beck, 2010, s. 453.

³⁸ BÖCKENFÖRDE Ernst Wolfgang, **Staat, Gesellschaft, Freiheit**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2016, s. 72.

³⁹ BAEHR Otto, **Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze**, Göttingen, Wigand, 1864, s. 3.

⁴⁰ HAYEK Friedrich A., "Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti", **Hukuki Bir İlke. Siyasi Bir İdeal**, 2. Baskı, Adres Yayınları, 2008, s. 107.

⁴¹ ALİEFENDİOĞLU, s.73.

⁴² CHEVALIER, s.10.

göre idarenin kendi bünyesinde yer alan mahkemeler yoluyla hukuk devleti tesis edilmektedir.⁴³ Otto Mayer ise polis devleti ve hukuk devleti arasındaki farkı vurgular. Ona göre ancak anayasal devlet hukuk devletini mümkün kılar.⁴⁴ Mayer de Behr ve Gneist gibi Jellinek'i etkilemiş olan düşünürlerdendir.

Weimar döneminde Kelsen'in her devletin hukuk devleti olduğu tezi Heller tarafından eleştirilmiştir.⁴⁵ Heller'in hukuk devleti Stahl'inki gibi biçimsel bir hukuk devleti değil, kendi birliğini sağlaması amacıyla tözel anlamda zenginleştirilmesi gereken bir hukuk devletidir.⁴⁶ Kelsen ve Schmitt⁴⁷ arasındaki tartışma ve Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak ortaya çıkışı ise ayrı bir tartışma konusudur.⁴⁸ Schmitt ise hangi hukuk devleti nitelendirilmesini Nasyonal Sosyalizm'i kapsayacak kadar geniş ele almaktadır. Böylelikle görülmektedir ki Almanya'da hukuk devleti kavramının kiminle başlatılacağı konusunda farklı görüşler olsa da belirli isimler ön plana çıkmaktadır. Bir diğer önemli konu bu kavramın mutlakiyete ve polis devletine karşı ortaya çıkmış olmasıdır. Zaten Walter Jellinek de İdare Hukuku başlıklı eserinde hukuk devletinin polis devletine ve keyfi bir devlete karşı olduğunu idare hukuku prensiplerini de katarak aktarmaya çalışmaktadır.⁴⁹ Bu çerçevede Walter Jellinek'in hukuk devletine katkısı, bazı önemli anlatılara ilişkin yorumu ve idare hukuku perspektifinden devlete yapılacak sınırlamaları belirtmesi üzerinden ele alınacaktır.

B. Waler Jellinek'in Hukuk Devletine İlişkin Görüşleri

Walter Jellinek, Weimar Cumhuriyeti'nin değerlerinin yerleşmesi için uğraş verir. Stolleis, Walter Jellinek'in idare hukuku ile ilgili eserinin liberal hukuk devletinin iyi yönlerini olduğu kadar zayıflıklarını da gösterdiğini belirtir.⁵⁰ Aristoteles, Locke ve Montesquieu gibi düşünürlerle eserine başla-

⁴³ CHEVALIER, s.10.

⁴⁴ HEUSCHLING, s. 27.

⁴⁵ HELLER Hermann, "Bemerkung zur staats und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart", **Gesammelte Schriften**, J.C.B Mohr, 1992, s.274.

⁴⁶ ZEYBEKOĞLU Ali Emre, Carl Schmitt'in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, s. 140.

⁴⁷ Schmitt ve Kelsen arasındaki tartışma için ayrıca bkz. AKAL Cemal Bali, **Hukuk Nedir?**, Zoe Yayınları, 2025, s.187-190.

⁴⁸ ÖZENÇ Berke, **Demokrasiyi ve Anayasa'yı Korumak. Kelsen Schmitt'e Karşı**, İletişim yayınları, 2022.

⁴⁹ JELLINEK, 1931b, s. 81.

⁵⁰ STOLLEIS Michael, **A History of Public Law in Germany (1914-1915)**, Oxford University Press, 2004, s. 241.

yan Jellinek, Almanya'daki güçler ayrılığını inceler.⁵¹ Montesquieu'nün düşüncelerinin idare ve idari yargı alanında da gerçekleşmesi gerektiğini ifade eder. Bu eserinde hukuk devleti için Michael Kohlhaas⁵² gibi bir anlatı üretebilen, Rütli sahnesini⁵³ yaratan ve değirmencinin Sanssouci'ye⁵⁴ cevabını nesilden nesile aktaran bir devlette, hukuk devletinin uzun süre daha ayakta kalabileceğinden bahsetmektedir.⁵⁵ Özellikle “Berlin’de hakimler var” sözünün sembolik yönüne dikkat çeken Jellinek, kaynaklarıyla bu davanın ayrıntılarını anlatır.⁵⁶ Bu dava Jellinek’e göre polis devletine bir örnektir. Jellinek, İdare Hukuku eserinde polis devletinden hukuk devletine olan geçiş sürecini anlatmaktadır.⁵⁷

⁵¹ JELLINEK, 1931b, s. 8.

⁵² Michael Kohlhaas, Heinrich von Kleist’in önemli yapıtlarından ve Michael Kohlhaas’ın haksız yere el konulan atları için yaptığı hukuki mücadeleyi anlatmaktadır. Direnme hakkını da konu alan eser gerçek bir olaydan esinlenerek anlatılmıştır. Haksızlığa uğrayan Kohlhaas’ın Luther tarafından da uyarıldığı bilinmektedir. Adam Müller’in Devlet Teorisi Unsurları (Elemente der Staatskunst) eserinde de gönderme yaptığı bu olay birçok temel kaynakta ele alınan bir olaydır. (LÜTZELER Michael, Nachwort, KLEIST Heinrich von, **Michael Kohlhaas**, Reclam, Stuttgart, 2003, s. 127.135).

⁵³ Rütli yemini hikaye anlatımında 16. yüzyıla kadar geri gitmektedir Schiller’in Wilhelm Tell eserinde Rütli yemininde üç eyaletin yaşam ve ölüm pahasına korunacağına karar verilir. Bu yemine göre: “kardeşlerden olan bir halk olmak istiyoruz, hiçbir zorluk bizi ayırmamalı. Babalarımız gibi özgür olmak istiyoruz, köle olarak yaşamaktansa ölmeyi tercih ederiz. Biz yüce Tanrı’ya inanırız ve insanın gücünden korkmayız” (SCHILLER Friedrich, **Wilhelm Tell**, Reclam Verlag, 2025, s.69).

⁵⁴ Rivayete göre Sanssouci Sarayı’nı yaptırırken II. Friedrich sarayı yaptırmak istediği arazinin çok yakınındaki değirmeni almak istemiştir. Ancak değirmenci değirmenini satmak istememiştir. Bunun sonucunda Friedrich’in kendisinin kral olduğu konusunda uyarması neticesinde değirmencinin “Berlin’de de hakimler var” sözü hukuk devletinin teminatı olarak görülmüştür. Ancak bu anlatılan rivayet asıl dava ile önemli farklılıklar arz etmektedir. Müller Arnold davasında (1778) bir soylunun kendisine bir gölet yaptırarak nehrin debisini değiştirmesi sonucunda değirmenci zarara uğramıştır. Bu zarar nedeniyle değirmenciye tazminat ödenmesini hakimler gerekli görmemişlerdir. Şikayetini II. Friedrich’e bildiren değirmenciye haklı bulan kral yargıya müdahale ederek tazminata hükmetmeyen hakimleri tutuklatmıştır (<https://www.gewaltenteilung.de/der-fall-des-muellers-arnold/> (Erişim Tarihi: 6.1.2020)).

⁵⁵ “Ein Volk, dass die Erzählung von Michael Kohlhaas ersann, das die Rütliszene schuf, das die Antwort Müllers von Sanssouci von Geschlecht zu Geschlecht überlieferte ... läst sich sein Ideal weder durch ausländische Einflüsse weder durch vorübergehende Staatsnotwendigkeiten rauben ... Das Zeitalter des Rechtsstaates wird daher wohl für absehbare Zeit bestehen bleiben.” (JELLINEK Walter, **Verwaltungsrecht**, Springer, 1931 s. 35)

⁵⁶ JELLINEK Walter, **Grenzen der Verfassungsgesetzgebung**, Springer Verlag, 1931, s. 85.

⁵⁷ JELLINEK, 1931b, s. 85.

1. Polis Devletinden Hukuk Devletine

Walter Jellinek, adalet devletinden (*Justizstaat*) kamu gücü ve vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için düzenlemelerin olmasının anlaşılacağını belirtir.⁵⁸ Almanya’da adalet devletinin 1495’te *Reichskammergericht* (İmparatorluk Adalet Divanı) ile kurulduğundan söz edilir.⁵⁹ *Reichskammergericht*, toprakların barışı ve güvenliği için önemliydi.⁶⁰ Uyrak ve toprak ağası (*Landesherr*) arasındaki uyuşmazlıkları da çözmekte yetkili bir mahkeme haline gelmiştir.⁶¹

Jellinek, Polis hukuku kavramını ele alırken polis teriminin, tıpkı politika gibi Yunan şehir devleti anlamına gelen *politea*’dan geldiğini ifade eder. Polis, Almanca’da geniş bir kamu kudretini ifade eden devletin rasyonel nizamı anlamına geliyordu. 16. yüzyıldan itibaren Alman polis teşkilatı kurulmuş ve bu teşkilat tabii hukuk tesiriyle feodal beyler tarafından fertlerin himayesi amacına hizmet etmiştir.⁶² Ancak daha sonra feodal beylerin birey karşısındaki hak ve mükellefiyetleri “polis hukuku” dolayısıyla genişlemiştir. Toprak beyi/ağası polis devletinden (*ius politiae*) güç alıyorlardı.⁶³ “Polis devletinin hüküm sürdüğü dönemlerde her ne kadar iktidarı sınırlayan kuralların mevcudiyetinden bahsedilemese de devlet yönetimi kendi içinde bir düzene yani idarenin yönetimini şekillendiren kurallara sahiptir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kurallar idarecileri idare edilenlere karşı bağlamadığından, devlet gücü zamanla keyfiliğe kaymış ve bireylere zarar vermeye başlamıştır”.⁶⁴ Kendisini yargıdan bağımsız gören devlete polis devleti denmekteydi. Polis devleti devrinde devletin yetkile-

⁵⁸ JELLINEK, 1931b, s.81.

⁵⁹ *Reichskammergericht* birçok kez yer değiştirmiş 1693’ten sonra Wetzlar’a taşınmıştır. Buna karşılık imparatorluk merkezi olan Viyana’da 1498’de *Reichshofrat* adlı bir yüksek mahkeme daha kuruldu. 16. Yüzyılın başlarında bu mahkeme *Reichskammergericht*’in yerini almaya başlamıştır. Böylece Alman hukuku iki yolda yürümeye başlamıştır. Din ayrılığı nedeniyle *Reichshofrat* Katoliklerin, *Reichskammergericht* de Protestanların mahkemesi haline gelmiştir (ÜÇÖK Coşkun, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VII, 1950, s. 312; Birden Güngören Bulgan, “Leibniz ve Hukuk Tarihi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011/2, s.57-73.

⁶⁰ GÜVEN Koray, “Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku’nun Yeri ve Temel Özellikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 65 (3), 2016, s.845.

⁶¹ JELLINEK, 1931b, s.81.

⁶² JELLINEK Walter, “Modern Polis Hukuku ve İdare’de Polis Teşkilatının Taksimine Dair Düşünceler”, (çev. Necmettin M. Berkin), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 16, Sayı: 1-2, 1950, ss.380.

⁶³ JELLINEK, 1931b, s. 83.

⁶⁴ YILDIZ Hayrettin, “Hukuk Devleti’nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devleti’nin Yeri”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: 15, Sayı: 2013, s. 220.

rinin çok genişlemiş olduğunu görülmektedir. Polis deyimi hiçbir sınır ve denetim tanımayan kamu kudreti anlamına gelmekteydi.⁶⁵

Polis mefhumunun kamu yararına yapılacak işler anlamına kavuşması Pütter ile gerçekleşmiştir.⁶⁶ Jellinek, Otto Mayer'in de polis gücünü, kamu düzenini idari sahada ihlallerden koruyacak bir kamu gücü olarak ele aldığını ifade etmektedir.⁶⁷ Jellinek, polisi, koruyucu polis, idare ve modern polis olarak sınıflandırır.⁶⁸

Jellinek, I. Friedrich Wilhelm'in kendisi üzerinde bir yargıcı kabul etmeyecek kadar egemenlik düşüncesinin kendisinde olduğunu düşündüğünü ifade eder.⁶⁹ Fransa'da Bodin'in eserinin büyüüne kapılan (1576) I. Friedrich Wilhelm'in de XIV. Louis gibi bir egemenlik anlayışını kabul etmek istediği görülmektedir.⁷⁰ Polis devletinin anlayışı bellidir.⁷¹ Bu devlette vatandaşların koşulsuz itaat etmesi gerekmektedir.⁷² Sınıflı, feodal devlet (*Ständestaat*) sona ermekte, onun yerine mutlak devlet ve onunla birlikte polis devleti gelmekteydi.⁷³ Polis devletinde kralın kişiliği önem kazanmaktadır.⁷⁴ Jellinek, Polis devletine ikinci Prusya kralı olan I. Friedrich Wilhelm örneğini vermektedir. Bu konuya ilişkin olarak hukuk devletinin önemi için örnek gösterilen "Berlin'de hakimler var" sözünü dile getiren değirmenci olayının aslında ilk başta hukuk devletini zedeleyen, hatta Walter Jellinek'in polis devletine örnek olarak göstermesine neden olan bir yönü bulunmaktaydı. Walter Jellinek 1848'e kadar Prusya'nın polis devleti olduğu görüşündedir.⁷⁵ Hatta 1848'de de polis devletinin tam olarak sona ermediğinden; ancak idare mahkemelerinin kurulması ile devletin sınırlandırıldığından bahseder.⁷⁶

⁶⁵ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 7. Basım, Ankara, 2002, s. 36.

⁶⁶ JELLINEK, 1950, s. 381.

⁶⁷ JELLINEK, 1950, s. 382.

⁶⁸ JELLINEK, 1950, s. 383.

⁶⁹ JELLINEK, 1931b, s. 84.

⁷⁰ JELLINEK, 1931b, s. 85.

⁷¹ JELLINEK, 1931b, s. 85.

⁷² JELLINEK, 1931b, s. 85.

⁷³ JELLINEK, 1931b, s. 85.

⁷⁴ YILDIZ Hayrettin, "Hukuk Devleti'nin Gelişim Sürecinde Mülk Devlet ve Polis Devleti'nin Yeri", s. 217.

⁷⁵ JELLINEK, 1931b, s. 87.

⁷⁶ JELLINEK, 1931b, s. 88.

2. Berlin'deki Hakimlere Gerçekte Ne Oldu?

Polis devletinde kralın iradesi önem taşıyordu. Walter Jellinek, Sanssouci'li değirmencinin efsanesinin aslında hukuk devleti değil, polis devletinin bir uygulaması olduğunu ortaya koymaya çalışır. “Berlin’de hakimler var” efsanesinin gerçek olabileceğini, zira kralın buna benzer eylemlerinin olduğunu belirten Jellinek, efsanenin tam tersi olarak değirmencinin yararına hakimlerin zor duruma düştüğünü belirtir. Anlatıya göre değirmenin ses çıkarmasından rahatsız olan ve değirmeni yıkmak isteyen II. Friedrich’e değirmenci Gräwitz’in “Berlin’de hakimler var” diye cevap verdiği söylenir. Büyük Friedrich (1712-1786) yani Prusya Kralı II. Friedrich ve Sanssouci’li değirmencinin arasında geçen diyalogda kralın değirmencinin cevabından etkilendiği ve değirmeni yıkmaktan vazgeçtiği belirtilir. Buradan iki anlam çıkarılabileceğini söyleyen Jellinek’e göre, bu etkilenme ya değirmencinin Prusya mahkemelerine duyduğu güvene ilişkin memnuniyettir ya da değirmenciye acımadan kaynaklanmaktadır.⁷⁷ Bu varsayımlardan ilkinen inanç yaygındır, zira polis devletinin özellikleri genellikle bilinmemektedir. Tarihsel olarak ise doğru olan ikincisidir. Jellinek, bulguların böyle bir dava olmadığını ortaya çıkardığına göre artık Kral’ın duygu durumundan çok, kişiliğinden ve böyle bir durum karşısında tepkisinden bahsedilebileceğini ifade eder.⁷⁸

Bu anlatıya kaynaklık ettiği düşünülen olay değirmenci Arnold olayıdır.⁷⁹ Christian Arnold bir su değirmeninin mirasçısıdır ve Kont von Schmettau’a yıllık kazancını ödemesi gerekmektedir. Ancak bu ödemeyi bölge yöneticisi Gersdorff (Landrat) tarafından suyun kesildiğini belirterek yapamayacak durumda olduğunu iddia eder. Gersdorff bahçesine bir süs havuzu yaptığı için nehrin debisi azalmıştır. Schmettau ve Arnold arasında birçok dava yürümektedir ve hepsi Kont lehine sonuçlanmaktadır.⁸⁰ Değirmenci Arnold 1779’da değirmenden tahliye zorlandığında Kral’a şikayet hakkını kullanmıştır.⁸¹ Kral bu durumun tekrar incelenmesine karar verir ve yetkilendirdiği kişi, değirmenci Arnold’u haklı bulur. Yüksek Mahkeme değirmenciye haklı bulunca tekrar oda mahkemesine (*Kammergericht*) durumu incelemesi için gönderir. O da birkaç husus dışında değirmenci Arnold’u

⁷⁷ JELLINEK Walter, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmaessigkeitserwaegung*, J. C. B. Mohr, 1913, s. 169.

⁷⁸ JELLINEK, 1931b, s. 85.

⁷⁹ JELLINEK, 1931b, s. 85.

⁸⁰ JELLINEK, 1931b, s. 85.

⁸¹ JELLINEK, 1931b, s. 86.

haklı bulunca Kral önceki karardan dolayı haksız bulduğu üç danışmanı (Friebel, Braun ve Ransleben) 1779'da adını kötüye kullandıkları gerekçesi ile tutuklattırır.⁸² Kral'ın isteği üzerine 7 Ocak'ta tutuklanan danışmanlar ancak 4 Eylül'de serbest bırakılırlar.⁸³ Cezalandırılmasını talep ettiği danışmanlar daha sonra suçsuz bulunur.

II. Friedrich'in bu kararına ilişkin farklı yorumlar bulunmaktadır. Büyük Friedrich'in yargıya müdahalesini eleştiren düşünürler olduğu gibi bu kararı doğru bulanlar da vardır. Örneğin Hegel de Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri'nde⁸⁴ (295. Paragraf) memurların eğitimi konusunda bu davaya değinerek egemenin müdahalesini haklı bulur.⁸⁵ Bu konuya özellikle devlet ve yöneticilerin, memurluk görevini kötüye kullanması meselesini ele alırken değinir.⁸⁶ Kontrolün yukarıdan gerçekleşmesi gerektiğini belirten Hegel, kurumsallaşmanın henüz tamamlanmadığı kurumlarda, mesela Arnold davasında, müdahalenin gerekli ve haklı olduğunu savunur.⁸⁷ Wienfort, Kral'ın bu müdahalesinin "küçük adamın" hukukunu aristokrasiye karşı bile koruyan bir devleti; Kral'ın devam eden mahkeme sürecine müdahaleden vazgeçmesinin ise hukuk devletinin gelişimini gösterdiğini düşünmektedir.⁸⁸

Büyük Friedrich'in yeğeni II. Friedrich Wilhelm'in (1744-1797) yaptığı ilk icraatlardan biri cezalandırılan hakimlerin suçsuzluğunu ilan etmek olur. Onlara bu yapılanlardan dolayı tazminat ödenmesi kararlaştırılır. Kral bu şekilde kamusal ifadenin bir temsilcisi olduğunu göstermek ve daha önce yapılan bir haksızlığı düzeltmek istemektedir.⁸⁹ Jellinek bu kararın hakimlerin bağımsızlığı konusunda önemli bir adım olduğunu söylemektedir.⁹⁰ Yani olayın aslı değirmenci ve ona hakkını teslim eden kralın efsanesi kadar basit olmasa da, Almanya'da güçler ayrılığı ve hukuk devleti açısından önemli bir

⁸² DICKEL Karl, *Beitraege zum preussischen Rechte für Studierende und Referendierende*, Verlag von Oscar Ehrhardts Universitaets Buchhandlung Universitaet, Marburg, 1891, s. 15.

⁸³ JELLINEK, 1931b, s. 86-87.

⁸⁴ HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970, s. 463.

⁸⁵ AVANZİ, Constantino Avanzi, "Die Hegelsche Bewertung der Arnold-Sache: König, Mittelstand..", *Hegel Jahrbuch*, vol 2009, ss.125-132.

⁸⁶ HEGEL, s. 463.

⁸⁷ HEGEL, s. 463.

⁸⁸ WIENFORT, Monika, *Prusya Tarihi*, çev. Kadir Yılmaz, Runik Kitap, 2020, s.51.

⁸⁹ JELLINEK, 1931b, s. 87.

⁹⁰ JELLINEK, 1931b, s. 87.

dönüşüme kaynaklık ettiği doğrudur. Jellinek, Almanya’da ve ülkemizde hukuk devletine ilişkin olarak örnek olarak gösterilen bu olayın aslını incelemekte ve hukuk devletinden çok polis devletine ilişkin bir uygulama olduğu tespitinde bulunmaktadır.

3. Walter Jellinek’in Hukuk Devletine İlişkin Getirdiği Kriterler

Walter Jellinek hukuk devletine tarihsel örnekler dışında hukuk devletine ilişkin olarak bazı kriterleri sistematik olarak sıralamaktadır. Jellinek, biri haksız yere tutuklandığında hukuk devletinde böyle bir şeyin olmaması gerektiği konusunda şikayet edildiğini söyler. Buna göre şikayette bulunurken, şikayet edenler hukuk devletinin vatandaşlara asla haksızlık yapmayacak bir devlet olduğu yanılısındadır.⁹¹ Bu ideal tam gerçekleşemeyecek olsa bile Jellinek’e göre buna yaklaşmak için bazı kriterler gereklidir.⁹²

- a) Anayasal Devlet: Jellinek, hukuk devletinin ancak anayasal bir devlette mümkün olduğunu söylemektedir. Prusya’da 19. yüzyılda da kral belli ölçülerde yasalara uymaktadır ancak bu her zaman uyacağı anlamına gelmemektedir. Jellinek, hukuk devletinin temellerinin toprak ağasının (*Landesherr*) yetkilerinin, halkın yasama gücü ile sınırlandırılmasıyla atıldığını söylemektedir.⁹³
- b) İdarenin Yasaya Uygunluğu: Jellinek, hukuk devletinin en önemli temellerinden birinin idarenin yasaya uygunluğu olduğunu belirtir. Bununla kast edilen bir idari eylemin yasaya aykırı olup olmaması değil, idari eylemin yasal olarak temellendirmeden oluşamayacağıdır.⁹⁴ Jellinek bu konuyu Montesquieu’nün ele aldığından bahsetmektedir.⁹⁵
- c) Yetkilendirmelerin belirli olması: Yasa tarafından bir yetkilendirme çok genel yapıldığı takdirde amaçlanandan uzaklaşılır.⁹⁶ Bu çerçevede Jellinek, Weimar Anayasası’nın 48. maddesini eleştirir.⁹⁷ Bu maddenin hu-

⁹¹ JELLINEK, 1931b, s. 88.

⁹² JELLINEK, 1931b, s. 88.

⁹³ JELLINEK, 1931b, s. 88.

⁹⁴ JELLINEK, 1931b, s. 88.

⁹⁵ JELLINEK, 1931b, s. 89.

⁹⁶ JELLINEK, 1931b, s. 89.

⁹⁷ Weimar Anayasası’nın 48. maddesi Cumhurbaşkanına olağanüstü hal konusunda geniş yetkiler tanıdığı için Hitler’in iktidarına zemin hazırlayanın bu maddenin geniş yorumlanabilmesi olduğuna ilişkin tespitler bulunmaktadır.

kuk devleti ile uyumlu olmadığı iddiasından bahseder.⁹⁸ Bu madde Heller gibi birçok düşünür tarafından da eleştirilmektedir.⁹⁹ Bu ilkeye genellikle her şeyin çok ayrıntılı düzenlendiği vergi hukukunda uyulduğundan bahseder.¹⁰⁰ Aynı şekilde polis ceza yasalarının da polisin yetkilerini çok belirgin bir şekilde ortaya koyduğunu ifade eder.¹⁰¹

- d) Sınırlandırılmış İdarenin Üstünlüğü (*Vorherrschen der gebundenen Verwaltung*): Yasanın hakimiyeti, takdir yetkisinin sınırlandırılmasını gerektirir.¹⁰² Yetkili makam karşılaştığı olayda belirgin bir şekilde sınırlandırılmışsa o zaman tam anlamıyla yasalara uygun hareket edebilir. Jellinek bu örnekte de yine vergilerin idaresini gösterir. Vergi dairesini vergilendirmekle yükümlüdür. Jellinek, bu açıdan vergi dairesi ve savcılığı birbirine benzetir.¹⁰³ Vatandaş sadece devlete karşı haklara sahip olmamalı, devlet gücünün sınırlarını aşan müdahalelerine karşı da mahkemelere ya da mahkeme benzeri kuruluşlara başvurabilmelidir.¹⁰⁴
- e) Biçimsel İdari İşlemler: Jellinek, buna örnek olarak mahkeme kararlarını verir. Mesela ceza hukukunda şüpheli ancak hukuki bir süreç sonunda mahkeme kararı ile suçlu bulunup hapishaneye gönderilebilir. Bu nedenle hukuk devletinde bir eylem ve icrası arasında vatandaşın hak ve ödevlerini bildiren biçimsel bir işlem gereklidir.¹⁰⁵ Ayrıca idari işlemlerin bağımsız mahkemeler tarafından denetlenmesi gerekmektedir.¹⁰⁶
- f) Yeni Adalet Devleti: Jellinek, yeni adalet devletinde hukuki güvence için sadece geçerli bir imparatorluk yargısının değil Oldenburg, Braunschweig gibi daha yerel mahkemeler ile de hukuki güvence sağlanabildiğini ifade eder.¹⁰⁷

⁹⁸ JELLINEK, 1931b, s. 89.

⁹⁹ BEAUD, Olivier, **Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme**, Descartes & Cie., 1997, s.133.

¹⁰⁰ JELLINEK, 1931b, s. 89.

¹⁰¹ JELLINEK, 1931b, s. 89.

¹⁰² JELLINEK, 1931b, s. 90.

¹⁰³ JELLINEK, 1931b, s. 90.

¹⁰⁴ JELLINEK, 1931b, s. 90.

¹⁰⁵ JELLINEK, 1931b, s.90.

¹⁰⁶ JELLINEK, 1931b, s.90.

¹⁰⁷ JELLINEK, 1931b, s.91.

- g) Anayasa Yargısı'nın Uygulanması: Sadece genel mahkemeler değil özel mahkemelerin de varlığından bahseden Jellinek, hakimlerin bağımsızlığının öneminden bahseder. Hukuk devletinin en önemli temsilcisinin Otto Baehr¹⁰⁸ olduğunu belirtir. Baehr eserinde yargı ve yürütmenin ayrılmasının sadece görevlerin birbirinden ayrılması anlamına gelmediğini, aynı zamanda yürütmenin de yargısal bir denetime tabi olmasını ifade eder.¹⁰⁹

Koellreuther 1932'de yazdığı eserde de Baehr'in hukuk devleti anlayışının hala geçerli olduğunu belirtir. Özellikle Schmitt, Heller ve Smend'e atıf yapan yazar, hukuk devletine ilişkin o döneme kadar olan farklı bakış açılarını ortaya koymaya çalışmaktadır.¹¹⁰ Walz, Jellinek'i pozitivist olarak nitelendirir ancak bir yandan da hukuk devletinin ve güçsüz olanın yanında olmanın onun için önemli olduğunu söyler.¹¹¹ Azrak, Jellinek'in işaret ettiği gibi etkili bir hukuki himayenin, idari meselelerin düzeni ve izledikleri usuller sayesinde sağlandığını ifade eder.¹¹²

II. WALTER JELLINEK'İN NASYONAL SOSYALİZM DÖNEMİNDE YAŞADIKLARI VE O DÖNEM HUKUK DEVLETİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Weimar Cumhuriyeti'nden Nasyonal Sosyalizm'e geçerken hukuk devletine ilişkin önemli bir dönüşüm yaşanmıştır. Weimar döneminde sağlanmış önemli kazanımlar bu dönemde geri alınmıştır. Almanya'nın ilk cumhuriyeti olan Weimar Cumhuriyeti çok kısa ayakta kalabilmiş ve partiler arası uzlaşmazlıklar döneme damgasını vurmuştur.¹¹³ Weimar Cumhuriyeti birçok teorisyen tarafından eleştirilmektedir. Ancak burada Weimar Cumhuriyeti'ni ortadan kaldırmak isteyenler ve onu geliştirmek için çaba gösterenler birbi-

¹⁰⁸ Loughlin, Baehr'in devleti bir organik birliktelik olarak betimlediğini ve devletin hukuka bağlılığının yargısal ve idari faaliyetlerden işlevsel olarak farklılaşması olarak nitelendirdiğini ifade eder (LOUGHLIN Martin, s.271).

¹⁰⁹ BAER, s. 54.

¹¹⁰ KOELLREUTER Otto, **Der nationale Rechtsstaat zum Wandel der Staatsidee**, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen, 1932, s.17.

¹¹¹ WALZ Ernst, "Walter Jellinek zum Gedächtnis", **Archiv des Öffentlichen Rechts**, Vol. 80, s. 260.

¹¹² AZRAK, Ülkü, "Umumi İdari usul ve Kodifikasyon Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 33, 1967, s. 72.

¹¹³ Weimar Cumhuriyeti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. STORER, Colin, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.

rinden ayrılmalıdır. Walter Jellinek de Weimar Cumhuriyeti'ni korumak isteyenler arasındadır.

Weimar, yeni hukuk devleti anlayışlarının, yani demokratik hukuk devleti ve sosyal hukuk devletinin, hatta Nasyonal Sosyalist hukuk kavramlarının oluşturulduğu bir laboratuvar haline gelmiştir.¹¹⁴ Walter Jellinek'in Weimar Cumhuriyeti için önerisi halkın parlamentoya karşı güçlendirilmesidir. Anayasa'nın 76/1 maddesini 73/3 ile birleştirerek anayasal bir referandum yapılmasını önermektedir.¹¹⁵ Heller, Weimar Cumhuriyeti'nin kalıcı olması için çözüm yolları ararken Schmitt çok partili koalisyon devletini eleştirmektedir. Böylelikle o dönemde hukukçular Weimar Cumhuriyeti'nin içinde bulunduğu krizden çıkmak için farklı çözüm yolları önermektedir. Walter Jellinek, 1925'te Nasyonal Sosyalist Parti'nin henüz seçimlerde Hessen'de yasaklı olduğu bir dönemde anayasal şikayet ve seçim denetimi üzerine bir yazı kaleme almıştır.¹¹⁶

Nasyonal Sosyalizm'de de hukuk devletine ilişkin hukuki tartışmalar devam etmektedir. Bu konuda en çok öne çıkan düşünür Carl Schmitt'tir. Walter Jellinek Nasyonal Sosyalizm öncesinde Carl Schmitt'e hayranlık duymaktadır,¹¹⁷ hatta aralarında mektuplaşmalar da bulunmaktadır. Walter Jellinek, Schmitt'in "*Gesetz und Urteil*" (Kanunilik ve Meşruiyet) kitabı hakkında bir değerlendirme de yazar.¹¹⁸ Bu kitap değerlendirmesinde Schmitt'in yasama ve adalet arasındaki ilişkiyi iyi ortaya koyduğunu belirtir.¹¹⁹

Walter Jellinek, "*Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*" (1931) (Anayasal Değişikliğinin Sınırları) eserinde eskiden mutlak olarak kabul edilen anayasanın artık değiştirilebilir olduğunu belirtir ve anayasa üzerindeki kurumlardan bahseder. Bu çalışmada Carl Schmitt'in "Anayasa'nın Koruyucusu" kitabına da gönderme yapan Jellinek anayasal sınırlandırmaların 1918

¹¹⁴ CHEVALIER, s.65.

¹¹⁵ BEAUD, s. 102.

¹¹⁶ JELLINEK Walter, "Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien. Zugleich eine Untersuchung über die Rechtsfolgen ungültiger Wahlgesetze", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 54, no: 1, 1928, s.136.

¹¹⁷ GÜNSOY Funda, "Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi", *Felsefe Arkivi*, Sayı: 46, 2017/I, 54.

¹¹⁸ JELLINEK Walter, "Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis bei Carl Schmitt", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 34, 1912, ss.296-299.

¹¹⁹ JELLINEK, "Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis bei Carl Schmitt", s.299.

devrimi ile dönüşüme uğradığından bahseder.¹²⁰ Jellinek, öngörülü Spinoza'nın dediği gibi bir anayasanın uygulanmadığı zaman geçerliliğini yitirdiğini ve yeni anayasanın ancak ona uyacak kitleyi bulduğu zaman geçerli olduğunu (*obodiente facit imperantem*) söyler.¹²¹ Burada kastettiği Weimar Anayasası'dır ve Carl Schmitt'ten farklı olarak Weimar Cumhuriyeti'ni olumlayan bir tavra sahiptir. Bu çerçevede Carl Schmitt ve Kelsen'in Anayasa'nın koruyucusunun kim olacağına dair tartışması büyük öneme sahiptir; ancak bu tartışmaya bu çalışmada değinilmeyecektir.¹²²

Prusya Reich davasında Schmitt'in yanında yer alan ve onun üniversiteye atanabilmesi için çaba gösteren Jellinek, Schmitt'ten aynı ilgiyi göremeyecektir. Özellikle 1933'ten sonra Schmitt'in ona sırt çevirdiği, hatta 1936'da Schmitt'in "Bir Yahudi olarak Walter Jellinek" başlıklı bir sunum hazırladığı ifade edilmektedir.¹²³ Ancak Jellinek de Schmitt'in Nasyonal Sosyalizm'de yaptıklarını affetmeyerek onun 1946 sonrasında Alman Devlet Teorisyenleri toplantılarına alınmaması için çaba sarf etmiştir.¹²⁴

A. Walter Jellinek'in Nasyonal Sosyalizm'de Yaşadığı Zorluklar

Weimar Cumhuriyeti Anayasası'ndaki 48. madde ile olağanüstü halin ilan edilmesi ve sonrasında Hitler'in iktidarında, Walter Jellinek babasının Yahudi kökenleri nedeniyle büyük zorluklar yaşamıştır. Hitler'in Nürnberg Yasaları ile Yahudi kökenli Alman vatandaşları önce mesleklerini, daha sonra birçoğu toplama kampında hayatlarını kaybetmiştir. Walter Jellinek de zorunlu emekli edilenler arasındadır. 1933'te Hitler'in iktidara gelişinden sonra 7 Nisan 1933'te "Memurlukla İlgili Düzenleme" uyarınca Yahudi ve ari ırktan olmayanların üniversitelerden çıkarılması söz konusu olmaya başlamıştır. Annesi Protestan olan Jellinek, babasının Yahudi kökenli olması nedeniyle bir tehlikeye maruz kalmaması için Protestan olarak yetiştirilmiştir. Jellinek derslerini yeni yasalara göre düzenlemiş ve mümkün olduğunca eleştiriden uzak durmuştur.¹²⁵ Hristiyanlığa geçmiş Yahudilerin de görevle-

¹²⁰ JELLINEK, 1931a, s.6.

¹²¹ JELLINEK, 1931a, s.16.

¹²² Bkz. ÖZENÇ 2022.

¹²³ MEHRING Reinhard, "Die Austreibung des Heidelberger Geistes" Carl Schmitt und der Heidelberger Rechtspositivismus", Manfred Gangl, **Die Weimarer Staatsrechtdebatte, Diskurs und Rezeptionsstrategien**, Nomos, 2011, s. 145.

¹²⁴ MEHRING, s.145.

¹²⁵ KEMPTER, s. 485.

rine son verilmesi söz konusu olduğunda, ailesinin kökenini araştırmış ve ırksal değil sonradan inanç olarak Yahudiliği tercih etmiş bir aileden geldiğini ispatlamaya çalışmıştır.¹²⁶ Walter Jellinek'in Çek kökenli bir yazar olan Pawel Kopal'ın "Slavlar ve Alman Ruhu" (*Das Slawentum und der deutsche Geist*) başlıklı eserine dayanarak Jellineklerin Yahudi kökenli olmayabileceğini temellendirmeye çalıştığı görülmektedir.

1935 Nürnberg Yasaları'yla toplum ikiye ayrılır ve 31.12.1935'te Yahudi kökenli profesörler emekli edilir. Walter Jellinek bir yandan, ırksal olarak Yahudi kökenli olmadığını ispatlamaya çalışırken, diğer yandan Birinci Dünya Savaşı'ndaki hizmetlerini ve diğer hizmetlerini ön plana çıkarmaya çalışır.¹²⁷ Eşinin Yahudi olmaması ve çocuklarını Hristiyan olarak yetiştirmesi onu bazı ayrımcılıklardan bir süreliğine korusa da baba tarafından tam Yahudi sayılması nedeniyle toplama kampına gitmekten ucu ucuna kurtulur. Çocukken vaftiz edilmesine rağmen yine de kökeni nedeniyle üniversitedeki görevine son verilmiştir. Ailenin diğer fertleri Walter Jellinek'in tezini kullanmaya çalıştılsa da başarılı olamamışlardır.¹²⁸ Walter Jellinek'in yayınlarına 1933'ten sonra ara vermek zorunda kaldığı, çünkü ari ırktan olmayan kimselerin eserlerinin basılmadığı görülmektedir.¹²⁹ Jellinek, bu durumda yasa önünde eşitliğin ortadan kalktığını söylemektedir.¹³⁰ Paseman, Jellinek'in İdare Hukuku eserinin 1934 basımında Nasyonal Sosyalizm'in etkisini devlet öncesi hakların olmadığı fikrine dayandırmaktadır.¹³¹ Paseman, Walter Jellinek'in eserinin yeni basımına Nasyonal Sosyalizm nedeniyle bazı yeni yazar ve yorumların eklendiğini belirtmektedir.¹³² Ona göre Jellinek'in Weimar Anayasası'nı kurtarmak için yaptığı öneriler ne yazık ki Nasyonal Sosyalistler tarafından farklı yorumlan-

¹²⁶ KEMPTER, s. 486.

¹²⁷ Bu dönemde akademide pek destek bulamamıştır. Eski doktora öğrencisi olan Hans Frank bile ona yardımcı olmaz (KEMPTER, s. 489).

¹²⁸ Kardeşi Dora Bush, kuzenleriyle birlikte toplama kampında ölür. Küçük kardeşi Otto da toplama kampında yaşamını kaybeder. Walter Jellinek, ari biriyle evli olması sayesinde toplama kampına gönderilmez. Oğlunu, aksi takdirde olacaklardan korkarak büyük bir çaba ile birinci dereceden karma evlilik yerine ikinci dereceden karma evlilik statüsüne sokarak asker kalmasını sağlamaya çalışır. Ancak Viyana'daki aile üyeleri onlar kadar şanslı değildirler. Emil Jellinek-Mercedes, bütün malvarlığını kaybeder, oğulları Ferdinand ise intihar eder (KEMPTER, s. 509).

¹²⁹ PASEMANN, Birthe, "Walter Jellinek und der Nationalsozialismus. "Verwaltungsrecht" 1934. Zur 3. Auflage 1950", *Kritische Justiz*, vol. 38, no: 4, 2005, s. 422.

¹³⁰ PASEMANN, s. 426.

¹³¹ PASEMANN, s.426.

¹³² PASEMANN, s.424.

mıştır.¹³³ Jellinek'in Prusya Eyalet Meclisi'nin çözülmesi ve anayasanın değiştirilmesi gibi önerileri daha ileri taşınarak meclisin tamamen feshine ve anayasanın işlevsiz kalmasına neden olmuştur.

B. Carl Schmitt'in Hukuk Devleti Eleştirisi

Nasyonal Sosyalizm dönemindeki hukuk devleti tartışmaları üç önemli noktada yoğunlaşıyordu: antiliberalizm, antiformalizm ve antisemitizm.¹³⁴ Nazi hukukçuları birey yerine topluluğu ön plana koymuşlardır. Schmitt'in yazılarında özellikle burjuva hukuk devletinin bir eleştirisini bulunmaktadır.¹³⁵ Ancak "Hukukta Yahudiler" başlıklı konferansında antisemitizmin savunuculuğunu yapmaktadır. Özellikle Stahl'i eleştiren Schmitt sonradan Hristiyan olduysa da onun Yahudi kökenine gönderme yapmaktadır.¹³⁶ Krauss, Tatarin-Tarnheyden ve Schmitt hukuk devletine ilişkin yeni bir yaklaşım ortaya koymuşlardır.¹³⁷

Nasyonal Sosyalist hukuk devleti anlayışının ne olduğunu kavramak için Schmitt'in hukuk devletine ilişkin tartışmaları ortaya koyduğu eser son derece önemlidir.¹³⁸ Nasyonal Sosyalizm'in önemli teorisyenlerinden biri olarak sayılan Schmitt'in 1933 öncesinde Jellinek ile yakın bir ilişkisi bulunmaktaydı. Jellinek daha ilk yazılarından itibaren Schmitt'i desteklemiş hatta bir dönem yakın bir ilişki kurmuşlardır.¹³⁹ Jellinek, hukuk devleti kavramını Schmitt'in Anayasa Öğretisi (*Verfassungslehre*) ile aynı yıl yayınlanan İdare Hukuku eserinde incelemektedir. Schmitt Anayasa Öğretisi¹⁴⁰ başlıklı çalışmasında burjuva hukuk devleti ve anayasal devletin karıştırıldığından bahseder.¹⁴¹ Schmitt, eserinde hukuk devletine ayrı bir bölüm açmıştır ve

¹³³ PASEMANN, s.423.

¹³⁴ MEIERHENRICH, s. 98.

¹³⁵ MEIERHENRICH, s.100.

¹³⁶ MEIERHENRICH, s.108.

¹³⁷ MEIERHENRICH, s.108.

¹³⁸ Bezci de doktora tezinde Schmitt'in hukuk devletine ilişkin tartışmalara yer vermektedir. Bkz. BEZCİ Bünyamin, Carl Schmitt'in Politik Felsefesi Açısından Modern Türkiye'de Güçlü Devlet Kavramı, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 19-20.

¹³⁹ Jellinek, Heidelberg'e geldiği dönem Schmitt'e şehri gezdirmiş, hatta evinde misafir etmiştir. Aynı gün Anschütz ve Radbruch ile de görüştüğü mektuplaşmadan ve Schmitt'in günlüğünden anlaşılmaktadır (Reinhard MEHRING, ss. 87-119).

¹⁴⁰ Bu eser üzerine ayrıntılı bir makale için bkz. Ece Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in "Anayasa Öğretisi", *İÜHF* C. LXXIII, 2015, s. 129-180.

¹⁴¹ SCHMITT Carl, *Verfassungslehre*, 11. Basım, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, s. 125.

burada Stahl, Gneist ve Baehr gibi hukuk devletine ilişkin çalışmaları olan hukukçulara yer verir.¹⁴² Kant ve Montesquieu'ye de gönderme yapan Schmitt güçler ayrılığının hukuk devleti için önemine değinir.¹⁴³ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 16. maddesine gönderme yapan Schmitt, burjuva hukuk devletine göre güçler ayrılığının bulunmadığı bir devletin anayasal bir devlet olamayacağını ifade eder.¹⁴⁴ Weimar Anayasası'nda da doğrudan güçler ayrılığı belirtilmese de içerik olarak bulunduğunu ifade eder.¹⁴⁵ Burjuva hukuk devletinin güç devleti karşısında konumlandırıldığından söz eden Schmitt, Gneist'in idari yargının önemine değindiğini hatırlatır.¹⁴⁶ Schmitt'e göre burjuva hukuk devleti "yasanın egemenliğine" dayanır ve böylelikle bir yasa devletidir. Ancak hukuk devletini salt yasa kavramı ile ilişkilendirirsek bir mutlak monarşinin de hukuk devleti olarak nitelendirilebileceğini ifade eder.¹⁴⁷ Anayasa Öğretisi eserinde Schmitt'in burjuva hukuk devletini eleştirdiğini gözlemlese de, bu çalışma Weimar döneminde yazıldığı için eleştiri de fazla keskin değildir. Ancak daha sonra hukuk devletine ilişkin olarak kaleme aldığı makalede burjuva hukuk devletini çok daha ağır bir şekilde eleştirmektedir.

Schmitt'e göre "Hukuk devleti iki tür devletin karşıt kavramı olarak ortaya" çıkar: "Hristiyan yani dinden hareketle belirlenmiş olan devlete" ve "Hegel'in devlet felsefesindeki Prusyalı bürokratik devlete karşı".¹⁴⁸ 1932'de Friedrich Darmstaedter'in "Hukuk Devleti ya da Güç Devleti" yazısından sonra 1933 ve 1934'te bu alanda birçok yazı kaleme alındığını söyleyen Schmitt, bu alandaki makalelerin temel sorununun hukuk devletini haksızlık ya da güç devleti (*unrechtstaat oder Machtstaat*) karşısında yerleştirmeleri olduğunu söylemektedir.¹⁴⁹ Schmitt bu makalesinde Hermann Heller'in onu eleştirdiği ve 1930'da kaleme aldığı "Hukuk Devleti ya da Diktatörlük" makalesine hiç gönderme yapmamaktadır.¹⁵⁰ Schmitt, bir başka eserinde hukuk

¹⁴² SCHMITT, 2017, s.125-126.

¹⁴³ SCHMITT, 2017, s.126.

¹⁴⁴ SCHMITT, 2017, s.127.

¹⁴⁵ SCHMITT, 2017, s.130.

¹⁴⁶ SCHMITT, 2017, s.130-132.

¹⁴⁷ SCHMITT, 2017, s. 138.

¹⁴⁸ SCHMITT, 1935, s. 191.

¹⁴⁹ SCHMITT, 1935, s. 190.

¹⁵⁰ HELLER Hermann Heller, "Rechtsstaat oder Diktatur", *Gesammelte Schriften*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992.

devletini savunanların onu yasa devletine dönüştürdüklerini söyler.¹⁵¹ Schmitt, Anschütz'e gönderme yaparak onun hukuk devletini tarifinde en üstün iradenin *rex* değil *lex* olduğunu ve yöneticilerin keyfiyetine göre karar verilmediğini aktarır.¹⁵²

Hukuk devleti, Schmitt'e göre bireyselci burjuva devletinin aracı haline gelmiştir. Burjuva hukuk devletinin Hristiyan ve Hegel'in törel devletine karşı zaferini Stahl'in Hegel'in devlet teorisi eleştirisine de bağlar.¹⁵³ Schmitt'e göre hukuk devleti bir devletin amaç ve içeriğine değil tarz ve karakterine ilişkindir.¹⁵⁴ Stahl gibi muhafazakar bir kişinin hukuk devletine ilişkin görüşleri konusunda ona göre liberaller bile hem fikirdir. Stahl'in hukuk devleti olarak tanımladığını, Gneist onun karşıtlarının bile imzalayacağı görüşündedir.¹⁵⁵ Ancak Schmitt Stahl'in hukuk devletini ele alışıyla onu biçimselleştirdiğini söylemektedir. Buna göre Hristiyan, Hristiyan olmayan, ulusal ve ulusal olmayan bir hukuk devleti de olabilir.¹⁵⁶ Hukuk devletinin normativizmle bir yasa devletine dönüştüğünü ifade eden Schmitt, öncesinde liberal hukuk devletinin bir aracıyken zamanla çaresiz bir göreceliliğe hapsedildiğini ifade eder.¹⁵⁷ Bu yasa devletinin Nasyonal Sosyalizm tarafından devralındığını söyleyen Schmitt, Helmut Nicolai'nin liberal hukuk devletinin¹⁵⁸ ne hukuk ne de devlet olduğunu, asıl Nasyonal Sosyalist devletin hukuk devleti adını hak ettiğini ve H. Lange'nin de hukuk devletini Nasyonal Sosyalizm'le ilişkilendirdiğini belirtir.¹⁵⁹ Walter Merk'in Cermen hukuk devleti kavramına gönderme yaptığından, Adam Müller'in de bu kavramı zamanın üstüne yerleştirdiğinden, yani hukuk devleti kavramına bir tür sonsuzluk ve zaman ötesi anlam atfedildiğinden bahseder.¹⁶⁰ Schmitt, Nasyonal Sosyalist hukuk devleti kavramının, Hans Frank'ın Hitler'in hukuk devleti

¹⁵¹ SCHMITT Carl, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, s.12

¹⁵² SCHMITT, 1993, s.12

¹⁵³ SCHMITT Carl, 1935, s. 192.

¹⁵⁴ SCHMITT Carl, 1935, s. 192.

¹⁵⁵ SCHMITT Carl, 1935, s. 193.

¹⁵⁶ SCHMITT Carl, 1935, s. 193.

¹⁵⁷ SCHMITT Carl, 1935, s. 196.

¹⁵⁸ Schmitt'in liberalizm eleştirisinin kaynakları için bkz. M. Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı, Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.281-292.

¹⁵⁹ SCHMITT, 1935, s. 198.

¹⁶⁰ SCHMITT, 1935, s. 200.

gibi hukuk devletinin hangi döneme ilişkin olduğunun belirtilmesini önemli bulur.¹⁶¹ Schmitt, hukuk ve özgürlük gibi hukuk devleti kavramının da kötüye kullanıldığı görüşündedir. Bu kavramın gelecekte bireysel burjuva toplumuna karşı kullanılması gerektiğini düşünmektedir.¹⁶² Böylelikle Schmitt'in Nasyonal Sosyalist hukuk devletini, burjuva hukuk devletine karşı konumlandırırken yaptığı analizlerin Walter Jellinek'in hukuk devletini idare hukuku perspektifinden ele alan analizlerinden çok farklı bir yerde durduğunu söyleyebiliriz.

Weimar tecrübesi savaş sonrasında şekli hukuk devletinden maddi hukuk devletine geçişi hazırlamış ve anayasallık denetiminin temelleri kurulmuştur.¹⁶³ Artık günümüzde biçimsel ve maddi yaklaşımın birleştirildiğini görebilmekteyiz.¹⁶⁴ Haller hukuk devletinin tarihsel boyutunu inceledikten sonra biçimsel ve maddi olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Biçimsel unsurlar: yasallık prensibi, güçler ayrılığı ve anayasal ve idari yargı; maddi unsurlar ise temel haklar ve sosyal adalet olarak ele alınmaktadır.¹⁶⁵

III. WALTER JELLINEK'İN NASYONAL SOSYALİZM SONRASI HUKUK DEVLETİNİN YAPILANMASINDAKİ ROLÜ

A. Jellinek'in Hessen Anayasası'nın Oluşumundaki Rolü

Nasyonal Sosyalizm sonrasında gerek anayasalar gerek üniversiteler yeniden yapılandırılmaya başlanmıştır. Jellinek, Nasyonal Sosyalizm'den sonra Hessen Anayasası'nın oluşumuna da önemli katkı sağlamış bir düşündürdür.¹⁶⁶ Jellinek, Hessen'in hukuk devleti açısından da önemli olduğunu belirtir.¹⁶⁷ Hessen Anayasası üzerine yazısında özellikle Hessen'in demokratik ve parlamenter bir cumhuriyet olduğunu belirtmiştir. Bu yapıyı ortadan kaldıracak yetkilerin tanınmaması Jellinek için Weimar Anayasası'nda yaşananla-

¹⁶¹ SCHMITT, 1935, s. 199.

¹⁶² SCHMITT, 1935, s. 200.

¹⁶³ ÇAĞLAR, s.170.

¹⁶⁴ HALLER / KÖLZ / GAECHTER, *Allgemeines Staatsrecht, eine juristische Einführung in die allgemeine Staatslehre*, 5. Basım, Nomos Verlag, 2013, s.456

¹⁶⁵ HALLER / KÖLZ / GAECHTER,, s.456.

¹⁶⁶ <https://www.lagis-hessen.de/de/subjects/xsrec/current/11/sn/edb?q=YToxOntzOjExOjZlYWNhYmVncmlmZiI7czozMDoiSGVzc2lzMjY2hlIE1pbmlzdGVycHLDpHNpZGVudGVuIj9> (Erişim Tarihi: 25.06.2025)

¹⁶⁷ JELLINEK, 1931, s. 91.

rın tekrarlanmaması için son derece önemlidir.¹⁶⁸ Weimar dönemi parlamenter sisteminde özellikle küçük partilerin mecliste bir çoğunluğa ulaşamaması sıkıntısının tekrarlanmaması gerektiğini belirtmektedir.¹⁶⁹ Weimar Anayasası'ndaki gibi temel hakların anayasanın başında bulunmasının önemli olduğunu vurgulayan Jellinek, anayasanın kendisini koruması meselesine özellikle büyük bir önem atfeder.¹⁷⁰

B. Jellinek'in Nasyonal Sosyalizm Sonrası Çalışmaları

Walter Jellinek, Hitler sonrası üniversitelerin yeniden yapılanmasında önemli rol oynamıştır. Nasyonal Sosyalizm döneminde dışlanan Walter Jellinek, bu dönemin sonunda tekrar aranan bir isim haline gelmiştir. Gustav Radbruch, Alfred Weber ve Karl Jaspers gibi Nasyonal Sosyalizm'e karşı oldukları için üniversiteden atılanlar, üniversitelerin tekrar kurulmasında aktif bir rol almışlardır.¹⁷¹ Walter Jellinek de üniversitelerin yeniden yapılandırılmasında önemli rol alan kişilerden biri olmuştur.

Radbruch, hukuki pozitivizmin Nasyonal Sosyalizm'e yol açtığına inanmaktaydı.¹⁷² Buna mukabil Jellinek, daha çok yapısal eksikliklere dikkat çekmiş ve seçim hukuku üzerine çalışmıştır. Baden-Württemberg Eyalet İdare Mahkemesi'nde hakim¹⁷³ olan Walter Jellinek'in, savaş sonrasında 1949'da Alman Devlet Teorisyenleri Topluluğu'nun (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtler*)¹⁷⁴ tekrar kurulmasında etkisi olmuştur.¹⁷⁵

Walter Jellinek'in yaşadığı Nasyonal Sosyalizm döneminde genel kamu hukukunun önemli bir değişim geçirdiği bilinmektedir. Bu dönem genel

¹⁶⁸ JELLINEK Walter, "Die Verfassung des Landes Hessen", *Deutsche Rechtszeitung*, 1947, s. 6.

¹⁶⁹ JELLINEK Walter, "Wahlrecht und parlamentarische Mehrheit", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, ss.11-13.

¹⁷⁰ JELLINEK Walter, 1947, s. 4.

¹⁷¹ JANSEN Christian Jansen, "Mehr pragmatisch denn liberal. Politische Initiativen und Argumentationsmuster von Walter Jellinek, Gustav Radbruch und Willy Hellpach im Kontext der Wiedereröffnung der Universität Heidelberg", *Transatlantische Studien*, Heidelberg 1945, Franz Steiner Verlag, 1997, s. 173.

¹⁷² KEMPTER, s. 528

¹⁷³ Jellinek'in 1932'de Baden Württemberg'te idare hukukundaki düzenlemeler ile ilgili yazısı için. Bkz. Walter JELLINEK, "Zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 8, ss. 1-35.

¹⁷⁴ Bu topluluk ilk defa 1922'de kurulur. <http://www.vdstrl.de/> (Erişim Tarihi: 5.12.2016)

¹⁷⁵ STOLLEIS, s. 239.

kamu hukuku ile ilgili eserlerin Yahudi kökenli düşünürlerden arındırıldığı ve birçok eserin yasaklandığı görülmektedir. Hitler Almanyası sonrası tekrar tabii hukukun ve neo-kantçılığın, Radbruch gibi düşünürler aracılığıyla canlandırıldığı bir dönem olmuştur. Walter Jellinek'in babası Georg Jellinek'in "Genel Devlet Öğretisi" (Allgemeine Staatslehre) eserinin yeniden basımına katkıda bulunması, Nazi Almanyası sonrasında eserin tekrar hatırlanmasını sağlamıştır. Walter Jellinek, "Genel Devlet Öğretisi" eserinin üçüncü basımını gözden geçirmiş ve babasının ders notlarını ekleyerek genişletmiştir.¹⁷⁶ Esere 1928'de yazdığı önsözde eserin üzerinde çalışmanın tek yolunun, yeni yazılarla eseri eleştirel bir şekilde ele almak olduğunu söylemiştir. Ancak böyle bir yaklaşımla eseri ele almaya henüz hazır olmadığını dile getiren Jellinek, yeni basımda ufak düzeltmelerle yetindiğini belirtmektedir.¹⁷⁷

Memuriyette kadın erkek eşitliği meselesine değindiği makalede¹⁷⁸ Walter Jellinek özgür bireylerden oluşan bir devletin despotik bir devlete göre daha güçlü olacağını söylemiştir.¹⁷⁹ 1945 sonrasında birçok makale ve kitap tanıtımı kaleme alan Jellinek akademik olarak da etkindir. Temel haklar ile ilgili 1946'da kaleme aldığı makalesinde Weimar Anayasası'nda kişilik hakkının dokunulmazlığı üzerinde durur. Gerhard Anschütz'ün Weimar'ın "temel hakları diktatörlüğe dayanıklı olmadığı" (*nicht diktaturfest*) sözüne gönderme yapar.¹⁸⁰ Bu açıdan Walter Jellinek'in 1945 sonrasında diktatörlüğe dayanıklı temel hakları teminat alma çabasında olduğunu söyleyebiliriz. Böylelikle Walter Jellinek, Anschütz, Kelsen ve Preuss ile birlikte demokratik hukuk devleti için savaş verenler arasında sayılmaktadır.¹⁸¹

¹⁷⁶ Walter Jellinek, babasının "Genel Devlet Öğretisi" eserinde yaptığı eklemeleri ele alırsak: Devletin görevleri bölümünde kendi kitabı olan "*Gesetz, Gesetzesanwendungen und Zweckmäßigkeitserwägungen*" başlıklı eserine göndermede bulunmaktadır. Burada mutlak ve göreceli siyasi görüşlerin idari düzenlemeler için öneminden bahsetmektedir. Bu esere birçok yerde atıf yaptığını görmekteyiz. Aynı eserin Jhering ile ilgili bölümünde de aynı başlıktaki eserin gönderme yapmaktadır.

¹⁷⁷ GÜNGÖREN BULGAN, Birden, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, 3. Basım, On İki Levha Yayınları, 2022.

¹⁷⁸ JELLINEK Walter, "Zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht, W. Jellinek; E. Von Caemmerer, Wilhelm Greve, **Archiv des öffentlichen Rechts**, 1950-51, vol. 76, ss. 137-164.

¹⁷⁹ ZIEKOW, s. 230.

¹⁸⁰ JELLINEK Walter, "Grundrechte und Gesezesvorbehalt", **DRZ**, 1946, s.6.

¹⁸¹ GROH Kathrin, **Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik**, Mohr Siebeck, 2010, s. 67.

SONUÇ

Walter Jellinek, hukuk devletine idare hukuku perspektifinden yeni bir bakış açısı kazandırmıştır. Jellinek'in idare hukuku kitabında hukuk devletine verdiği yer ve getirdiği ölçütler son derece önemlidir. Bu çalışmada Walter Jellinek'in anlaşılması için genel olarak Almanya'da hukuk devletinin gelişimine kısaca yer verilmiş ve Jellinek'in hangi düşünürlerden etkilendiği ele alınmaya çalışılmıştır.

Jellinek bazı önemli olaylara gönderme yaparak hukuk devletini ele almıştır. Bunlardan biri "Berlin'de hakimler var" sözü ile döneme damgasını vurmuş ünlü Müller Arnold davasıdır. Bir diğeri feodal beye karşı direnen Kohlhaas anlatısıdır. Wilhelm Tell'de de anlatılan ve özgürlükten vazgeçmeyenlerin Rütli yeminine de değinen Jellinek, Almanya'da hukuk devletinin sağlam temellere sahip olduğunu ve polis devleti karşısında güçlendiğini düşünmektedir. Jellinek'in hukuk devleti anlayışına getirdiği kriterler: anayasal devlet, idarenin yasaya uygunluğu, yetkilendirmenin belli olması, sınırlandırılmış idarenin üstünlüğü ve anayasal yargı gibi önemli ilkelerdir.

Jellinek'in Weimar Cumhuriyeti için sunduğu bazı argümanlar Nasyonal Sosyalizm tarafından kullanılmış ve Jellinek'in ilk başlarda çok değer verdiği Carl Schmitt, Nasyonal Sosyalizm'in hukuk devletini tanımlamıştır. Carl Schmitt'in hukuk devleti anlayışı Walter Jellinek'in hukuk anlayışından oldukça farklıdır. Nasyonal Sosyalizm'in Yahudi kökenli vatandaşları görevden alma politikası, vaftiz edilmiş olsa da Walter Jellinek'i de etkilemiştir. Ancak 1945'ten sonra görevine dönebilen Jellinek'in Hessen Anayasası ve idari yargı konusunda çalışmaları mevcuttur. Walter Jellinek, Nasyonal Sosyalizm'den sonra yaşananların bir daha tekrarlanmaması için çabalamış ve Almanya'da hukukun yeniden yapılandırılmasında önemli görevler almıştır.

KAYNAKÇA

- AKAL, Cemal Bali Akal, **Hukuk Nedir?**, Zoe Yayınları, 5. Basım, 2025.
- ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı”, **HFSA/3**, 1996, ss.72-105.
- AZRAK, Ülkü, “Umumi İdari usul ve Kodifikasyon Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı: 33, 1967, ss.66-82.
- ARNAUD Andreas von, “Hukuk Devleti”, **Anayasa Teorisi**, Ed. Otto Depenheuer; Christoph Grabenwarter, Lale Yayıncılık, 2014, İstanbul, ss.713-756.
- AVANZİ, Constantino Avanzi, “Die Hegelsche Bewertung der Arnold-Sache: König, Mittelstand”, **Hegel-Jahrbuch**, vol 2009, no: 1, 2009, ss.125-132.
- BAER Otto, **Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze**, Wigand, Göttingen, 1864.
- BADURA, **Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat**, Mohr, Tübingen, 1966.
- BEAUD Olivier, **Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme**, Descartes & Cie., Paris, 1997.
- BEZCİ Bünyamin, Carl Schmitt’in Politik Felsefesi Açısından Modern Türkiye’de Güçlü Devlet Kavramı, Bursa, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- BÖCKENFÖRDE Ernst Wolfgang, **Staat, Gesellschaft, Freiheit**, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1991.
- CHEVALIER Jacques, **Hukuk Devlet**, çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yayınevi, 2010.
- ÇAĞLAR Bakır, **Anayasa Bilimi. Bir Çalışma Taslağı**, BFS Yayınları: 37, 1989
- DICKEL Karl, **Beitraege zum preusischen Rechte für Studierende und Referendierende**, Verlag von Oscar Ehrhardts Universitaets Buchhandlung Universitaet, Marburg, 1891.
- FERIOLI Ferioli, “Rule of Law and Constitutional Democracy”, **The Turkish Yearbook of International Relations**, Vol. 46, 2015, ss. 91-106.
- FLEINER / BASTA FLEINER, **Allgemeine Staatslehre**, C.H. Beck Verlag, München, 2016.
- GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER/BERK, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2013.
- GÖZTEPE Ece, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, **İÜHFM C. LXXIII**, 2015, ss. 129-180.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 7. Basım, Ankara, 2002.
- GÜNEŞ, Ahmet M., “Über die Rechtsstaatlichkeit”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, sayı: 33, 2015, ss. 1-17.
- GÜNGÖREN BULGAN, Birden, **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, 3. Basım, On İki Levha yayınları, 2022.
- GÜNSOY Funda, “Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi”, **Felsefe Arki-vi**, Sayı: 46, 2017/I, ss. 41-70.

- GÜVEN Koray, “Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku’nun Yeri ve Temel Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (3), 2016, ss. 837-892.
- HALLER / KÖLZ / GAECHTER, *Allgemeines Staatsrecht, eine juristische Einführung in die allgemeine Staatslehre*, 5. Basım, Nomos Verlag, 2013.
- HAYEK Friedrich A., “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti”, *Hukuki Bir İlke. Siyasi Bir İdeal*, 2. Baskı, Adres Yayınları, 2008, ss. 79-153.
- HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1970.
- HELLER Hermann, “Bemerkung zur staats und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart”, *Gesammelte Schriften*, J.C.B Mohr, 1992, ss. 249-278.
- HELLER Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur”, *Gesammelte Schriften*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1992.
- HEUSCHLING Luc, *Etat de droit. Rechtsstat. Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002.
- HUBER Ernst Rudolf, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, (çev. Tuğrul Ansay), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Cilt: 27, Sayı: 3, 1970, ss. 27-51.
- JANSEN, Christian, “Mehr pragmatisch denn liberal. Politische Initiativen und Argumentationsmuster von Walter Jellinek, Gustav Radbruch und Willy Hellpach im Kontext der Wiedereröffnung der Universität Heidelberg”, *Transatlantische Studien*, Heidelberg 1945, Franz Steiner Verlag, 1997, ss. 173-196.
- JELLINEK Georg, *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1929.
- JELLINEK Walter, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmaessigkeitserwaegung*, J. C. B. Mohr, 1913.
- JELLINEK Walter, “Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis bei Carl Schmitt”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 34, 1912, ss. 296-299.
- JELLINEK Walter, “Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich und die Splitterparteien. Zugleich eine Untersuchung über die Rechtsfolgen ungültiger Wahlgesetze”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 54, no: 1, 1928, ss. 99-139.
- JELLINEK Walter, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Springer Verlag, Heidelberg, 1931.
- JELLINEK Walter, *Verwaltungsrecht*, Springer Verlag, Heidelberg, 1931.
- JELLINEK Walter, “Grundrechte und Gesezesvorbehalt”, *DRZ*, 1946, ss. 4-6.
- JELLINEK Walter, “Wahlrecht und parlamentarische Mehrheit”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, ss. 11-13.
- JELLINEK Walter, “Die Verfassung des Landes Hessen”, *Deutsche Rechtszeitung*, 1947, ss. 4-8.
- JELLINEK Walter, “Zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht, W. Jellinek; E. Von Caemmerer, Wilhelm Greve, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1950-51, vol. 76, ss.137-164.

- JELLINEK Walter, “Modern Polis Hukuku ve İdare’de Polis Teşkilatının Taksiminde Dair Düşünceler”, (çev. Necmeddin M. Berkin), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 16, Sayı: 1-2, 1950, ss. 380-389.
- KARDEŞ, Ertan, **Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı, Politik Felsefe Açısından Carl Schmitt ve Düşüncesi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- KEMPTER, Klaus, **Die Jellineks. Eine familienbiografische Studie zum deutschjüdischen Bürgerthum**, Droste Verlag, Düsseldorf, 1998.
- KLEIN, Hans, “Jellinek, Walter”, *Neue Deutsche Biographie* 10, 1974, s. 394-395 <https://www.deutsche-biographie.de/gnd118711997.html#ndbcontent> (Erişim Tarihi: 14.07.2016)
- KLEIST Heinrich von, **Michael Kohlhaas**, Reclam, Stuttgart, 2003.
- KOELLREUTER Otto, **Der nationale Rechtsstaat zum Wandel der Staatsidee**, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen, 1932.
- LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temel İlkeleri**, (çev. Dilşad Çiğdem Sever; Kuvılcım Turanlı), Dipnot, 2015.
- MEHRING Reinhard “Walter Jellinek-Carl Schmitt Briefwechsel 1926-1933”, **Schmittiana**, Band II, Berlin, 2014, ss. 87-119.
- MEIERHENRICH, Jens, **The Remnants of The Rechtsstaat. An ethnography of Nazi Law**, Oxford, 2018.
- MOHL, Robert, **Die Polizei-Wissenschaft nach dem Grundlagen des Rechtsstaates**, Laupp, Tübingen, 1844.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Esasları**, Üçüncü Basım, İsmail Akgün Matbaası.
- ÖZCAN Mehmet Tevfik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, Tekin Yayınları, 2017.
- ÖZENÇ Berke, **Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- ÖZENÇ Berke, **Demokrasiyi ve Anayasa’yı Korumak. Kelsen Schmitt’e Karşı**, İletişim Yayınları, 2022.
- PASEMANN, Birthe, “Walter Jellinek und der Nationalsozialismus. “Verwaltungsrecht” 1934. Zur 3. Auflage 1950”, **Kritische Justiz**, vol. 38, no: 4, 2005, ss. 418-433.
- RACHLIN Robert D., “Rolan Freisler ve Volksgerichtshof. Bir Tediş Aracı Olarak Mahkeme”, **Nazi Almanyası’nda Hukuk, İdeoloji Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması**, Ed. STEINWES Alan E.; RACHLIN Robert D., çev. Kuvılcım Turanlı, Zoe Kitap, 2. Baskı, 2021, ss. 80-109.
- SCHILLER Friedrich, **Wilhelm Tell**, Reclam Verlag, 2025.
- SCHMITT Carl, **Verfassungslehre**, 11. Basım, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.
- SCHMITT Carl, **Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens**, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- SCHMITT Carl, **Staat, Großraum, Nomos**, Dunker & Humblot, 1995.

- SCHMITT Carl, “Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat?”, **Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft**, Bd. 95, 1935, ss. 189-201.
- SCHÖBENER/KNAUFF, **Allgemeine Staatslehre**, C.H. Beck Verlag, 2016.
- SCHULTE Martin, “Walter Jellinek”, Peter Häberle/Michael Kilian/ Heinrich Wolff, **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts**, De Gruyter, 2015.
- STOLLEIS Michael, **A History of Public Law in Germany (1914-1915)**, Oxford University Press, 2004.
- STORER, Colin, **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- ÜÇÖK Coşkun, “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VII, 1950, ss. 232-321.
- WALZ Ernst, “Walter Jellinek zum Gedächtnis”, **Archiv des Öffentlichen Rechts**, Vol. 80, ss. 257-260.
- WESEL Uwe, **Geschichte des Rechts in Europa**, C.H. Beck, München, 2010.
- WIENFORT, Monika, **Prusya Tarihi**, (çev. Kadir Yılmaz), Runik Kitap, 2020.
- YILDIZ Hayrettin, “Hukuk Devleti’nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devleti’nin Yeri”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt: 15, Sayı: 2013, ss. 211-229.
- ZEYBEKOĞLU Ali Emre, Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- ZIEKOW, Jan, “Die Einhelligkeit der Rechtsentscheidung- Zu Leben und Werk Walter Jellineks”, **Archiv des öffentlichen Rechts**, 1986, Vol. 111, no: 2, ss.219-230.
- ZIPPELIUS Reinhold, **Allgemeine Staatslehre**, Verlag C.H. Beck, München, 2003.

BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ YAPABİLMESİNİN KOŞULLARI^(*)

Doç. Dr. **Demirhan Burak ÇELİK**^(**)

Öz: Bireysel başvuru hakkına ilişkin anayasal düzenlemeye göre, herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği savıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir (AY m. 148/3). Bununla birlikte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla Anayasada öngörülme­yen kimi sınırlamalar getirilmiş, bireysel başvuru hakkı konu bakımından daraltılmış ve “yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı” hükmü getirilmiştir. Makalede, Anayasa ve 6216 sayılı yasayla çizilen sınır çerçevesinde bireysel başvuru yolunda norm denetimi yapılmasının olanaklı olup olmadığı ve bunun koşulları tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: 6216 Sayılı Kanun, Yasalara Karşı Bireysel Başvuru, Somut Norm Denetimi, İtiraz Yolu, Actio Popularis.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 10.06.2025.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: dbcelik@gsu.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3263-2366>.

CONDITIONS FOR CONSTITUTIONAL REVIEW IN INDIVIDUAL APPLICATION PROCEDURE

Abstract: Constitution of Türkiye provides that everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities. Hence, the right to individual application is restricted by Law No. 6216 on the Establishment and the Rules of Procedure of The Constitutional Court. The aforementioned Law stipulates that legislative acts are not directly subject to individual application. The article assesses whether ‘indirect application against legislative acts’ and constitutional review in the individual application process is possible.

Keywords: Law No. 6216 on the Establishment and the Rules of Procedure of the Constitutional Court, Concrete Constitutional Review, Individual Application Against Legislative Acts, Actio Popularis.

GİRİŞ: ANAYASANIN VE 6216 SAYILI KANUNUN İLGİLİ HÜKÜMLERİ İLE ÇİZİLEN ÇERÇEVE

Bireysel başvuru hakkına ilişkin anayasal düzenlemeye göre, herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği savıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir (AY m. 148/3). Bununla birlikte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunla (AYMKYUHK) Anayasada öngörülme-yen kimi sınırlamalar getirilmiş ve bireysel başvuru hakkı hem kapsam hem de konu bakımından daraltılmıştır. Şöyle ki, Anayasa, bu hakkın kapsamını “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri*” biçiminde belirlerken, yasanın 45. maddesinin birinci fıkrası “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*” ifadesine “*ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller*” biçiminde bir ekleme yapmak suretiyle kapsamı yalnızca Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerle sınırlamıştır. Böylece Türkiye’nin taraf olmadığı ek protokollerde düzenlenen kimi haklar ve özgürlükler Anayasa ile güvence altına alınmış olsalar da bireysel başvuru hakkının kapsamı dışında kalmıştır.¹

Anayasanın bireysel başvuru hakkının konusunu “kamu gücünün işlemleri ve eylemleri biçiminde belirlemesi, ayırım yapılmaksızın tüm kamu gücü işlemlerinin bireysel başvuru kapsamında olduğu izlenimini doğurmaktadır. 6216 sayılı yasanın 45. maddesinin birinci fıkrası da buna koşut bir düzenleme getirmektedir. Öter yandan aynı maddenin üçüncü fıkrası ile bireysel

¹ Anayasadaki “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri*” biçimindeki yapılandırmanın mimarı Fazıl Sağlam’a göre bu, “*aslında anayasaya göre bir genişleme gibi görünse de, gerek norm programı gerekse normun nesnel (maddi) içeriği açısından anlamsız, hatta abes (absürd) bir daraltma niteliği taşımaktadır.*” Bkz. SAĞLAM, Fazıl “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, GÖZTEPE, Ece/ÇELEBİ, Aykut (haz.) **Demokratik Anayasa**, Metis, İstanbul, 2012, s. 430. Sağlam, bireysel başvuru kabul edilmeden önce, 2007 yılında Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezince oluşturulan bir komisyonun (Soyadı Sırasına Göre Komisyon Üyeleri, Burak Çelik, Selin Esen, Ece Göztepe, Ahmet Mumcu, Yavuz Sabuncu, Fazıl Sağlam, Talay Şenol) hazırladığı “Anayasa Şikâyetinin Türkiye’de Yüksek Yargı Organlarınca Benimsenmesini ve Sağlıklı Bir Biçimde Uygulanmasını Sağlayacak Adımların Atılması Konusunda Görüşler” başlıklı raporda, anayasa şikâyeti kapsamındaki hakların tek tek belirtilmesinin belirlilik ilkesi yönünden daha uygun olacağını vurgulandığına da dikkat çekmektedir. Ancak bu raporun ardından düzenlenmesi tasarlanan çalıştay yapılamamış; TBB 2007 Anayasa Önerisinde de komisyonun tavsiyesi ihmal edilmiştir. Başvuru hakkının kapsamının kanunla daraltılmasına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için ayrıca bkz. AYBAY, Rona/ÇELİK, Demirhan Burak, **İnsan Hakları Hukuku**, 6. Bası, Der, İstanbul, 2023, s. 279-282.

başvuru hakkı konu bakımından da sınırlanmıştır. Buna göre, “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”

İlgili maddenin gerekçesinde, “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı” yönündeki düzenlemeye ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Gerekçede yalnızca “bireysel başvuru hakkının esaslarının düzenlendiği” belirtilmiş ve Anayasa hükmü kısmen yinelenmiştir.² Bu hükmün arkasında yatan temel düşünce, bir yasanın henüz somut olarak uygulanmadan bir temel hakkı ihlal edemeyeceği varsayımı olsa gerektir. Nitekim AYM de 6216 sayılı yasanın iptali istemiyle açılan davada, bu hükmü Anayasaya aykırı bulmazken benzer bir yorum yapmıştır. Mahkemeye göre,

“Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamlarından da kaynaklanmaktadır. Yasama işlemleri soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi olduğu gibi uygulanmaları bir hak ihlaline yol açmış ise bu işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi Anayasa Mahkemesine başvuru imkânına sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde düzenleyici idari işlemler de doğrudan Danıştay denetimine tabi olmakla birlikte uygulanmaları bir hak ihlaline neden olmuş ise hakkı ihlal edilen açısından Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile başvuruca somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olması, kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır.”³

Gerek ilgili kanun hükmünde, gerekse bu hükmün Anayasaya uygun bulunduğu AYM kararında “yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağının” vurgulandığı belirtilmelidir. Bu anlatım, yasalara karşı “dolaylı bireysel başvuru” olanağının bulunup bulunmadığı sorusunu

² Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), TBMM 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, S. Sayısı, 696, s. 8.

³ AYM, E. 2011/59, K.2012/34, K.T. 01.03.2012.

akla getirmektedir. Bu çalışmada bu soruya yanıt aranacaktır. Bunun için önce bireysel başvuruda norm denetimine olanak tanıyan ve AYMKYUHK tasarısında yer almakla birlikte TBMM Anayasa Alt Komisyonunca metinden çıkarılan hüküm üzerinde durulacak ve ilgili hükmün metinden çıkarılmış olması karşısında hâlâ bu olanağın bulunup bulunmadığına ilişkin tartışma gözden geçirilecektir (I). Ardından AYM'nin bireysel başvuruda norm denetimi yapmayı reddeden uygulaması ve bunun sonuçları üzerinde durulacaktır (II). Son olarak, ilgili hükmün Anayasaya uygun biçimde nasıl yorumlanabileceğine ve bu çerçevede AYM'nin hangi koşullarda norm denetimi yapabileceğine ilişkin kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE YARGILAMA USULLERİ HAKKINDAKİ KANUN TASARISINDAN ÇIKARILAN HÜKÜM VE BU KONUDA ÖĞRETİDEKİ DEĞERLENDİRMELER

Yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yapılamayacağı yönündeki kısıtlanan kaynağında, bireysel başvuru yolu ile “soyut norm denetiminin bireylerce işletilmesi” biçiminde tanımlanabilecek olan *actio popularis*'in (halk davası) farklı kurumlar olduğu düşüncesi vardır. Gerçekten de, Lihtenştayn, Malta ve San Marino gibi nüfusun fazla olmadığı kimi Avrupa Konseyi üyesi devletlerde, bireyler, bir yasal düzenlemenin kendilerine uygulanması söz konusu olmadan da bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilirler.⁴ Bireysel başvuru yolunda ise, kural olarak hak ihlali, bir yasal düzenlemenin somut bir olayda bireye uygulanması ile gerçekleşir. Dolayısıyla bireysel başvuru bu yönüyle *actio popularis* yasağını içerir.⁵

Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı yasanın kimi hükümlerinin iptali istemiyle açılan davadaki “*yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmadıkları*” yönündeki saptamasının ardında da bu düşünce vardır. Ne var ki bu çıkarım iki nedenle tartışmaya açıktır. Birincisi, kimi zaman birey üzerinde sonuç doğuran, dolayısıyla hak ihlaline neden olan işlemler, araya birel bir işlemin (idari kararın) ya da mahkeme kararının

⁴ European Commission on Democracy Through Law (Venice Commission), **Revised Report on Individual Access to Constitutional Court, CDL-AD(2021)001** ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)001-e), Erişim Tarihi: 07.12.2024).

⁵ Bu noktada, *actio popularis*'in de özünde bir tür bireysel başvuru olmasını da dikkate alarak, aslında Anayasa m. 148'de düzenlenen temel hak koruması yolunun “anayasa şikâyeti” olarak adlandırılmasının daha doğru olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte, bu çalışmada anayasal adlandırma doğrultusunda söz konusu yoldan “bireysel başvuru” olarak söz edilmektedir.

girmesine gerek olmaksızın doğrudan yasa ile yapılabilir. Bu durumda tam da AYM kararında vurgulandığının tersine bu tür bir işlemin “sadece hukuk düzeninde var olması” temel hak ihlalinin kaynağı olabilir.

Öte yandan, kimi yasalar uygulanmadan da bireyi davranışlarını denetleme durumunda bırakma, onu baskı altına alma, haklarını ihlal etme potansiyeli taşıyabilir. Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen “potansiyel mağdurluk” kavramı yoluyla *actio popularis* yasağının aşılması olanağının kabulü gerekir. Zira, “potansiyel ihlal” durumlarında mağdur kavramının bu şekilde geniş biçimde yorumlanması, insan hakları açısından daha etkili bir koruma sağlayacaktır.⁶

Nitekim AİHM, *S.A.S/Fransa*⁷ başvurusunda, kamusal alanda yüzün tamamen örtülmesini; *Dudgeon/Birleşik Krallık*⁸, *Norris/İrlanda*⁹ ve *Modinos/Kıbrıs*¹⁰ başvurularında eşcinsel eylemleri yasaklayan/cezalandıran yasalara karşı yapılan başvurularda, başvuru sahiplerinin “potansiyel mağdur” konumunda olduklarını kabul etmiştir. Strazburg Mahkemesi, *Klass ve diğerleri/Almanya*¹¹ ve *Roman Zakharov/Rusya*¹² başvurularında iletişimin tespiti ve dinlenmesinde ilişkin yasaların gerekli güvenceyi ve denetim olanağını sağlamadığı gerekçeyle bu düzenlemelere karşı yapılan başvuruları da incelemiştir. Benzer biçimde, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*¹³ başvurusunda da, TCK’nin 301. maddesi do-

⁶ JACOBS/WHITE/OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 8th. ed., OUP, Oxford, 2021, s. 31. AİHM’nin bu konudaki genel yaklaşımı konusunda bkz, a.g.e., s. 31-32; HARRIS, O’BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., OUP, Oxford, 2018, s. 87-92; LEACH, Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4th ed., OUP, Oxford, 2017, s. 131-134. Bu konuda yazılmış Türkçe bir temel çalışma için ayrıca bkz. KATIMAN, Esra, *Uluslararası Hukuk Bireysel Başvuru Prosedürü İçinde Mağdur Statüsü*, On İki Levha, 2016 (özellikle s. 146-155).

⁷ European Court of Human Rights (Grand Chamber), *Case of S.A.S. v. France* (Appl. No. 43835/11), 01.07.2014.

⁸ European Court of Human Rights, *Case of Dudgeon v. United Kingdom* (Appl. No. 7525/76), 22.10.1981.

⁹ European Court of Human Rights, *Case of Norris v. Ireland* (Appl. No. 10581/83), 26.10.1988.

¹⁰ European Court of Human Rights, *Case of Modinos v. Cyprus* (Appl. No. 15070/89), 22.04.1993.

¹¹ European Court of Human Rights, *Case of Klass and others v. Germany* (Appl. No. 5029/71), 06.09.1978.

¹² European Court of Human Rights, *Case of Roman Zakharov v. Russia* (Appl. No. 47143/06), 04.12.2015.

¹³ European Court of Human Rights, *Case of Altuğ Taner Akçam v. Turkey* (Appl. No. 27520/07), 25.10.2011.

layısıyla hakkında çok sayıda soruşturma açılan başvurucunun, bu soruşturmaların ardından kovuşturma aşamasına geçilmemiş olsa da açıkladığı görüşlerden ötürü kovuşturulması riskinin dikkate değer olduğunu belirterek başvuruyu incelenabilir bulmuş ve Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan anlatım (ifade) özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yalnız AIHS ile kurulan koruma düzeneği (mekanizması) çerçevesinde değil, Avrupa Konseyi üyesi kimi devletlerde de hak ihlalinin temelini yasal düzenlemenin oluşturması durumunda söz konusu düzenlemeye karşı Anayasa Mahkemesine başvuru olanağı bulunmaktadır. Bireylere bu olanağı tanıyan Avrupa Konseyi üyesi devletler şunlardır: Almanya, Andora, Arnavutluk, Avusturya, Belçika, Bosna Hersek, Çek Cumhuriyeti, Hırvatistan, İspanya, İsviçre, Karadağ, Kıbrıs, Lihtenştayn, Malta, Sırbistan, Slovenya ve Slovakya.¹⁴

Türkiye'de 6216 sayılı AYMKYUHK tasarı olarak yasama organı önüne geldiğinde, bu durumda AYM'ye, hak ihlaline kaynak oluşturan yasal düzenlemeleri denetleme ve iptal etme olanağı tanıyan bir hüküm öngörül-müş durumdaydı (m. 49/6). Buna göre, bireysel başvuruyu inceleyen Bölümler, ihlalin yasa ya da KHK hükmünden kaynaklandığı kanısına vardıklarında, iptali istemiyle Genel Kurula başvurabilecekti. Ne var ki, TBMM Anayasa Alt Komisyonunda iktidar ve muhalefet milletvekillerinin oy birliği ile bu düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Komisyon raporuna göre, bu konudaki ilk itiraz CHP'li İsa Gök'ten gelmiştir. Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası açma imkânı yaratıldığını söyleyen Gök, Anayasa Mahkemesinin hem hâkim hem savcı durumuna düşürülmemesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu yolun "iptal davası" değil olsa olsa "itiraz yolu" olarak adlandırılabilirdiği gerçeği bir yana, Anayasa tüm kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuru olanağı tanıdığı getirilen Anayasaya aykırı bir daraltmanın "Anayasaya aykırılık" gerekçesiyle savunulmuş olması da gariptir. Ne var ki, Alt Komisyon üyesi diğer milletvekilleri de Gök'ü desteklemişlerdir. Alt Komisyon Başkanı AK Partili Ayhan Sefer Üstün'e göre, Bölümlerde görev yapan üyelerin Genel Kurula da katılacak olmaları nedeniyle de bu düzenlemenin kabulü sakıncalı olacaktır. Yasama organı yasadan kaynaklanan ihlallerde hassasiyet göstererek yeni düzenlemeyi yapmalıdır. Sonuçta, yukarıda da belirtildiği gibi, bu hüküm Alt Komisyonunda oybir-

¹⁴ European Commission on Democracy Through Law (Venice Commission), **Revised Report on Individual Access to Constitutional Court, CDL-AD(2021)001** ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)001-e), Erişim Tarihi: 07.12.2024).

liği ile tasarıdan çıkarılmıştır. Alt Komisyon Başkanı *Üstün*, Anayasa Komisyonunu Alt Komisyonun çalışmaları konusunda bilgilendirirken yapılan ‘eksiltme’ye de değinmiş ve “*bireysel başvuruda öncelikli seçeneğin yeniden yargılama olması gerektiğini*” belirtmiştir. Sonrasında da ne Anayasa Komisyonunda ne de TBMM Genel Kurulunda konu gündeme getirilmiş olduğundan, tasarıdaki öneri 6216 sayılı yasaya yansıtılmamıştır.¹⁵

Komisyonunda dile getirilen bu görüşlere katılmanın olanaklı olmadığını belirten *Göztepe*’ye göre, anayasa şikâyetinin asli işlevi, yasal düzenlemelerin temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimde güvence altına alacak biçimde Anayasaya uygun olarak yorumlanıp yorumlanmadığını denetlemek olsa da, ikincil işlevi de Anayasaya uygun bir hukuk düzenini korumak ve tesis etmektir. Bu nedenle de temel hak ve özgürlüklerin Anayasaya aykırı biçimde sınırlandırılmasının kaynağında yer alan normların denetlenebilmesi büyük önem taşır. Yazara göre, yasada bu olanağın tanınmamış olması, Anayasaya uygun bir kamu düzeninin tesisi açısından büyük önem taşır. Mevcut durumda Bölümler açıkça Anayasaya aykırı bir yasanın varlığı halinde bile yalnızca, ilgili hükmün Anayasaya aykırılığını ve temel hak ihlalinin saptamakla yetineceklerdir. Bu normun hukuk düzeninden kaldırılmasının tek yolu, bireysel başvuru kararının ardından yeniden yargılama yapan mahkemenin itiraz yolunu işletmesidir, ki bu dolambaçlı yol da büyük bir zaman kaybına yol açacaktır. Yazar, fazlaca ayrıntıya girmeden ve ayrıntılı biçimde gerekçelendirmeden AYM’nin içtihat yoluyla bu sorunu aşmak için Anayasaya aykırılık durumunun tespiti durumunda bunun bir bekletici sorun yapıp konunun Genel Kurul’a taşınmasının olanaklı olduğunu belirtse de, bu durumda da yasanın tarihsel yorumunun tümünden göz ardı edilmesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınacağını ve bu sorunun nasıl aşılabileceğinin da ayrı bir tartışma konusu olacağını altını çizer.¹⁶

Göztepe, bu makaleden on bir yıl sonra kaleme aldığı ve doğrudan AYM’nin bireysel başvuruda norm denetimi yetkisi konusuna özgülediği bir başka makalede, bu kez itiraz yolunun koşulları çerçevesinde, bireysel başvurunun özelliklerini ve bireysel başvuruda AYM’nin konumunu ayrıntılı olarak inceler. Yazar öncelikle bireysel başvuruda norm denetimine olanak

¹⁵ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), TBMM 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, S. Sayısı, 696, s. 20, 58

¹⁶ GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2011(95), s. 28, 32.

tanıyan hükmün AYMKYUHK tasarısından TBMM Anayasa Alt Komisyonunda çıkarılması sürecini özetler. Ardından, Komisyonunda dile getirilen ve yukarıda da eleştirilen görüşlere değinir ve “*sübjektif tarihsel yorum kapsamında kanun koyucunun ‘tarihsel bir ret iradesinden’ bahsedilmesi mümkün olmayıp yanlış hukuk bilgisine dayalı bir ‘yol kazasından’ bahsetmenin daha doğru görüneceği*” sonucuna varır. AYM’nin bireysel başvuru kapsamında Anayasaya aykırılık konusunu bekletici sorun yapmasının Mahkemeyi “hem savcı hem hâkim konumuna düşüreceğini” kabul etmenin AYM’nin siyasal parti kapatma ve Yüce Divan yargılamalarında kullandığı yetkisinin de Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmekle eşdeğer olduğunun da haklı olarak altını çizer. Bekletici sorun yoluyla konuyu Genel Kurula taşıyan Bölüm üyelerinin Genel Kurulda bu kanaatlerini gerekçelendirme yükümlülüğünün ortadan kalkmamış olduğunu da ayrıca belirtir.¹⁷

Göztepe, anılan makalesinde öğreti ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında bireysel başvuru yolunu ve AYM’nin bireysel başvurudaki konumunu da Anayasa m. 152 çerçevesinde değerlendirmiş ve hukuk devleti ilkesinin gereklerini de vurgulayarak, tasarıdan çıkarılmış olsa da Bölümlerin bireysel başvuru incelemesi sırasında itiraz yolunu işleterek Anayasaya aykırı yasaları ya da CBK’leri Genel Kurul önüne götürebilecekleri sonucuna varmıştır. Zira, yazara göre, AYM “*kanunların uygulanmasında Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinin saptanması ve diğer mahkemeler bakımından bu ihlalin düzeltilmesi konusunda bağlayıcı kararlar vermek suretiyle nihai hüküm tesis etmeye yetkili mahkeme*”; bireysel başvuru yolu “*sadece bir yargı organının çözebileceği bir uyuşmazlığa ilişkin olması*” nedeniyle bakılmakta olan dava; başvuru konusu kamu gücü işleminin tesisinde kullanılan bütün maddi hukuk normları da “*davanın özüne etkili ve sonucu değiştirecek*”, “*uyuşmazlığı çözmeye yarayacak*”, “*bir davanın çeşitli evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu veya olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan ve ön planda tutulması gereken kurallar*” olmalarından ötürü “*davada uygulanacak kural*” olarak kabul edilmelidir.¹⁸ Sonuç olarak, Alman hukuk sisteminde AYM’nin Anayasaya uygunluk denetimi konusunda tek otorite olduğu ve bu nedenle

¹⁷ GÖZTEPE, Ece, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Yolunda Somut Norm Denetimi Yoluna Başvurabilir Mi?”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 11, S. 21 (2022), s. 7-9.

¹⁸ A.g.e., s. 12, 19, 21-22. Anayasa m. 152’de öngörülen itiraz yolunun koşullarına ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi**, Yetkin, Ankara, 2023, s. 148-216; ÜLGEN, Özen, **İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme**, Beta, İstanbul, 2013, s.141-312.

yetkilerini kullanırken karşılaştığı anayasaya aykırı yasaları incelemek ve hukuk düzeninden çıkarmakla yükümlü olduğunu vurgulayan yazar, aynı yükümlülüğün Türkiye bakımından da geçerli olduğunu; tersi bir durumda hukuk devletinin gerçekleştirilmesinin araçlarından biri olan Anayasaya uygunluk denetiminin bazı normlar bakımından zayıflatılmasının ya da tümünden devre dışı bırakılmasının söz konusu olacağını belirtir.¹⁹

6216 sayılı yasanın yapım sürecinde Bölümlerin itiraz yolunu işletmesine olanak tanıyan hükmün Alt Komisyonunda metinden çıkarılması üzerinde duran bir diğer yazar *İnceoğlu*'dur. Yazara göre Komisyonunda hatalı bir değerlendirme yapılmış; bu usul yeni bir iptal davası gibi görülmüş ve Anayasaya aykırıymış gibi değerlendirilmiştir. Oysa önerilen yöntemin iptal davası ile bir ilgisi olmadığı gibi, itiraz yoluyla bir benzerlik kurulsaydı bile bunun anayasaya aykırılığından söz etmek güçtür. *İnceoğlu* da, Anayasa m. 152'de öngörülen itiraz yolunun koşulları çerçevesinde konuya baktığında, *"AYM'nin bir parçası olan ve onun üyelerinden oluşan, önceden belirlenmiş bir usul izleyerek uyuşmazlık hakkında kesin karar veren, dolayısıyla yargısal faaliyet icra eden Bölümün"* davaya bakmakta olan mahkeme; bireysel başvurunun, kamu gücünün temel hak ihlali savının *"yargısal usuller izlenerek mahkeme önünde kesin karara bağlanmakta"* oluşu nedeniyle görülmekte olan dava olduğu kanısındadır. Yazar bu noktada en fazla tartışma yaratacak konunun *"davada uygulanacak kural koşulu"* olduğunu belirtse de bireysel başvurunun *"kendine özgü, sui-generis bir dava"* olduğunu ve kendinden önceki dava sürecinden çok da bağımsız olmayıp bu süreçle bir bütünlük arz ettiğini vurgulayarak bu koşulun da mevcut olduğunu belirtir. Sonuç olarak yazar, genetik yorumun anayasa yargısında tek başına belirleyici olamayacağı; 6216 sayılı yasanın değil Anayasanın ilgili hükümlerinin genetik yorumu, yani asli ve tali kurucu iktidarların iradelerinin dikkate alınması durumunda tamamen farklı sonuçlara varılabileceği; sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri ile insan hakları hukukuna uyumun gözetilmesi gereği gerekçeleriyle bireysel başvuruda da itiraz yolunun kabul görmesi gerektiğinin altını çizer.²⁰

Kaboğlu da, TBMM Anayasa Alt Komisyonunca Bölümlere itiraz yolunu işletme olanağı tanıyan düzenlemenin madde metninden çıkarılmasını

¹⁹ GÖZTEPE (Norm Denetimi), s. 28-29.

²⁰ İNCEOĞLU, Sibel, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 195-199.

eleştiren ve buna karşın itiraz yolunun geçerli olacağını savunan yazarlar arasındadır. *Göztepe*'nin yukarıda değinilen makalesindeki eleştirilere katılan yazar, “*hukuk diplomasına sahip olan vekillerin, konuyu araştırma ve öğrenme gereği duymamalarının ayrıca esef verici*” olduğunu vurguladıktan sonra, bireysel başvuruda somut norm denetimi yolunun özel olarak öngörülmemiş olmasının AYM'nin bu yetkiyi kullanması önünde engel teşkil edemeyeceğini, tam tersine bunun “*anayasa şikayeti üzerine yapılan denetime içkin bir yetki*” olduğunu belirtir. *Kaboğlu*'na göre, somut norm denetimi yolunun AYM'ce işletilmemesi, Mahkemenin bireysel başvurunun etkisizleştirilmesi sürecine katılması anlamına gelecektir. Oysa, “*bireysel başvuru yargılama süreci, itiraz yolunu işletmek için Anayasa madde 152'nin aradığı dört koşula yanıt verdiği ölçüde, somut norm denetimi yapma gereği açıktır.*”²¹

Öğretide, tarihsel yorum yerine diğer yorum yöntemlerine ağırlık verilmesi önerisiyle ve bireysel başvurunun da itiraz yolunun koşullarını sağladığı gerekçesiyle, tasarıdaki düzenleme yasa metnine yansıtılmamış olsa da, itiraz yolunun aynen tasarıda öngörüldüğü biçimde bölümlerce işletilmesi gereğini savunan yazarların yanında, bunun artık olanaklı olmadığını savunanlar da vardır. Sözgelimi, *Öden*, Anayasa Komisyonunda ilgili hükmün madde metninden çıkarıldığını vurgulayıp, bu durumda Bölümlerin Anayasaya aykırılığı bekletici sorun yaparak yasalara karşı itiraz yolunu işletemeyeceklerini belirtir. Yazara göre, ihlal kararı üzerine yeniden yargılama yapacak olan mahkeme “davaya bakmakta olan mahkeme” niteliğinde olacağından, bu mahkemenin AYM hükmü doğrultusunda bakılmakta olan davada uygulanacak yasanın Anayasaya aykırılığı savıyla itiraz yolunu işletmesi olanaklıdır. *Öden*'e göre ikinci bir olasılık da AYM'nin bireysel başvuru incelemesi sırasında uygulanacak yargılama usulüne ilişkin yasa hükümlerinde Anayasaya aykırılık saptamasıdır. Bu durumda ilgili bölümün, bir davaya bakmakta olan her mahkeme gibi, Anayasanın 152. maddesinde öngörülen itiraz yolunu işleterek 6216 sayılı yasanın uygulanacak belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı sorununu Genel Kurul önüne taşıyabilmeleri gerekir.²²

²¹ KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Yargısı-Avrupa Modeli ve Türkiye*, 5. Bası, Platon Hukuk, İstanbul, 2024, s. 242-243.

²² ÖDEN, s. 137-138.

Öden zaten AYM'nin bireysel başvuruları karara bağlamak üzere yürütüldüğü denetim faaliyetinin AY m. 152 çerçevesinde “‘dava’ niteliğinde bir yargı işi”, bu denetimi gerçekleştiren Bölümlerin de “mahkeme” niteliğinde olduğunu yazdığından²³ itiraz yolunun işletilmesi önündeki tek engel olarak 6216 sayılı yasanın ilgili hükümlerinin tarihsel yorumunu gördüğü anlaşılmaktadır. Bu bakımdan önerileri kendi içinde tutarlıdır. Bununla birlikte özellikle ikinci olasılık çerçevesinde 6216 sayılı yasanın “*yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*” yönündeki m. 45/3 hükmünün Bölümlerce bir usul kuralı olarak görülüp görülemeyeceği akla gelmektedir. Zira bu önerinin kabulü durumunda itiraz yolunun işletilmesi ve önce m. 45/3'teki düzenlemenin ardından da temel hak ihlaline yol açan yasa hükmünün iptal edilmesi olanaklı olabilir. Ne var ki yazar bu konuda suskundur.

Bu soruya doğrudan olmasa da yanıt vermiş kabul edilecek bir yazar *Sağlam*'dır. Yazar, tarihsel yorum ilkesi çerçevesinde, artık bireysel başvuru süreci içinde tasarıda öngörüldüğü biçimde bir somut norm denetiminin olanaklı olmadığını belirtir. Öte yandan, siyasal partilerin denetimi ve Yüce Divan örnekleri üzerinden savunulan itiraz yolunun AYM'ce işletilmesi önerisinin de yine bu yargılamaların ve bireysel başvurunun nitelikleri dikkate alındığında geçerli olamayacağını belirtir. Bu noktada, değerlendirmelerine aynen katılarak, *Sağlam*'ın görüşlerini olduğu gibi aktarmakta yarar vardır. Yazara göre,

“Gerçi siyasal partilere ilişkin davalarda Anayasa Mahkemesi davaya bakmakta olan mahkeme sıfatıyla somut norm denetimini gerçekleştirmiştir. Ama burada Anayasa Mahkemesi farklı bir konumdadır. Parti davalarına bakmak, Anayasa Mahkemesi'ne üstelik tekel olarak verilmiş ayrı bir görevdir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, parti davalarında ilk ve son derece olarak davaya bakan bir mahkeme konumundadır. Yüce Divan açısından da benzer bir konum söz konusu olabilir. Anayasa şikâyeti başvurusunda ise vatandaşın ya da kişilerin somut olaya ilişkin şikâyetini olağan kanun yolları tüketildikten sonra ele almak durumundadır. Mahkemenin bu çerçevede somut norm denetimini başlatmasının, sisteme yabancı olduğunu düşünüyoruz. O zaman somut norm denetimi yönteminin bağımsız bir anlamı kalmıyor ve anayasa şikâyeti bir yönüyle popüler davaya dönüşmüş oluyor ki, bu da yasakoyucunun amaçladığı

²³ A.g.e., s.186.

ğı bir durum değildir. Parti ya da Yüce Divan yargılamalarında ise durum farklıdır. Çünkü bunlarda Anayasa Mahkemesi bir ön aşama olmaksızın farklı bir sıfatla doğrudan davaya bakıyor. Yani itiraz davasının harekete geçirilebileceği bir ilk yargılama aşaması yok. Ama Tasarrı’da öngörülmüş bulunan olanak yasalaşmış olsaydı, o zaman Bölümlerin Genel Kurula başvurusu, itiraz davasını harekete geçirecek yeni bir yol olarak düşünülebilirdi.”²⁴

Öte yandan *Sağlam*, bireysel başvuruda Anayasaya aykırılığı saptanmış olan bir yasa hükmünün yargısal düzenek (mekanizma) içinde hukuk düzeninden ayıklanmasının yolunun, ihlale temel oluşturan düzenlemenin ihlal kararı üzerine yeniden yargılama yapan mahkemece itiraz yoluyla AYM önüne taşınması olduğu kanısındadır. Yazar, “*biraz dolambaçlı olmakla birlikte hakkın sübjektif yönünün de korunması bakımından, bu yolun anayasa şikâyetinin çifte niteliğine uygun düşeceğini*” düşünmektedir.²⁵

Bu yolun uzun ve dolambaçlı olması ve “usul ekonomisi” ilkesine aykırı görünmesi bir yana, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının bağlayıcılığının tartışıldığı, kimi zaman kararın gereklerinin yerine getirilmediği, hatta kimi zaman yeniden yargılama kararlarının bile uygulanmadığı²⁶ dikkate alınacak olursa, derece mahkemelerinin iptal için AYM’ye hiç başvurumamaları da göz önünde bulundurulması gereken bir olasılıktır. Bu durumda, Anayasaya aykırı yasal düzenleme hukuk düzeni içinde var olmaya ve yeni hak ihlallerine kaynaklık etmeye devam edecektir. Öte yandan yeni ihlallerin sürekli tekrarlanması AYM’nin kendisinin de haklı olarak yakındığı iş yükünü de artıracaktır.²⁷

Sağlam’ın gündeme getirdiği bir başka konu, somut norm denetiminin işletilmesi isteminin derece mahkemeleri önünde ileri sürülüp kabul edilmiş olması durumudur. Somut norm denetiminin harekete geçirilmesinin hak arama özgürlüğünün bir parçası olduğunun altını çizen yazar, Anayasaya aykırılık itirazının başvuru yollarının tüketilmesi aşamasında derece

²⁴ SAĞLAM, s. 443-444.

²⁵ A.g.e., s. 442.

²⁶ Genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması konusunda bkz. KARAN, Ulaş, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, On İki Levha Yay., 2018. Uygulanmayan yargılamanın yenilenmesi kararları için ayrıca bkz. aynı çalışma s. 184-209.

²⁷ ERDOĞAN, Murat, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeon, Ankara, 2019, s. 130.

mahkemelerince haksız olarak reddedilmesinin başlı başına bir temel hak ihlali oluşturacağını belirtir. *Sağlam*'a göre bu durumda da, başvuruyu inceleyen Bölüm, yukarıda açıklanan yolu işletecektir. Bir başka deyişle, ihlal kararında bir yandan ihlalin temelinin Anayasaya aykırı yasal düzenleme olduğunu saptarken bir yandan da itiraz yolunun işletilmesi isteminin dikkate alınmaması nedeniyle hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğini saptayacaktır.²⁸ *Sağlam*'ın, bireysel başvuru uygulaması henüz yürürlüğe girmeden, 2012'de kaleme aldığı ve bu görüşleri savunduğu makalesinden on iki yıl sonra *Kanadoğlu* ile birlikte yazdığı "Anayasa Yargısı Ders Notları" kitabında da aynı görüşün savunulduğu görülmektedir. Hatta yazarlar bu duruma ilişkin olarak ortaya yeni bir soru da ortaya atıp yanıtlamışlardır. Acaba itiraz yolunun bu biçimde işletilmesi durumunda AYM'nin "ihsası rey"de bulunduğundan söz edilebilir mi? *Sağlam* ve *Kanadoğlu*'na göre bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Zira, "AYM'nin ilgili bölümünün buradaki tespiti, anayasaya aykırılık itirazının 'ciddi' olduğuna ilişkin bir tespittir. Anayasaya aykırılık sorunu zaten Genel Kurulca karara bağlanacaktır."²⁹

Sağlam ve *Kanadoğlu*, taraflardan birinin Anayasaya aykırılık itirazında bulunmamasına karşın AYM'nin bireysel başvuru incelemesinde Anayasaya aykırılığı saptaması durumunda ise sorunun daha da karmaşık olduğunu haklı olarak belirtirler. AYM'nin bir sonraki bölümde değinilecek olan *Hulusi Yılmaz Başvurusu*'na ilişkin kararı çerçevesinde konuyu ele alan yazarlar, anılan başvuruda Genel Kurulun Anayasaya aykırılığı saptadıktan sonra yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı derece mahkemesine gönderdiğine dikkat çekmişlerdir. Bu durumda yazarlara göre iki anayasal sorun ortaya çıkmaktadır: 1) Derece mahkemesinin AYM kararı doğrultusunda hareket etmesi yönünde bir zorunluluğunun olduğu kuşkuludur. Mahkeme açısından bu bir kanaat sorunudur ve kanaat zorlanamaz. Ancak bu sorun başvuru- nun yeniden yargılama sırasında anayasaya aykırılık itirazında bulunması yoluyla aşılabılır. Çünkü bu durumda "derece mahkemesinin AYM tarafından gösterilen yola kulağını tıkayıp davacının anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmaması söz konusu olamaz." 2) Anayasaya aykırılığın saptandığı ve yeniden yargılamaya esas teşkil eden ihlal kararının Genel Kurulca verilmiş olması, "ihsas-ı rey" sorununun nasıl aşılabacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Zira AYM Genel Kurulu bireysel başvuru aşamasında görü-

²⁸ SAĞLAM, s. 441.

²⁹ SAĞLAM, Fazıl/KANADOĞLU, Korkut, *Anayasa Yargısı Ders Notları*, On İki Levha, İstanbul, 2024, s. 112.

şünü açıkça beyan etmiştir. *Sağlam* ve *Kanadoğlu*, sonuç olarak, *Sağlam*'ın 2012'de yazdığı ve yukarıda değinilen makalesinin ilgili bölümünden yaptıkları uzunca bir alıntı eşliğinde “çözümü zor bir sorunla karşı karşıya olduğumuzu” saptar; ancak bu sorunun aşılmasına yönelik bir öneri sunmazlar.³⁰

Anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına ilişkin Anayasa m. 11, AYM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin Anayasa m. 153/son ile yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkemeye AYM'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verme yükümlülüğü yükleyen 6216 sayılı AYMKYUHK m. 50/2 hükümleri dikkate alındığında, *Sağlam* ve *Kanadoğlu*'nun işaret ettikleri ilk anayasal sorunun (kanaat sorunu) aslında mevcut olmadığını söylemek olanaklıdır. Çünkü, bu hükümler karşısında, derece mahkemesi, “Anayasaya aykırılığın bir kanaat sorunu” olduğunu ileri sürerek itiraz yolunu işletmekten kaçınamaz.

Sağlam ve *Kanadoğlu*'nun işaret ettikleri ikinci anayasal sorun (ihzas-ı rey sorunu) bakımından da benzer bir değerlendirme yapılabilir. Öncelikle, yazarların ihzas-ı rey konusundaki çekincelerinin kabulü durumunda bunun yalnızca örnek verdikleri durum bakımından değil, tüm önerileri bakımından da geçerli olacağı belirtilmelidir. Zira, yazarlar, Anayasaya aykırılık saptamasının Bölümlerce yapıp yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın derece mahkemesine gönderilmesi durumunda bu tür bir sorunun söz konusu olmayacağını, çünkü Bölümlerin yaptığıın yalnızca Anayasaya aykırılık itirazının ciddi bulunduğuna ilişkin bir saptama olduğunu, bu itiraz derece mahkemesi tarafından AYM önüne getirilirse konunun Genel Kurulca karara bağlanacağını belirtmişlerse de, ihlal saptamasını yapmış olan Bölüm üyeleri de Genel Kurula katılacağından, en azından bu üyeler bakımından “ihzas-ı rey” savı gündeme getirilebilir. 1982 Anayasasının özgün biçiminde yer verilmiş olan yedek üyelik kurumu da 2010 Anayasa değişikliği ile kaldırıldığından, bu sorunun yedek üyelerin Kurula dahil edilmesi yoluyla aşılması da olanaklı değildir. Öte yandan, Bölümlerin talebi üzerine bireysel başvurunun Genel Kurulca incelenmesi de söz konusu olabileceğinden, Anayasaya aykırılık saptamasının bu varsayımda da Bölümlerce değil, doğrudan Genel Kurulca yapılmış olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu durumda ortada tamamen çözümsüz bir sorun olduğu kabul edilmelidir.

³⁰ A.g.e., 112-113.

Ne var ki *Sağlam* ve *Kanadoğlu*'nun dile getirdikleri bu soruna “ihzas-ı rey” kavramı, yasağın getiriliş amacı ve AYM’nin görev ve yetkileri çerçevesinde bakıldığında, bu sorunun aşılması, hatta aslında bu tür bir sorunun var olmadığının kabul edilmesi olanaklıdır. Zira, “ihzas-ı rey” yasal olarak gerekmedikçe yargıcın önceden oyunu açıklaması anlamına gelen bir kavramdır ve ihzas-ı rey yasağının amacı yargıcın tarafsızlığını sağlamaktır. Dolayısıyla, yargıcın ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz, adli yardım talebinin kabulü kararı vermesi; AYM kararlarında da vurgulandığı üzere tutukluluğa ya da yürütmenin durdurulması istemlerine ilişkin kararlarını gerekçelendirmesi³¹ gibi durumlarda ihzas-ı rey yasağı ihlal edilmiş olmaz. Benzer biçimde, bozma kararı üzerine dosya yeniden önüne gelen yargıç bakımından “ihzas-ı rey” savı da ileri sürülemez. Bu durumun tam tersi düşünüldüğünde, bozma kararı sonrasında, kararı bozulan mahkemenin direnmesi üzerine dosya yeniden önüne geldiğinde bozma kararını veren yargı yeri açısından da “ihzas-ı rey” savı geçerli olamaz. Bu genel ilkeler çerçevesinde yazarların dile getirdikleri durum bakımından “ihzas-ı rey” yasağına aykırılığın söz konusu olmadığı, burada AYM’nin Anayasa aykırılığı saptaması durumunda kararında bunu belirtmesinin yasal bir gereklilik olduğu; tam tersine bunu yapmasının görevini yerine getirmemesi anlamına geleceği belirtilmelidir.

³¹ Anayasa Mahkemesine göre “tutukluluğa ilişkin karar veren derece mahkemelerince, tutuklama tedbirinin uygulanması için ön koşul olan suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin somut olgulara dayalı olarak ortaya konulması, Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anayasal bir gerekliliktir. Bunun hâkimin bakmakta olduğu davanın esasına ilişkin önceden görüş açıklaması (ihzas-ı rey) olarak kabulü mümkün değildir. Bu itibarla ihzas-ı rey yasağı gerekçesiyle anayasal bir zorunluluğun yerine getirilmesinden kaçınılamaz. Kaldı ki 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.” Bkz. AYM (Genel Kurul), **Şahin Alpay (2) Başvurusu (B. No. 2018/3007)**, 15.03.2018, para. 77. Yine, “2577 sayılı Kanun’un 27. maddesi uyarınca (bkz. § 24) yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması durumunda mahkemenin idari işlemin uygulanması hâlinde giderilmesi güç veya olanaksız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartları bakımından inceleme yapılması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin kararda ortaya konulması gerekçeli karar hakkının bir gereği olup Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca anayasal bir gerekliliktir. Bu çerçevede yapılan değerlendirmenin ihzas-ı rey olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Öte yandan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 36. maddesinde hâkimin kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olması ihzas-ı rey olarak değerlendirilerek hâkimin reddi sebeplerinin arasında sayılmıştır. Hâkimin yürütmeyi durdurmaya ilişkin karar verebilmek için yaptığı değerlendirmenin bu çerçevede olduğu söylenemez.” Bkz. AYM, **Murat Aydın Başvurusu (B. No. 2019/23779)**, 26.07.2022, para. 36, 37.

II. UYGULAMADAN ÖRNEKLER

Temel hak ihlalinin yasadan kaynaklandığı durumda Anayasa Mahkemesi nasıl bir uygulama geliştirmiştir? Bu bölümde AYM kararlarından seçilen kimi örnekler eşliğinde bu soru yanıtlanacaktır.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, AYM'nin, başvuru bakımından doğrudan hukuki sonuç doğuran yasa hükümleri ile bir temel hakkın ihlal edildiği savının söz konusu olduğu durumlarda bu başvuruları “konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle” incelenemez nitelikte bulmadığıdır. Sözgelimi, *Bekir Sözen Başvurusuna* konu olayda Danıştay üyeliği, *Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem Başvurusuna* konu olayda ise eğitim kurumu müdürlüğü görevlerine yasayla son verilmiştir. AYM bu başvurularda yaptığı değerlendirmede, yasanın yürürlüğe girmekle etkisini gösterdiğini, diğer bir deyişle yürürlüğe girdiği anda uygulanmış olduğunu vurgulamış; başvuru tarafından yapılan bireysel başvurunun yasanın uygulanmasına yönelik olduğunu belirlemiştir.³² Yüksek Mahkemenin, söz konusu kararlarda ihlalin yasadan kaynaklandığı savının ileri sürülmesi ve bu durumda Mahkemenin inceleme yetkisi konusundaki saptamaları da önemlidir. AYM'ye göre,

*“Kanuna karşı doğrudan bireysel başvuruda bulunulması mümkün olmamakla birlikte kanunun uygulanması üzerine uygulama işlemi veya eylemine karşı bireysel başvuruda bulunulmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca kanunun uygulanması üzerine yapılacak bireysel başvuruda ihlalin kanundan kaynaklandığının ileri sürülmesine ve Anayasa Mahkemesinin bu kanunun hak ihlaline yol açıp açmadığını incelemesinin önünde bir mâni yoktur. Dahası söz konusu kanun maddesinin başvuru ileri sürdüğü şikâyet bağlamında ihlale neden olup olmadığını incelemek Anayasa Mahkemesinin anayasal görevi ve yükümlülüğüdür.”*³³

Anayasa Mahkemesinin, “potansiyel mağdurluğun” söz konusu olduğu savıyla yapılan başvurularda ise tutarlı bir içtihat sergilemediği görülmekte-

³² AYM, *Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem Başvurusu* (B. No. 2015/7942), 28.05.2019, para. 40; AYM (Genel Kurul), *Bekir Sözen Başvurusu* (B. No. 2016/14586), 10.11.2022, para 56. AYM'nin bu konudaki uygulamasına ilişkin diğer kararlar için bkz. KANDEMİR, Selin, *Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Yolunda Olağan Kanun Yollarının Tüketilmesi Kriteri*, On İki Levha, 2023, s. 117-119.

³³ AYM, *Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem Başvurusu*, para. 39; AYM (Genel Kurul), *Bekir Sözen Başvurusu*, para. 55.

dir. Mahkeme kimi zaman, bu konuya değinmeden, “yasama işlemi aleyhine bireysel başvuru yapıldığı” gerekçesiyle “konu bakımından yetkisizlik” kararı verirken³⁴; kimi zaman yine bu konuya hiç girmeden, esasa ilişkin kararlar da verebilmektedir.³⁵ Potansiyel mağdurluk savının dile getirildiği iki başvuruya ise burada özellikle değinilmelidir. Çünkü bunlarda AYM, sanki potansiyel mağdurluğun var olduğu başvuruyla kanıtlanabilse başka türlü karar verecekmiş gibi bir izlenim yaratmıştır.

Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusunda, başvuru, elektronik haberleşme ile ilgili trafik verilerinin herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından elde edilmesini, tutulmasını ve kullanılmasını öngören yasal düzenlemelerin potansiyel mağduru olduklarını ileri sürmüşlerdir. Bu arada bireysel başvurudan kısa bir süre sonra söz konusu düzenlemeler norm denetimi yoluyla AYM önüne gelmiş ve iptal edilmiştir. AYM bu iptal kararına dayanarak, “başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığı ve başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektiren bir hususun da bulunmadığı” gerekçesiyle başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. Bu başvuruyu ilginç kılan iki nokta daha vardır. Birincisi, Adalet Bakanlığının Mahkemeye sunduğu görüşte, yasanın iptal edilmiş olması nedeniyle başvuru sahiplerinin “potansiyel mağdur sıfatlarının” ortadan kalkmış olduğunu savunmasıdır. Öte yandan, çoğunluk görüşüne katılmayan bir üye “Varılan sonucun, yasama işlemlerine karşı potansiyel mağdur sıfatıyla doğrudan bireysel başvuru yapılacağı anlamını zımnen içerdiğini; diğer bir anlatımla kararda, başvuru konusu kanun hükmü iptal edilmemiş olsaydı kendisine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılabileceğinin örtülü olarak söylendiğini” belirterek karara karşı oy yazmıştır.³⁶

Ayşe Sevtap Uzun Başvurusuna konu olayda ise bir yasanın değil; ama bir idari işlemin iptali talep edilmiş; bu iptal istemiyle açılan davaların reddi sonrasında bireysel başvuru yapılmıştır. Başvuruda başvuru çevre üzerinde olumsuz etkiler doğuracak bir projenin potansiyel mağduru olduğunu ileri

³⁴ AYM (Genel Kurul), *Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu* (B. No. 2014/8842), 06.01.2015, para. 26, 27; AYM, *Yaman Akdeniz Başvurusu* (B. No. 2015/6599), 26.12.2018, para. 13-14.

³⁵ AYM, *Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu* (B. No. 2014/8843), 10.12.2015; AYM, *Fatih Özalp ve İbrahim Esinler Başvurusu* (B. No. 2019/17374), 29.11.2023.

³⁶ AYM, *Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu* (B. No. 2014/15571), 05.04.2018.

sürmüştür. AYM'nin buradaki değerlendirmesi ilgi çekicidir ve bu nedenle doğrudan alıntılanmalıdır. Mahkeme'ye göre,

“başvuru, kamu yararı temeline dayandırılarak henüz ne şekilde bir zarar olduğu ya da yakın zamanda kuvvetle muhtemel biçimde oluşabilecek bir zarar bulunup bulunmadığı açıklanmadan gerçekleştirilmiş ve uyuşmazlık konusu edilen rödövars sözleşmesi kapsamında yürütülen projeler ve maden sahasındaki uygulamalar nedeniyle bireysel olarak doğrudan maruz kalınan, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı, sağlık hakkı, mülkiyet hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı gibi anayasal güvencelere yönelik somut etkilerden bahsedilmemiştir. Bunun dışında başvuru potansiyel mağdur olduğunu ileri sürmüş ise de söz konusu başvuru işlem ve eylemlerin maddi ve manevi varlığın korunması hakkı üzerinde ihmal edilemeyecek bir etkide bulunma riski olduğunu ortaya koyan ve gerçekleşmesi muhtemel olan müdahalelerin varlığı hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Başvurucu, başvuruya emsal teşkil etmek üzere AIHM tarafından esas-tan incelenmiş olan Okyay ve diğerleri/Türkiye (B. No: 36220/97, 12/7/2005) ile L'erabliere A.S.B.L./Belçika (B. No: 49230/07, 24/2/2009) kararlarından bahsetmiş ise de söz konusu kararlarda, ihlal iddiasında bulunanlar tarafından yaşadıkları yerin yakınında yer alan tesislerdeki faaliyetlerin ya da kamusal makamların uygulamalarının (termik santralden yayılan tehlikeli gazın oluşturduğu risk, çöp toplama alanının günlük yaşamın kalitesini etkileyecek şekilde büyütülmesi) kendi sağlıkları ve yaşamları açısından risk oluşturduğunun ileri sürüldüğü, dolayısıyla söz konusu faaliyetler ile başvuru arasında doğrudan ve kişisel bir bağ kurulduğu, somut başvuru açısından ise başvuru konusu edilen projenin böyle bir bağ kurulmasını sağlayacak nitelikte risk oluşturduğunu gösteren bir durumun olmadığı görülmektedir.”³⁷

AYM'nin potansiyel mağdurluk konusundaki tutarlılık sergilemeyen bu çizgisini Göztepe, haklı olarak, “Mahkeme, önüne gelen sorunu bütün boyutlarıyla tartışmayı, ilkeleri ortaya koyarak geleceğe dönük ihlalleri önleyici açıklamalar yapmayı değil, talep geldikçe içtihat oluşturmayı tercih etmektedir” biçiminde değerlendirmiştir.³⁸

³⁷ AYM, Ayşe Sevtap Uzun Başvurusu (B. No. 2013/6260), 13.04.2016, para. 38, 39.

³⁸ GÖZTEPE (Norm Denetimi), s. 23.

Anayasa Mahkemesinin temel hak ihlalinin yasadaki kaynaklandığını saptadığı durumlardaki yaklaşımı ise daha ‘tutarlı’dır. Burada, AYM’nin bu konudaki içtihadı kimi kararlar üzerinden ortaya konmaya çalışılacaktır. Kuşkusuz amaç, tüm AYM kararlarının gözden geçirilmesi değil, konunun yeterince iyi yansıtılmasını sağlayacak başlıca kararların ele alınmasıdır.³⁹

AYM ihlalin temelinde yasanın bulunduğu durumlarda, uzunca bir süre, sorunun çözümü için anayasaya aykırılık saptadığı kararın bir örneğini TBMM’ye göndermiş ve yasanın harekete geçmesini beklemiştir.⁴⁰

AYM, bu yöndeki ilk kararını *Y.T. Başvurusunda* vermiştir. Başvuru özetle, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte olan 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunun ilgili hükümlerinin ilgili hükümleri nedeniyle ülkesine geri gönderilmesi hâlinde siyasi görüşü ve dinî inançları nedeniyle kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu belirten başvurunun, pratikte bu iddialarını dile getirebileceği etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı savıyla yapılmıştır. AYM İçtüzüğü m. 75/2’de öngörülen pilot karar yöntemini ilk kez uygulayan Mahkeme, söz konusu başvuruda ihlalin gerçekten de derece mahkemesinin uygulamasından ya da mevzuatı yanlış yorumlamasından değil, doğrudan ilgili yasada yapılan değişikliğin Anayasa ve AYM’nin yerleşik içtihadı ile uyumlu olmamasından kaynaklandığını saptamıştır. Mahkemeye göre,

“İlgili kanun hükmü yürürlükte olduğuna göre idare mahkemeleri tarafından yeniden yargılama yapılması yoluyla ihlalin giderimi mümkün olmayacaktır. Dahası Anayasa Mahkemesi tarafından mevcut başvuru ve diğer derdest başvurular bakımından ihlal kararı verilerek sınır dışı etme kararları ortadan kaldırılrsa bile bu durum benzer başvuruların yapılmasını önlemeyeceği gibi benzer durumda olan kişilerin Anayasa’ya aykırı olarak sınır dışı edilmesini de engellemeyecektir. Dolayısıyla

³⁹ 2021’e değinki tüm kararların tek tek ele alındığı ve öğretide bu konudaki tartışmaların gözden geçirildiği bir çalışma için ayrıca bkz. YILDIZ, Ceren, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021:1, s. 367-415.

⁴⁰ Öğretide “çağrı kararları” (*Göztepe*) ya da “bildirim kararları” (*Kanadoğlu/Şahin*) olarak adlandırılan bu karar türüne ilişkin ayrıntılı iki çalışma için ayrıca bkz. GÖZTEPE, Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1 (2021), s. 43-83; KANADOĞLU, O. Korkut/ŞAHİN, Battal Niyazi, “Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler”, *Anayasa Yargısı*, C. 39, S. 2 (2022), s. 14-30.

la ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi, benzer nitelikteki diğer başvuruların idari mercilerce bu yolla çözülmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yasama organı tarafından 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte yeni başvurular yapılmasını engelleyecektir. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerekir."

AYM, bu kararda Mahkeme önünde bekleyen benzer nitelikli 1545 başvurunun ve bu tarihten sonra gelmeye devam edecek benzer nitelikli başvuruların incelenmesini de bir yıl süreyle ertelemiştir. Mahkeme ayrıca yasal düzenleme ile ilgili gereğinin yapılması için kararın bir örneğinin TBMM'ye; Mahkeme önünde bekleyen ve incelenmesi ertelenen 1545 başvuruya ilişkin yönetsel (idari) işlemlerin yapılabilmesi için kararın bir örneği ile başvuru listesinde Adalet ve İçişleri Bakanlıklarına; başvuru ile ilgili olarak saptanan ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için de kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapmak üzere derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.⁴¹ Bu pilot kararın ardından, 06.12.2019 günlü ve 7196 sayılı Kanunla Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 53. maddesinde değişiklik yapılmıştır.

Y.T. Başvurusunun ardından yapılan yasa değişikliğine karşın, AYM, A.A.K ve Diğerleri Başvurusu ile G.I. ve Diğerleri Başvurusunda "sınır dışı etme kararına karşı iptal davası açıldığında işlemin yürütmesi kendiliğinden durmakta ise de Anayasa Mahkemesinin önündeki mevcut başvurulara pilot kararda belirtilen şekilde çözüm üreten hukuki düzenleme bir yıllık süre içinde yapılmamıştır. Dolayısıyla eldeki başvurular özelinde Y.T. kararında ortaya konan ilke ve değerlendirmelerden ayrılmayı gerektiren yeni bir durumun bulunmadığı görülmektedir. Başvurucuların ülkelerine geri gönderilmeleri hâlinde kötü muameleye maruz kalacaklarına ilişkin iddialarını inceletebilecekleri etkili bir başvuru yolu olmadığının kabul edilmesi gere-

⁴¹ AYM (Genel Kurul), **Y.T. Başvurusu (B. No. 2016/22418)**, 30.05.2019, para. 75-80.

kir.” saptamasıyla, kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁴² Bununla birlikte söz konusu kararlarda AYM, *Y.T. Başvurusundan* farklı olarak kararın tekrar TBMM’ye bildirilmesini gerekli görmemiştir. AYM’nin bu tutumunu, “*pilot karar usulünün amacına uygun düşmediği*” gerekçesiyle eleştiren *Kanadoğlu ve Şahin*, yapısal sorundan kaynaklı ihlal kararlarının TBMM’ye bildirilmesinin ardından hâlâ ihlal kararlarının çıkıyor olmasını, tam da bu çalışmanın konusuyla ilgili bir başka sorunla bağlantılı olarak değerlendirirler. Yazarlara göre bu, “*daha büyük çaplı bir başka sorunun yansımından başka bir şey değildir. Bu sorun, AYM’nin temel hak ihlaline yol açtığını tespit ettiği normları iptal edememesidir.*”⁴³

Anayasa Mahkemesinin internet sitesindeki verilere göre, Mahkeme, hak ihlalinin yasadan kaynaklandığını saptayıp sorunun çözümü için kararın bir örneğini TBMM’ye göndererek yasama organına çağrıda bulunduğu ilk karar olan *Y.T. Başvurusu* kararını verdiği 30.05.2019’dan 29.02.2024’e dek yirmi “çağrı kararı” daha vermiştir.⁴⁴

⁴² AYM, *A.A.K. ve Diğerleri Başvurusu* (B. No. 2016/43088), 31.12.2020, para. 42-43; AYM, *G.I. ve Diğerleri Başvurusu* (B. No. 2017/5849), 24/3/2021, para. 42-43.

⁴³ KANADOĞLU/ŞAHİN, s. 19.

⁴⁴ *Kanadoğlu ve Şahin* Federal Almanya ve Türkiye Anayasa Mahkemelerinin yetkilerini karşılaştırarak, FAYM’nin bireysel başvuru yolunda yasayı iptal etme yetkisi bulunmasına karşın bunu yapmayıp “çağrı kararı” ile olası Anayasaya aykırılığı belirleyerek yasama organını önlem almaya çağırdığını; AYM’nin ise, “dolaylı bir biçimde” yasayı denetleyip yetkisizliği nedeniyle iptal edemediği için “bildirim kararı” ile TBMM’ye bildirimde bulunduğunu belirtirler. *A.g.e.*, s. 22. Öte yandan AYM’nin karar arama motorunda da söz konusu kararlarda hükmedilen giderim türünün “TBMM’ye çağrı” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bu nedenle bu çalışmada da aynı terimin kullanılması yeğlenmiştir. AYM’nin bugüne dek çağrı kararı verdiği yirmi bir başvuru şu şekildedir: AYM (Genel Kurul), *Y.T. Başvurusu* (B. No. 2016/22418), 30.05.2019; AYM (Genel Kurul), *Süleyman Başmeydan Başvurusu* (B. No. 2015/6164), 20.06.2019; AYM (Genel Kurul) *Bedrettin Morina Başvurusu* (B. No. 2017/40089), 05.03.2020; AYM (Genel Kurul), *Sabri Uhrağ Başvurusu* (B. No. 2017/34569), 29.12.2020; AYM (Genel Kurul), *Süleyman Kurtel Başvurusu* (B. No. 2016/1808), 22.01.2021; AYM (Genel Kurul), *Hamit Yakut Başvurusu* (B. No. 2014/6548), 10.06.2021; AYM, *Malaklar İnşaat Taahhüt Gıda Maden Sanayi ve Ticaret A.Ş. (2) Başvurusu* (B. No. 2018/3296), 30.06.2021; AYM (Genel Kurul) *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu* (B. No. 2018/14884), 27.10.2021; AYM (Genel Kurul), *Nevriye Kuruç Başvurusu* (B. No. 2021/58970), 05.07.2022; AYM (Genel Kurul), *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu* (B. No. 2016/5903), 10.03.2022; AYM (Genel Kurul) *Atilla Yazar ve Diğerleri Başvurusu* (B. No. 2016/1635), 05.07.2022; AYM (Genel Kurul), *Tarık Yüksel Başvurusu* (B. No. 2019/1255), 10.11.2022; AYM (Genel Kurul), *E.Y. Başvurusu* (B. No. 2018/10482), 14.12.2022; AYM (Genel Kurul) *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. Başvurusu* (B. No. 2019/40991), 23.03.2023; AYM (Genel Kurul), *Yıldız Ceylan Var Başvurusu* (B. No. 2020/10490), 25.07.2023; AYM (Genel Kurul), *Mohamma Salem Pashto ve Nazi Salem Başvurusu* (B. No. 2019/26339),

Çağrı kararlarının beklenen sonucu vermemesi, bir başka deyişle TBMM'nin, çoğu kez AYM kararında ihlalin kaynağı olarak işaret ettiği yasal düzenlemelerde değişiklik yapma yoluna gitmemesi, Mahkemeyi başkaca çözüm arayışlarına yönlendirmiştir. Bu çerçevede, AYM'nin önce çağrı kararlarında, Anayasanın Başlangıç Bölümüne de atıfla TBMM'ye yönelik "işbirliği" talebini öne çıkardığı görülür. Bu hususun ilk kez vurgulandığı *Nevriye Kuruç Başvurusunda* AYM şu saptamayı yapmıştır:

*"Anayasa'nın Başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği ancak belli yetki ve görevlerin kullanılmasından ibaret olduğu, erkler arasında medeni bir iş bölümü ve iş birliği ilişkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen yetki ve görevlerini yerine getirerek makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla ilgili başvuru yapılabilecek etkili bir yolun ihdas edilmesi gerektiği tespitini yapmıştır. Dolayısıyla kararın bir örneğinin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan bir temel hak ve hürriyetin ihlaline yol açtığı tespit edilen söz konusu yapısal sorunun çözümü için Türkiye Büyük Millet Meclisine de bildirilmesi gerekir."*⁴⁵

AYM, anılan başvuruyu pilot karar usulü ile incelemiş ve benzer başvuruların görüşülmesini dört ay süreyle ertelemiştir. Kararın yayımlanmasının ardından TBMM 28.03.2023 günlü ve 7445 sayılı yasayla 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde değişiklik yaparak Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan Tazminat Komisyonuna başvuru olanağı getirmiştir. Ne var ki bu olanak yalnızca AYM önünde derdest bulunan başvurular bakımından tanındığından *Keser Altıntaş Başvurusunda* Mahkeme, *Nevriye Kuruç* kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda AYM'ye başvurmadan önce tüketilecek bir idarî ya da yargısal yolun oluşturulmamış olduğuna ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali savıyla AYM'ye başvuruların devam ettiğine dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, bu durum pilot kararın önemini kaldıracığından, AYM ancak anılan pilot karar doğrultusunda sürekli ve etkili bir

17.05.2023; AYM (Genel Kurul), *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu* (B. No. 2020/22192), 17.05.2023; AYM (Genel Kurul), *Artı Media Gmbh Başvurusu* (B. No. 2019/40078), 14.09.2023; AYM (Genel Kurul), *Ali Kömürcü ve Diğerleri Başvurusu* (B. No. 2019/2890), 25.10.2023; AYM (Genel Kurul), *Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu* (B. No. 2020/34550), 15.02.2024; AYM (Genel Kurul), *Mohammad Atamleh Başvurusu* (B. No. 2020/9691), 29.02.2024.

⁴⁵ AYM (Genel Kurul), *Nevriye Kuruç Başvurusu* (B. No. 2021/58970), 05.07.2022, para. 113.

başvuru yolu oluşturulduktan sonra söz konusu başvuruları inceleyebileceği sonucuna varmıştır.⁴⁶

Anayasa Mahkemesi, “medeni bir işbölümü ve işbirliği vurgusunu” koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak gündeme gelen tazminat taleplerine ilişkin *E.Y. Başvurusunda* da yinelemiş ve benzer biçimde bu konudaki tazminat istemleri ile ilgili de sürekli ve etkili bir başvuru yolunun oluşturulması gereğine dikkat çekmiştir.⁴⁷

TBMM, beklenen adımı, nihayet, kamuoyunda “8. Yargı Paketi” olarak anılan, 02.03.2024 günlü ve 7499 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile atmış ve Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Tazminat Komisyonunu hem makul sürede yargılanma hakkının ihlali savıyla yapılacak başvurular hem de CMK m. 142 uyarınca gündeme getirilecek tazminat talepleri bakımından sürekli biçimde etkili kılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin, ihlalin yasadan kaynaklandığını saptamasına ve TBMM’ye çağrıda bulunmasına karşın, yasamanın harekete geçmemesi karşısında hak ihlaline neden olan Anayasaya aykırı yasanın hukuk düzeninden ayıklanması için geliştirdiği ikinci yol, derece mahkemelerine itiraz yolu seçeneğini anımsatmak olmuştur. 2019’dan 2022 yılı sonuna dek yalnızca TBMM’ye çağrıda bulunmakla yetinen AYM’nin, *Hulusi Yılmaz Başvurusu* ile birlikte, öğretide de önerilen, “derece mahkemelerine itiraz yolunu anımsatma” seçeneğini devreye soktuğu görülmektedir. Bu başvuruda AYM, *Sabri Uhrağ Başvurusunda* ihlalin yasadan kaynaklandığını saptadığını ve kararın bir örneğinin TBMM’ye gönderildiğini, ancak aradan geçen bir yıl on ayı aşan sürede herhangi bir yasal değişikliğe gidilmediğini vurgulamıştır. Bu nedenle olsa gerek, AYM bu kez, TBMM’ye yeniden bir çağrı yapmaksızın, ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına karar verirken, yargılamayı yapacak derece mahkemelerinin önüne “itiraz yolunun işletilmesi” ya da AY m. 90 gereği “insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara öncelik verilmesi” seçeneklerini koymuş; ancak itiraz yolunun işletilmesi seçeneğinin daha doğru bir yol olarak görüldüğünün de altını çizmiştir. Konunun önemi dolayısıyla, söz konusu kararın ilgili bölümlerinin aynen alıntılanması yerinde olacaktır. Mahkemeye göre,

⁴⁶ AYM (Genel Kurul), **Keser Altıntaş Başvurusu (B. No. 2023/18536)**, 14.03.2023, para. 61-71.

⁴⁷ AYM (Genel Kurul), **E.Y. Başvurusu (B. No. 2018/10482)**, 14.12.2022, para. 65.

“Anayasa kurallarının bağlayıcılığını düzenleyen Anayasa’nın 11. maddesi ve hâkimin öncelikle Anayasa kurallarını dikkate alarak uyuşmazlıkları çözmesini emreden Anayasa’nın 138. maddesi hâkimin Anayasa’ya uygun karar vermesini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa’nın 152. maddesi de hâkime davada uygulayacağı kanun hükmünün Anayasa’ya uygun olup olmadığını inceleme görevi yüklediğine dikkati çekmek gerekir. Ancak somut olayda bireysel başvuru öncesi yapılan yargılama sırasında ilk derece mahkemesi ve Yargıtay, Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında bu davada uygulanan kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı yönünde bir itiraz başvurusunda bulunmamıştır.

Bununla birlikte yeniden yapılacak yargılamada anılan Anayasa hükmü çerçevesinde davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı yönünde itirazda bulunulabilmesi mümkündür.

Diğer taraftan yeniden yapılacak yargılamada uygulanacak kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerine aykırı olması durumunda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınarak uyuşmazlığın çözülebileceğine yönelik Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü de -yukarıda değinilen koşullar dahilinde (bkz. §§ 53, 54)- uygulama alanı bulabilir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa’nın 152. maddesi uyarınca Anayasa’ya aykırı olan kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması, başvuruya konu olayın koşulları dikkate alındığında daha doğru bir yol olarak ortaya çıkmaktadır.”⁴⁸

AYM’nin, hak ihlalinin yasadan kaynaklandığını saptamasına karşın ilgili düzenlemelerde Mahkemenin saptamaları doğrultusunda değişikliği gidilmemesi durumunda son dönemde uygulamaya başladığı son çözüm yolu ise norm denetimi kapsamında ile önüne gelmesi durumunda bu düzenlemeyi iptal etmek olmuştur. Hatta Mahkeme kimi zaman, daha önce norm

⁴⁸ AYM (Genel Kurul), **Hulusi Yılmaz Başvurusu (B. No. 2017/17428)**, 01.12.2022, para. 65-67. AYM’nin “itiraz yolunun işletilmesi seçeneği”ni anımsattığı benzer yöndeki diğer kararlar için ayrıca bkz. AYM (Genel Kurul), **Yıldız Ceylan Var Başvurusu (B. No. 2020/10490)**, 25.07.2023; AYM (Genel Kurul), **Mohamma Salem Pashto ve Nazi Salem Başvurusu (B. No. 2019/26339)**, 17.05.2023; AYM (Genel Kurul), **Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu (B. No. 2020/22192)**, 17.05.2023; AYM (Genel Kurul), **Artı Media GmbH Başvurusu (B. No. 2019/40078)**, 14.09.2023; AYM (Genel Kurul), **Mohammad Atamleh Başvurusu (B. No. 2020/9691)**, 29.02.2024.

denetimi sırasında iptal etmediği düzenlemeleri de “bireysel başvuru uygulamasını dikkate alarak” iptal edebilmektedir.

Sözgelimi, 2021 yılında verdiği *Süleyman Başmeydan Başvurusu* kararından itibaren, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 231. maddesinde öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenleniş biçimiyle ilgili sorunlara dikkat çeken ve TBMM’ye çağrıda bulunan AYM, sonunda, 2023’te CMK’nin anılan maddesini iptal etmiştir. Mahkemeye göre,

*“Anayasa Mahkemesinin Atilla Yazar ve diğerleri kararında belirtilen eksikliklerin (Atilla Yazar ve diğerleri, §§ 123-173) bütünüyle giderilmesine yönelik kanun koyucu tarafından gerekli değişikliklerin yapılmadığı, HAGB kurumunun mevcut haliyle -bireysel başvuru kararlarında da işaret edildiği üzere- kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarını önlemekte yetersiz kaldığı ve başta ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurduğu anlaşılmaktadır.”*⁴⁹

AYM iptal kararında, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl içinde yürürlüğe girmesine de hükmetmiş; TBMM bu kez öngörülen sürenin dolmasını beklemeden 02.03.2024 günlü ve 7499 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (8. Yargı Paketi) ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu yeniden düzenlemiştir.

Benzer biçimde, AYM 2019 yılında verdiği *Hamit Yakut Başvurusu* kararından itibaren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 220/6’da düzenlenen “örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme”nin cezalandırılmasını öngören hükmü 2023 yılında iptal etmiş⁵⁰; iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak dört ay içinde yürürlüğe girmesine karar vermiştir. TBMM yukarıda anılan 7449 sayılı yasa ile söz konusu hükmü yeniden düzenlemişse de AYM bu düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından iptal edilen düzenleme ile aynı nitelikte olduğunu saptadığından 2024 yılında bir kez daha iptaline hükmetmiş ve kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren altı ay içinde yürürlüğe girmesini kararlaştırmıştır.⁵¹

⁴⁹ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 01.06.2023.

⁵⁰ AYM, E. 2023/132, K. 2023/183, 26.10.2023.

⁵¹ AYM, E. 2024/81, K. 2024/189, 05.11.2024. Söz konusu karar 09.01.2025 günlü Resmi Gazetede yayımlandığından, 09.07.2025’te yürürlüğe girecektir.

Öncesinde TBMM'ye yönelik doğrudan bir çağrıda bulunulmamış olsa da evli kadınların evlenmeden önceki soyadını kullanması hakkına ilişkin bireysel başvuru kararları ve ardından verilen iptal kararı da bu kapsamda değerlendirilebilir. Gerçekten de AYM, bireysel başvuru kurumu yürürlüğe girmeden önce, gerek 743 sayılı Türk Medeni Kanununun gerekse 4271 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlükte olduğu dönemlerde anılan yasaların evli kadınları eşlerinin soyadını kullanmakla yükümlü kılan hükümlerini Anayasaya uygun bularak iptal etmemiştir.⁵² Bireysel başvurunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılan başvurularda ise, AİHM içtihadını da dikkate alarak, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiğine ve ihlalin aslında TMK m. 187 hükmünden kaynaklandığına karar vermiştir.⁵³ Bununla birlikte bu dönemde “çağrı kararı” uygulamasına girişmediğinden anılan kararlar TBMM'ye gönderilmemiştir. Öte yandan AYM 2023'te konu itiraz yolu ile önüne geldiğinde bu kez hem AİHM'nin hem de kendisinin bireysel başvuru içtihadına da atıf yaparak ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir.⁵⁴ Bu durum, aynı zamanda bireysel başvurunun Anayasa Mahkemesinin kendisi dâhil, tüm yargı yerleri üzerindeki dönüştürücü etkisinin bir yansıması biçiminde de yorumlanabilir.

SONUÇ: “YASAMA İŞLEMLERİ... ALEYHİNE DOĞRUDAN BİREYSEL BAŞVURU YAPILAMAYACAĞI” YÖNÜNDEKİ HÜKMÜN ANAYASAYA UYGUN BİÇİMDE YORUMLANMASI GEREĞİ VE AYM'NİN BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ YAPABİLMESİNİN KOŞULLARI

Sevim Akat Eşki Başvurusundan Hulusi Yılmaz Başvurusuna uzanan yaklaşık on yıllık süreçte AYM, önce ihlalin yasadan kaynaklandığını saptamakla yetinmiş; ardından ihlal kararlarının bir örneğini sorunun çözümü için TBMM'ye yollamaya başlamış; sonrasında derece mahkemelerine itiraz yolu seçeneğini anımsatmış ve son olarak söz konusu düzenlemenin norm denetimi yoluyla önüne gelmesi durumunda bu düzenlemeyi iptal etmeye girişmiştir.

⁵² AYM, E.1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998; AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.

⁵³ AYM, *Sevim Akat Eşki Başvurusu* (B. No. 2013/2187), 19.12.2013; AYM, *Gülsim Genç Başvurusu* (B. No. 2013/4439), 06.03.2014; AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu* (B. No. 2014/5836), 16.04.2015.

⁵⁴ AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023.

Anayasa Mahkemesinin *Yıldız Eker Başvurusu* kararı⁵⁵, bireysel başvuru yolunda norm denetimi yapılamayacağı kabulünün temel haklar aleyhine ne denli olumsuz sonuçlar doğurduğunu bütün açıklığı ile ortaya koymaktadır. Anılan başvuruda AYM, AİHM'nin benzer bir olayda verdiği *Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş./Türkiye*⁵⁶ kararına da gönderme yaparak, başvuru- nun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ve bu ihlalin temelinde bir yasa hükmünün bulunduğunu saptamasına karşın, yalnızca başvurucuya verilen cezanın iptali için kararın bir örneğinin ilgili icra mahkemesine gönderilmesine karar vermekle yetinmiştir. Başvuruya konu olayda, başvuru- cu, aile konutu olarak kullandığını belirttiği evin haczedilerek ihale yoluyla satılması sürecinde ihalenin feshi davası açıp ihaleye itiraz etmiş, davası reddedilince 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca ihale bedelinin % 10'u oranında para cezasının Hazineye ödenmesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, "*başvurucunun aile konutu olduğunu ileri sürdüğü, kendisi ve ailesi bakımından maddi ve manevi olarak büyük değere sahip olan taşınmazın satışını önlemek amacıyla başvurabileceği bütün yargısal yollara müracaat etmiş olmasından dolayı kınanması gereken bir pozisyonunda olmadığı*"nı belirterek, "*alacaklının haklarının korunmasındaki yarar ile başvuru- cunun ihalenin feshini dava konusu edebilmesindeki menfaati arasında adil bir dengenin kurulamadığı, uygulanan para cezasının miktarının başvuru- cuya olağanın ötesinde bir külfet yüklediği ve bu durumun başvuru- cunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kıldığı*" gerekçesiyle adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM, ilgili kanun hükmünün yargıca somut olayın özelliklerine uygun herhangi bir değerlendirme ya da takdir yetkisi tanımadığını da vurgulayarak, bu başvuruya ilgili yargılamanın yenilenmesi olanağının bulunmadığını belirtmiştir.

Konumuz bakımından bu kararın önemi, yeniden yapılacak bir yargılama söz konusu olmadığından, bir başka deyişle dosya derece mahkemesine geri gönderilmediğinden, ilgili mahkemenin, Anayasaya aykırılık savıyla yasanın iptali için AYM'ye başvurmamasının olanaksız olmasıdır. Bu durum-

⁵⁵ AYM (Genel Kurul), *Yıldız Eker Başvurusu* (B. No. 2015/18872), 22.11.2018. Yasa hâlâ yürürlükte olduğundan yeniden yargılamanın bir giderim sağlamayacağı yönündeki benzer kararlar için ayrıca bkz. AYM (Genel Kurul) *Sabri Uhrağ Başvurusu* (B. No. 2017/34569), 29.12.2020; AYM (Genel Kurul) *Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. Başvurusu* (B. No. 2019/40991), 23.03.2023.

⁵⁶ European Court of Human Rights, *Case of Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Turkey* (Appl. No. 20577/05), 22.10.2013.

da, hem AİHS'nin hem de Anayasa Mahkemesinin ihlal bulduğu bir konuda, ihlale kaynaklık eden ve AYM tarafından ölçülülük ilkesine, dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğunu saptanan yasa hükmü, görülmekte olan bir başka davada itiraz yolu işletilmediği sürece, yürürlükte kalmaya devam edecektir.

Yıldız Eker kararı, hem 6216 sayılı yasanın yapım sürecinde Bölümlerce itiraz yolunun işletilmesi olanağı tanıyan düzenlemenin tasarı metninden çıkartılmasının hem de salt bu nedenle ve yalnızca tarihsel yoruma ağırlık verilerek bireysel başvuru yolunda somut norm denetiminin hiçbir biçimde işletilemeyeceğini kabul etmenin sakıncalarını ortaya koymaktadır.

Öte yandan, anılan düzenlemenin tasarıdan çıkarılmış olması karşısında ve bireysel başvurunun Yüce Divan ve siyasal partilerin kapatılması davalarından farklı, kendine özgü bir temel hak denetimi yolu olduğu dikkate alındığında, bölümlerce itiraz yolunun işletilmesinin aynen tasarıda olduğu biçimiyle uygulanması da yerinde görünmemektedir.

Tarihsel yorum ilkesinin hukuktaki tek yorum yöntemi olmadığı doğrudur.⁵⁷ Bir hükmün yorumunda kanunun amacının da dikkate alınması (amaçsal/teleolojik yorum) ve kuralın, içinde yer aldığı düzenlemenin hatta dizgenin (sistemin) bütünü içerisinde değerlendirilmesi gerekir (dizgesel/sistematik yorum). Bununla birlikte anayasa yargısında yorum yetkisinin son derece dikkatli kullanılması gereken bir yetki olduğu da anımsatılmalıdır. Yargıcın yorum yetkisini gereği gibi kullanmaması, AYM'nin aktivizm veya pasifizmle suçlanması, kararlarının meşruluğunun tartışma konusu olması gibi sonuçlar doğurabilecektir.⁵⁸

⁵⁷ Yorum yöntemleri konusunda bkz. AYBAY, Aydın/ AYBAY, Rona/PEHLİVAN, Ali, **Hukuka Giriş**, Der., 24. Bası, 2021, s. 309-320. Anayasal yorum için ayrıca bkz. BOYAR, Oya, **Anayasal Yorum** Giriş, On İki Levha, İstanbul, 2021; ERDOĞAN, A.g.e.; ODER, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, Beta, 2010; YANCI ÖZALP, Nihan, **Türkiye'de Aktivizm ve Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu**, On İki Levha, İstanbul, 2018. Yorum konusuna sınıfsal bir çerçeveden bakan bir çalışma için ayrıca bkz. YILMAZ, Furkan, **Hukukta Yorumun Sınıfsallığı**, On İki Levha, İstanbul, 2024.

⁵⁸ YANCI ÖZALP, s. 104. 2010 öncesi AYM kararlarını yargısal aktivizm tartışması çerçevesinde değerlendiren bir çalışma için bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, Yetkin, 2009. Yargısal sınırlılık konusunu hem teorik boyutuyla hem de AYM kararları çerçevesinde kapsamlı bir biçimde ele alan güncel bir çalışma için bkz. TÜRK, Ender, **Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini**, Yetkin, Ankara, 2023.

Hem bireysel başvuru kurumunun niteliklerini ve tarihsel yorum ilkesini göz ardı etmeyen hem de AYM'nin Anayasa ve 6216 sayılı AYMKYUHK ile çizilen çerçeve dışına çıkmadan norm denetimi yapmasına olanak tanıyan bir yorum geliştirilebilir mi? Burada bu soru yanıtlanmaya çalışılacaktır.

Bu açıdan bakıldığında, Bölümlerin bir yasal düzenlemenin iptali için Genel Kurula başvurularına olanak tanıyan düzenleme tasarıdan çıkarılmasına karşın, “yasama işlemleri... aleyhine *doğrudan* bireysel başvuru yapılamayacağı”na ilişkin kuralın korunduğu dikkate alınmalıdır. Bu kural, ne Anayasa Alt Komisyonunda, ne Anayasa Komisyonunda ne de TBMM Genel Kurulunda tartışma konusu olmuştur. Tasarıda yer aldığı biçimiyle aynen benimsenmiştir.

Bu durumda, söz konusu kurala ilgili yasanın, hatta Anayasanın ve bireysel başvuru kurumunun amacını ve hem kanunun hem de Anayasal dizgenin (sistemin) bütününe göz önünde bulundurarak bir anlam verilmelidir. Bu çerçevede “yasama işlemlerine karşı *doğrudan* bireysel başvuru yapılamayacağı” ifadesi, bireysel başvurunun *actio popularis* gibi anlaşılamayacağı, ancak hak ihlalinin kaynağını oluşturan yasanın “dolaylı yoldan” bireysel başvuruya konu olabileceği biçiminde yorumlanmalıdır.

Ancak, “Bölümlerce itiraz yolunun işletilmesi” biçiminde özetleyebileceğimiz yöntem tasarıdan çıkarılmış olduğuna göre, “dolaylı yoldan bireysel başvuru”nun tasarıda öngörüldüğü biçimde işletilmesi, yani Bölümlerin incelemekte oldukları başvurularda Anayasaya aykırılık itirazını ileri sürerek sorunu Genel Kurula iletmeleri, bir başka deyişle re’sen Anayasaya uygunluk denetimi sürecini başlatmaları yukarıda da belirtildiği gibi, uygun olacaktır.

“Yasama işlemlerine karşı dolaylı yoldan bireysel başvuru”nun iki durumda mümkün olabileceği kabul edilmelidir:

1) Başvurucu bireysel başvurudan önceki aşamalarda Anayasaya aykırılık itirazını derece mahkemeleri önünde dile getirmiş ve itiraz yolunun işletilmesi isteminde bulunmuş ve bu iddiasını ve talebini bireysel başvuruda da yinelemiş ise, artık Bölümler önlerindeki başvuruyu incelerken Anayasaya aykırılık sorununu değerlendirmekten kaçınamazlar. Öncelikle bu itirazın değerlendirilmesi ve çözümlenmesi gerekir. Anayasaya göre norm denetimi yetkisi Genel Kurula ait olduğundan (m. 149/2), bu durumda ilgili Bölüm başvuruyu sonuçlandırmadan konuyu Genel Kurula taşıyabilmelidir.

2) Bilindiği gibi AYM İçtüzüğüne göre (m. 28/3), “Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir.” ve başvuruyu Genel Kurul önüne götürebilir. Bu tür bir durumda, yine Anayasaya aykırılık itirazının derece mahkemeleri önünde dile getirilip ciddi bulunmamış olması koşuluyla ve Bölümlerin de bu konuyu bir biçimde gözden kaçırıp Anayasaya uygunluk denetimi istemi olmaksızın Genel Kurula gönderdiği başvurularda, Genel Kurul bireysel başvuruyu incelerken, ihlalin yasadan kaynaklandığı kanısına varırsa, incelemeyi durdurup önce yasanın Anayasaya uygunluğu sorununu çözüme kavuşturmalı, ardından bireysel başvuru incelemesini sonuçlandırmalıdır. Bununla birlikte bu denli önemli bir konuda Bölümlerin sorunu gözden kaçırmasının pek olası görünmediği de belirtilmelidir.

Görüldüğü gibi, bireysel başvuruda norm denetiminin yapılabilmesinin tek yolu, Anayasaya aykırılık savının derece mahkemeleri önünde dile getirilmiş olmasıdır. Bunu yapmamış olan bir başvurucunun ilk kez AYM önünde ihlalin yasadan kaynaklandığını ileri sürmesi “yasaya karşı doğrudan bireysel başvuru yapılması” anlamına gelir ve bireysel başvuruyu *actio popularis*’e döndürür. Bu nedenle, eğer önceki aşamalarda Anayasaya aykırılık itirazı ileri sürülmemişse AYM de kendiliğinden (re’sen) aykırılığı dikkate alıp norm denetimine girişemez. Yapması gereken mevcut uygulamayı sürdürmesi ve ihlalin kaynağında yasanın bulunduğunu saptadıktan sonra kararın bir örneğini TBMM’ye ve yeniden yargılamanın olanaklı olduğu durumlarda derece mahkemesine göndermesidir. Bundan sonra söz konusu organların “hukuk devleti refleksi” ile harekete geçip ya yasayı değiştirmesi (TBMM) ya da itiraz yolunu işletmesi (mahkeme) beklenmelidir.

Öte yandan “hukuk devleti refleksi” yalnızca kararın yöneldiği mahkemeden ya da TBMM’den beklenemez. Burada tüm mahkemelere ve hatta tüm bireylere düşen görevler de vardır. Bu nedenle bir temel hakkı ya da özgürlüğü ihlal ettiği AYM’ce saptanan ilgili yasa hükmünün görmekte oldukları davalarda “uygulanacak kural” niteliğinde bulunması durumunda bireysel başvuru kararının doğrudan muhatabı olmayan derece mahkemeleri de itiraz yolunu işletebilir.

Benzer biçimde, AYM kararını takiben benzer durumdaki “olası başvurucular görülmekte olan davalarında AYM kararına da dayanarak “ihlalin yasadan kaynaklandığı” gerekçesiyle derece mahkemeleri önünde Anayasa-

ya aykırılık itirazını dile getirmelidirler. AYM kararının hemen ardından “hukuk devleti refleksi” ile zaten kendiliğinden harekete geçmiş olması beklenen derece mahkemelerinin bunu yapmamış olması durumunda bu “olası başvuru”ın itirazı bir tür uyarıcı etkisi gösterecektir. Buna karşın derece mahkemesi itiraz yolunu işletmezse, bu durumda yukarıda değinilen “dolaylı bireysel başvurunun” koşulları gerçekleşmiş olduğundan bireyler son çare olarak AYM’ye başvurduklarında bu kez AYM anılan normu denetleyerek iptal edecektir.

Kuşkusuz sorunun asıl çözümü ve beklenen “asıl hukuk devleti refleksi” yasa koyucunun bu konuda bir düzenleme yapması ve bireysel başvuruda norm denetiminin koşullarını açıkça ortaya koymasıdır.

KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)**, TBMM 23. Dönem, 5. Yasama Yılı, S. Sayısı, 696.
- AYBAY, Aydın/ AYBAY, Rona/PEHLİVAN, Ali, **Hukuka Giriş**, Der., 24. Bası, 2021.
- AYBAY, Rona/ÇELİK, Demirhan Burak, **İnsan Hakları Hukuku**, 6. Bası, Der, İstanbul, 2023.
- BOYAR, Oya, **Anayasal Yorumu** Giriş, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- ERDOĞAN, Murat, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Lykeon, Ankara, 2019.
- European Commission on Democracy Through Law (Venice Commission), **Revised Report on Individual Acces to Constitutional Court**, CDL-AD(2021)001 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)001-e), Erişim Tarihi: 07.12.2024).
- GÖZTEPE, Ece, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Yolunda Somut Norm Denetimi Yoluna Başvurabilir Mi?”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 11, S. 21 (2022), s. 1-30.
- GÖZTEPE, Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Yargısı**, C. 38, S. 1 (2021), s. 43-83.
- GÖZTEPE, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi**, 2011(95), s. 13-40.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara, Yetkin, 2009.
- HARRIS, O’BOYLE/WARBRICK, **Law of the European Convention on Human Rights**, 4th ed., OUP, Oxford, 2018.
- İNCEOĞLU, Sibel, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayınları, 2017.
- JACOBS/WHITE/OVEY, **The European Convention on Human Rights**, 8th. ed., OUP, Oxford, 2021.
- KABOĞLU, İbrahim, **Anayasa Yargısı-Avrupa Modeli ve Türkiye**, 5. Bası, Platon Hukuk, İstanbul, 2024.
- KANADOĞLU, O. Korkut/ŞAHİN, Battal Niyazi, “Anayasa Mahkemesinin Güncel Norm Denetimi ve Bireysel Başvuru Kararları Hakkında Gözlemler”, **Anayasa Yargısı**, C. 39, S. 2 (2022), s.1-33.
- KANDEMİR, Selin, **Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Yolunda Olağan Kanun Yollarının Tüketilmesi Kriteri**, On İki Levha, 2023.
- KARAN, Ulaş, **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası**, On İki Levha Yay., 2018.

- KATIMAN, Esra, **Uluslararası Hukuk Bireysel Başvuru Prosedürü İçinde Mağdur Statüsü**, On İki Levha, 2016.
- AYM (Genel Kurul), **Keser Altıntaş Başvurusu (B. No. 2023/18536)**, 14.03.2023.
- LEACH, Philip, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, 4th ed., OUP, Oxford, 2017.
- ODER, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, Beta, 2010.
- ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Yargısında Norm Denetimi**, Yetkin, Ankara, 2023.
- SAĞLAM, Fazıl “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, GÖZTEPE, Ece/ÇELEBİ, Aykut (haz.) **Demokratik Anayasa**, Metis, İstanbul, 2012, s. 418-466.
- TÜRK, Ender, **Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini**, Yetkin, Ankara, 2023.
- ÜLGEN, Özen, **İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme**, Beta, İstanbul, 2013.
- YANCI ÖZALP, Nihan, **Türkiye’de Aktivizm ve Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu**, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- YILDIZ, Ceren, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021: 1, s. 367-415.
- YILMAZ, Furkan, **Hukukta Yorumun Sınıfsallığı**, On İki Levha, İstanbul, 2024.

AYM Kararları

- AYM, E.1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998.
- AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011.
- AYM, E. 2011/59, K.2012/34, K.T. 01.03.2012.
- AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 01.06.2023.
- AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, 22.02.2023.
- AYM, E. 2023/132, K. 2023/183, 26.10.2023.
- AYM, E. 2024/81, K. 2024/189, 05.11.2024.
- AYM, A.A.K. ve Diğerleri Başvurusu (B. No. 2016/43088), 31.12.2020.
- AYM (Genel Kurul), Ali Kömürcü ve Diğerleri Başvurusu (B. No. 2019/2890), 25.10.2023.
- AYM (Genel Kurul), Artı Media Gmbh Başvurusu (B. No. 2019/40078), 14.09.2023.
- AYM (Genel Kurul) Atilla Yazar ve Diğerleri Başvurusu (B. No. 2016/1635), 05.07.2022.
- AYM, Ayşe Sevtap Uzun Başvurusu (B. No. 2013/6260), 13.04.2016.
- AYM (Genel Kurul) Bedrettin Morina Başvurusu (B. No. 2017/40089), 05.03.2020.
- AYM (Genel Kurul), Bekir Sözen Başvurusu (B. No. 2016/14586), 10.11.2022.

- AYM (Genel Kurul), **Büyük Birlik Partisi ve Diğerleri Başvurusu (B. No. 2014/8842)**, 06.01.2015.
- AYM, **Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusu (B. No. 2014/8843)**, 10.12.2015.
- AYM (Genel Kurul), **E.Y. Başvurusu (B. No. 2018/10482)**, 14.12.2022.
- AYM, **Fatih Özeltin ve İbrahim Esinler Başvurusu (B. No. 2019/17374)**, 29.11.2023.
- AYM (Genel Kurul) **Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. Başvurusu (B. No. 2019/40991)**, 23.03.2023.
- AYM, **G.I. ve Diğerleri Başvurusu (B. No. 2017/5849)**, 24/3/2021.
- AYM, **Gülsim Genç Başvurusu (B. No. 2013/4439)**, 06.03.2014.
- AYM (Genel Kurul), **Hamit Yakut Başvurusu (B. No. 2014/6548)**, 10.06.2021.
- AYM (Genel Kurul), **Hulusi Yılmaz Başvurusu (B. No. 2017/17428)**, 01.12.2022.
- AYM (Genel Kurul), **Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu (B. No. 2020/22192)**, 17.05.2023.
- AYM, **Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (B. No. 2014/15571)**, 05.04.2018.
- AYM (Genel Kurul), **Keser Altıntaş Başvurusu (B. No. 2023/18536)**, 14.03.2023.
- AYM (Genel Kurul) **Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu (B. No. 2018/14884)**, 27.10.2021.
- AYM, **Malaklar İnşaat Taahhüt Gıda Maden Sanayi ve Ticaret A.Ş. (2) Başvurusu (B. No. 2018/3296)**, 30.06.2021.
- AYM, **Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem Başvurusu (B. No. 2015/7942)**, 28.05.2019.
- AYM (Genel Kurul), **Mohamma Salem Pashto ve Nazi Salem Başvurusu (B. No. 2019/26339)**, 17.05.2023.
- AYM (Genel Kurul), **Mohammad Atamleh Başvurusu (B. No. 2020/9691)**, 29.02.2024.
- AYM, **Murat Aydın Başvurusu (B. No. 2019/23779)**, 26.07.2022.
- AYM, **Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu (B. No. 2014/5836)**, 16.04.2015.
- AYM (Genel Kurul), **Nevriye Kuruç Başvurusu (B. No. 2021/58970)**, 05.07.2022.
- AYM (Genel Kurul), **Sabri Uhrağ Başvurusu (B. No. 2017/34569)**, 29.12.2020.
- AYM, **Sevim Akat Eşki Başvurusu (B. No. 2013/2187)**, 19.12.2013.
- AYM (Genel Kurul), **Süleyman Başmeydan Başvurusu (B. No. 2015/6164)**, 20.06.2019.
- AYM (Genel Kurul), **Süleyman Kurtel Başvurusu (B. No. 2016/1808)**, 22.01.2021.
- AYM (Genel Kurul), **Şahin Alpay (2) Başvurusu (B. No. 2018/3007)**, 15.03.2018.
- AYM (Genel Kurul), **Tarık Yüksel Başvurusu (B. No. 2019/1255)**, 10.11.2022.

AYM (Genel Kurul), **Türkiye Devrimci Kara, Hava ve Demiryolu Taşımacılığı İşçileri Sendikası Başvurusu (B. No. 2020/34550)**, 15.02.2024.

AYM, **Yaman Akdeniz Başvurusu (B. No. 2015/6599)**, 26.12.2018.

AYM (Genel Kurul), **Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu (B. No. 2016/5903)**, 10.03.2022.

AYM (Genel Kurul), **Yıldız Ceylan Var Başvurusu (B. No. 2020/10490)**, 25.07.2023.

AYM (Genel Kurul), **Yıldız Eker Başvurusu (B. No. 2015/18872)**, 22.11.2018.

AYM (Genel Kurul), **Y.T. Başvurusu (B. No. 2016/22418)**, 30.05.2019.

AIHM Kararları

European Court of Human Rights, **Case of Altuğ Taner Akçam v. Turkey (Appl. No. 27520/07)**, 25.10.2011.25.10.2011.

European Court of Human Rights, **Case of Dudgeon v. United Kingdom (Appl. No. 7525/76)**, 22.10.1981.

European Court of Human Rights, **Case of Klass and others v. Germany (Appl. No. 5029/71)**, 06.09.1978.

European Court of Human Rights, **Case of Norris v. Ireland (Appl. No. 10581/83)**, 26.10.1988.

European Court of Human Rights, **Case of Modinos v. Cyprus (Appl. No. 15070/89)**, 22.04.1993.

European Court of Human Rights, **Case of Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Turkey (Appl. No. 20577/05)**, 22.10.2013.

European Court of Human Rights, **Case of Roman Zakharov v. Russia (Appl. No. 47143/06)**, 04.12.2015.

CEZA HUKUKUNDA KUSUR İLKESİNİN ANAYASAL TEMELLERİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ^(**)

Öz: Anayasalarda kusur ilkesinin ceza sorumluluğunun esasını oluşturduğuna dair açık hükümlere genellikle rastlanmaz. Bu sebeple, kanun koyucunun, failin kusurlu olmasa bile cezalandırılabilmesine yönelik bir kural ihdas etmesi halinde bunun anayasaya aykırı olup olmayacağı ve şayet anayasaya aykırıysa bunun nasıl gerekçelendirileceği kusur ilkesinin anayasal dayanaklarının belirlenmesini gerektirir.

Bu çalışmada, Türk ve Alman ceza hukuku doktrindeki görüşler ve her iki devlet Anayasa Mahkemelerinin kararlarında benimsedikleri gerekçeler sorgulamaya tabi tutulmuştur. Ceza hukukunun temel ilkelerinin başında gelen kusur ilkesine anayasalarda yer verilmesinin dahi gerekmediği ve bu ilkenin yazılı olmayan anayasal bir prensip olduğu argümanına karşılık onun mutlaka pozitif anayasa metniyle ilişkilendirilmesi gerektiği noktasından hareket edilen bu çalışmada, başta hukuk devleti olmak üzere ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve insan onuruna saygı konseptinin kusur ilkesini gerekçelendiremeyeceği; bunun için anayasanın esas aldığı normatif kişi modelinin özelliklerinin pozitif anayasa metninde karşılık bulduğu hükümlere başvurulması gerektiği savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kusur, Anayasal Temeller, Anayasanın Esas Aldığı Kişi Modeli, Cezanın Sosyal Anlamı, Katı Sorumluluk.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 27.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 27.05.2025.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: gokhan.olmez@hbu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0555-7866>.

CONSTITUTIONAL BASIS OF THE PRINCIPLE OF CULPABILITY IN CRIMINAL LAW

Abstract: Constitutions generally don't contain explicit provisions stating that the principle of fault is basis of criminal liability. Therefore, if the legislator introduces a rule that the perpetrator can be punished even if he/she is not at fault, whether this would be unconstitutional or not, and if it is unconstitutional, how it would be justified, requires the determination of the constitutional foundations of principle of fault.

In this study, views in Turkish and German criminal law doctrine and the justifications adopted by the constitutional courts of both states in their decisions are subjected to an interrogation. In contrast to the argument that principle of fault, which is one of the fundamental principles of criminal law, does not need to be included in the constitutions at all and this principle constitutes an unwritten constitutional principle, this study argues that its relationship to positive constitutional text must be established. This study argues that the rule of law, the principle of individuality of criminal responsibility and the concept of respect for human dignity cannot justify fault principle; for this purpose, it is necessary to refer to provisions which the characteristics of the normative person model of the Constitution in the positive constitutional text.

Keywords: Culpability, Constitutional Basis, Constitutional Person Model, Social Significance of Punishment, Strict Liability.

GİRİŞ

Kıta Avrupası ceza hukuk sisteminin, başta Alman ceza hukuku olmak üzere Türk ceza hukuku bakımından da temel ilkelerinin başında kusur ilkesi gelir. Her iki ülke ceza kanunu da kusur konseptini esas alarak kusuru ceza sorumluluğun esası olarak kabul eder ve “kusursuz ceza olmaz (*nulla poena sine culpa*)” prensibi, her iki sistemin de temel yapı taşı oluşturur. Ancak kusur ilkesi ne Alman Anayasasında ne de 1982 Anayasasında açıkça düzenlenmiştir.

Kanun koyucu tarafından ihdas edilen münferit bir düzenleme çerçevesinde cezalandırma için “kusur” şartının öngörülmemesi mümkün müdür? Örneğin kanun koyucu 10 yaşındaki bir kimsenin cezalandırılabilmesini öngörebilir mi? Ya da cebir ve tehdit etkisi altında olsa bile suç işleyen kişinin cezalandırılacağını öngören bir ceza hukuku düzenlemesinin akıbeti ne olur? İşte bu soruların cevaplanabilmesi için “kusur ilkesinin anayasal temellerinin” bulunup bulunmadığının ve şayet mevcutsa bunları hangi anayasal esasların oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir.

Alman ceza hukuku literatüründe kusur prensibinin anayasal olarak bağlayıcı olduğu ileri sürülmekte¹ ve bu doğrultuda prensibin anayasal dayanakları hakkında gerekçeler ortaya koyulmaktadır. Türk hukukunda ise konuyu detaylarıyla ele alan çalışmalar sınırlı sayıdadır. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle kusurun muhtevasına kısaca değinildikten sonra Alman literatüründe kusur prensibinin anayasal esaslarına dair ileri sürülen görüşlere yer verilecek, Alman Anayasa Mahkemesi’nin (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) benimsediği argümanlar ele alınacak ve konu Türk doktrininde ileri sürülen görüşler, 1982 Anayasası hükümleri ve AYM kararları çerçevesinde değerlendirilecektir. Nihayet TCK’nın 34. maddesinin 2. fıkrası, bu aşamaya kadar ulaşılan sonuçlar çerçevesinde irdelenecektir.

I. CEZA SORUMLULUĞUNUN DOGMATİK ESASI OLARAK KUSUR

Ceza hukukunda kişinin cezalandırılabilmesi için suçun işlenmiş olması yeterli değildir; failin aynı zamanda kusurlu addedilmesi de gerekir. Kusur, ceza sorumluluğunun, suç teşkil eden haksızlıkla birlikte esasını oluşturur. Ceza hukuku dogmatığının tarihçesi kapsamında kusurun muhtevasına ve

¹ Bu konuda yalnızca bkz. STÄCHELIN Gregor, *Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, s. 252.

suçun yapısındaki konumuna yönelik olarak benimsenen üç temel anlayıştan bahsedilebilir²; bunlar psikolojik kusur, normatif kusur ve fonksiyonel kusur konseptleri olarak tasnife tabi tutulabilir.

Türk ceza hukuku sisteminde olduğu gibi başta Almanya olmak üzere Kıta Avrupası ceza hukuku sistemlerinin genelinde suçun manevi unsurları olarak kabul edilen kast ve taksiri, kusurluluk türleri olarak kabul eden “psikolojik kusur konsepti” kapsamında kusur; failin fiili ile arasındaki sübjektif bağlantıyı ifade eder³. İsnat yeteneğinin ön şartını oluşturduğu bu kusur modelinde failin psikolojik faaliyeti ile netice arasındaki ilişki, kusurluluğun konusudur⁴ ve dış dünyada cereyan eden haksızlığın objektif unsurlarıyla iradenin içeriği birbirlerinden tamamen soyutlanarak bu iradenin içeriği suçun sübjektif unsuru kabul edilen kusuru oluşturur⁵. Bu anlayışın esası, tüm hukuki kavramları doğa bilimleri tarafından anlamlandırabilecek ampirik gerçeklere dayandırmaya çalışan 19. yüzyılın sonlarına hâkim olan doğa bilimleri temelli (pozitivist) metoda dayanır. Psikolojik kusur konsepti, ceza hukuku sorumluluğunu ilkel mahiyetteki salt nedensellikten kaynaklanan netice sorumluluğu olmaktan kurtarması açısından önem taşımaktadır. Failin suç oluşturan haksızlığa yönelen iradesinin içeriğinin kusurun konusunu oluşturduğu psikolojik kusur konseptinin temel sorunu, kusurun tamamen sübjektif bir değerlendirmenin konusu haline getirilmesiyle hukuk sisteminin normatif beklentilerinin kusurun tespitinde rol oynayamamasıdır⁶. Bu

² Ceza hukuku dogmatğinde kusur konseptlerinin gelişimine dair bilgi için bkz. TALAS Serdar, *Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 40 vd.

³ Detaylı bilgi için yalnızca bkz. MERAKLI Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 106-121.

⁴ İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 17. Buna göre kusurluluk; *suçun kurucu unsurlarından manevi unsurun esasını teşkil eder ve iradenin netice ile ilgili özel durumundan ibarettir*, İÇEL, s. 18. Psikolojik kusur anlayışında isnat yeteneğine sahip olmayanlar kasten veya taksirle hareket edemezler. DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II*, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1999. s. 143 kn. 844. Taksir bakımından söz konusu belirlmelere ilişkin bkz. İÇEL, s. 20-21.

⁵ GÖKTÜRK, Neslihan: *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin, Ankara, 2016, s. 1. Bu anlayışta, haksızlık bilinci de kastın kapsamına dahildir, GÖKTÜRK, s. 5.

⁶ *Feuerbach*’ın psikolojik kusur modeline dair tespit ve eleştiriler için bkz. TOEPEL Friedrich: “The Fault Element in the History of German Criminal Theory: With Some General Conclusions for the Rules of Imputation in a Legal System”, *Criminal Law and Philosophie*, C. 6, 2012, ss. 167-186, s. 169-170.

anlayış Kıta Avrupası ceza hukukunda baskın konumunu yitirmiş ve yerini normatif kusur teorisine bırakmıştır⁷.

A. Normatif ve Fonksiyonel Kusur Konseptleri

Normatif kusur konsepti uyarınca kusur, işlenen suçla bağlantılı olarak failin *iradesinin oluşum koşulları* çerçevesinde hakkında bulunulan kınama yargısıdır⁸. Fail ile hukuka aykırı nitelikteki fiili arasındaki psikolojik bağ ifade eden ve bundan dolayı *iradenin içeriğiyle* ilgili olan hususlar ise kusurun muhtevasına değil suçun sübjektif unsurlarına ilişkin olarak ele alınmaktadır. Psikolojik kusur konseptinde, kusurun içeriğine dahil olan sübjektif unsurlar; normatif kusur anlayışı kapsamında failin suç oluşturan fiilinin varlığı ve haksızlığın unsurlarının tespitinden sonra onun şahsi özellikleri ile fiilin gerçekleştirildiği aktüel koşullar dikkate alınarak işlediği suç dolayısıyla kınanabilmesini sağlayan şartların varlığının tetkik edilmesini gerektirecek şekilde evrimleşmiştir⁹.

Normatif kusur konseptinde kusurun muhtevasını, psikolojik kusur konseptinden farklı olarak, failin iradesinin içeriği değil somut davranışta bulunma iradesinin *oluşum koşulları* oluşturur¹⁰. Buna göre, kasten veya taksirli davranışıyla suç işleyen failin iradesini oluştururken sahip olduğu kişisel özellikler ve bu iradenin oluşmasına sebebiyet veren dışsal koşullar kusurun tespitinde rol oynar. Normatif kusur anlayışında kusur, failden hareketle gerekçelendirilir; haksızlığın unsurları arasında yer almayan kusur, suçu işlediği belirlenen fail hakkında bulunulan kınama yargısını ifade eder. Bu itibarla normatif kusur konseptinde haksızlık (*Unrecht*) ve kusur (*Schuld*) ayrımı benimsenerek ceza hukuku haksızlığının gerçekleştirilebilmesi için faile kusur isnadiyetinde bulunulabilmesi zorunluluk oluşturmamaktadır. Buna göre, normatif olarak hukuk kuralların gerekliliklerini yerine getirme

⁷ Ceza hukuku doktrini tarafından genel olarak kabul edildiğinin aksine, normatif kusur anlayışının hiçbir zaman psikolojik kusur anlayışının “yerini” almadığı zira psikolojik kusur konseptinin tek başına hiçbir dönemde dominant olarak kabul edilmediği; normatif kusur konseptinin ise her dönemde yansımalarını barındırdığına dair tespit ve eleştiri hakkında bkz. MONTENEGRO Lucas / RENZIKOWSKI, Joachim, “Vom psychologischen zum normativen Schuld begriff? Nacherzählung einer Wende, die es so nicht gab”, *Schuldgrundsatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, ss. 77-97, s. 78, s. 96-97.

⁸ Bu hususta yalnızca bkz. JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 420; WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 139-140.

⁹ TOEPEL, s. 173-174; GÖKTÜRK, s. 8.

¹⁰ WELZEL, s. 139.

beklentisinin kendisine yönlendirilebildiği kişilerin ceza sorumluluğu vardır. Normun beklentisini anlamlandırma ve davranışlarını bu beklentiye göre yönlendirebilme yeteneğine sahip olan fail tarafından “*başka türlü hareket etme imkanının (Anders Handeln Können) kullanılmaması*” kusur kınamasının esasını oluşturur¹¹. Salt kişinin davranışının kınanabilir (kusurlu) olması onun kamusal cezalandırmanın muhatabı olması için başlı başına yeterli değildir; cezalandırmanın aynı zamanda toplumsal önleme amacına da hizmet etmesi gerekir¹². Bir diğer ifadeyle, suç oluşturan davranışın salt kınanabilir iradenin ürünü olması cezalandırmanın başlı başına meşruiyet dayanağını oluşturamaz ve cezalandırmanın mutlaka toplumsal bir amaca da hizmet etmesi gerekir.

Fonksiyonel kusur anlayışında ise kusur sadece cezalandırılabilmenin bir şartı olmayıp -normatif kusur konseptinin benimsediğinin aksine- bizzat *ceza hukuku haksızlığının* bir unsurudur. Buna göre; davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinden mahrum olan bir akıl hastasının ya da henüz davranışlarının toplumsal önemini anlamlandırma yeteneğine sahip olmayan bir çocuğun¹³ gerçekleştirdiği davranış “normun toplumsal stabilizasyonunu¹⁴” etkilemez ve

¹¹ LAGODNY Otto, **Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte**, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, s. 368, 406; FRISCH Wolfgang, “Keine Strafe ohne Schuld-Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften”, **Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens (Beiträge von 1977-2018)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, ss. 153-180, s. 153-154; MERAKLI, s. 292-293; TOEPEL, s. 176-177.

Kusurun içeriğine dair benimsenen bu kritere yönelik “*irade özgürlüğünün kanıtlanmasının mümkün olmamasından*” hareketle geliştirilen eleştiri için bkz. ROXIN Claus / GRECO Luis, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre**, C.H. Beck, München, 2020, § 19 kn. 21-22. İrade özgürlüğünün mevcudiyetine ilişkin skeptik bir tutum benimseyen yazarlar, özgürce karar verebilme imkanına sahiplikten hareketle kusurun esas olarak “başka şekilde hareket edebilme imkanının kullanılmaması” kriteri yerine “normatif olarak muhatap alınabilirlik (*normative Ansprechbarkeit*)” esasını ikame etmektedir. Kanaatimizce normatif kusur anlayışından hareketle ulaşılan sonuçlar bakımından bu ayırımın doğrudan doğruya bir farklılık oluşturduğu söylenemez.

¹² ROXIN/GRECO, § 19 kn. 3 ve 6.

¹³ Gerek normatif gerekse de fonksiyonel kusur konseptinde de bu tarz kişiler cezalandırılmaz. Ancak cezasızlığın gerekçesi esaslı bir şekilde farklılık gösterir: Normatif kusur konseptinde de bu kişilerin gerçekleştirdikleri bir norm ihlali (haksızlık) mevcuttur ancak bu kişiler toplumsal olarak kınanamadıkları (kusurlu addedilmedikleri) için cezalandırılmazlar. Fonksiyonel kusur anlayışında ise bu kişilerin gerçekleştirdikleri davranışlar normatif olarak norm ihlali şeklinde nitelendirilemez zira bu kişiler normun muhatabı olma yetkinliğine sahip değildirler. Norm ihlali bulunmayan bir durumda cezalandırma normun stabilizasyonuna katkı sağlamaz.

¹⁴ Sosyal ortamda norma uygun davranışta bulunulmasına yönelik beklentinin standartlaşması, toplumu oluşturan bireylerin norm yöneliminin sağlanması; hukuk sisteminin işlevselliğinin oluşturulmasını ve sosyal düzenin sağlanmasını olanaklı hale getirir. Dolayısıyla ceza hukuku temelinde bu “beklentiyi” korur.

bu sebeple ceza hukuku sisteminin ilgilendiği bir haksızlık motifi oluşturmaz. Normun geçerliliği ve onun toplumsal stabilizasyonu ancak kusurlu gerçekleştirilen norma aykırı davranış inkâr edebilir¹⁵. Kendisine kusur izafe edilebilmesi mümkün olmayan (fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlamlandırarak davranışının hukukten tasvip edilmeyen nitelikte olduğunu idrak etme ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinden mahrum) kişiler aktüel olarak normun muhatabı addedilemedikleri için bu kişilerin davranışları norm ihlali veya başka bir ifadeyle, norm stabilizasyonunu tehdit eden bir eylem olarak nitelendirilemez. Zira kusur isnadiyetinde bulunulamayan kişilerle ceza hukuku sistemi normatif bir iletişim tesis edemez.

Fonksiyonel kusur anlayışı doğrudan cezanın (pozitif) toplumsal önleme amacına yönelir. Bu kapsamda kusurun içeriğini; *toplumsal düzenin korunabilmesi için yerine getirilmesi gereken beklentilere uygunluğun sürdürülebilmesi* amacına yönelik ihtiyaçlar oluşturur¹⁶. Dolayısıyla fonksiyonel olarak kusur, kişiden (suç işleyen failden) hareketle değil; sosyal sistemden hareketle açıklanır. Toplumsal bir alt sistem olarak ceza hukukunun konusunu da toplumun korunması ihtiyacına uygun şekilde cezanın tatbikinin şartlarını belirlemek oluşturur¹⁷. Bir diğer ifadeyle, somut durumun koşullarına bağlı olarak belirlenecek norma uyma beklentisinin içeriği “cezanın amacına”, normun toplumsal stabilizasyonunun gereklilik seviyesine bağlıdır¹⁸. Fonksiyonel kusur konseptinde; kusurun cezayı (hatta ceza hukuku haksızlığını) gerekçelendirme işlevi bulunmakla birlikte doğrudan cezayı sınırlan-

¹⁵ Ceza hukuku haksızlığının temel motifini normun geçerliliğinin inkarında değil hukuki menfaat ihlalinde (*Rechtsgutverletzung*) bulan anlayış kapsamında ise “haksızlık”, failin gerçekleştirdiği hukuki menfaat ihlalinin kusurlu olmaması halinde dahi mevcuttur. Kusur, bu haksızlıktan dolayı sorumluluk cihetine gidilebilmesinin bir şartıdır.

¹⁶ JAKOBS Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil -Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch-*, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 17/22.

¹⁷ JAKOBS Günther, “Das Schuldprinzip”, *Strafrechtswissenschaftliche Beiträge: Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, ss. 676-693, s. 686. Ayrıca bkz. TALAS, s. 60 ila 62.

¹⁸ JAKOBS, 1991, 17/3. *Jakobs* tarafından yalnızca soyut olarak cezanın amacından hareketle kusurun içeriğinin belirlenemeyeceği, cezanın amacının toplumun yapısı (*gesellschaftliche Verfassung*) dikkate alınarak anlamlandırılabilceği, bu itibarla cezanın amacı ile toplumun somut yapısının birbirleriyle uyumlu biçimde dikkate alınarak kusur öğretisinin içeriğinin şekillendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. *Jakobs*’un fonksiyonel kusur anlayışı çerçevesinde esas aldığı cezalandırmanın amacı “pozitif genel önleme”, normun genel geçerliliğinin korunmasıdır, JAKOBS, 1991, 17/22. *Jakobs*’a göre, kişinin kusurunun gerektirdiğinden daha az cezalandırılması mümkün olmamalıdır. Bu tarz bir yaklaşım normun toplumsal stabilizasyonuna zarar verir. Bununla birlikte, toplumsal norm stabilizasyonuna daha fazla katkı vermesi mümkünse failin cezalandırılmasına alternatif birtakım yöntemler benimsenebilir.

dırma işlevi bulunmaz¹⁹. Bu kapsamda cezanın miktarının belirlenmesi bakımından, pozitif genel önleme amacı ve ölçülülük ilkesi dikkate alınır²⁰. Normatif manada kusurun konusunu oluşturan norm ihlalinin ötesine geçilerek failin şahsi özelliklerinin de kusurun konusu yapılması, fonksiyonel kusur anlayışının özelliklerinden birini oluşturur²¹.

Fonksiyonel kusur anlayışına genel olarak; kusurun cezayı sınırlandırma işlevini ortadan kaldırması, suçta tekerrür halinde failin kusurunun yoğunlaştığı kabul edilerek²² artık onun adeta toplum düşmanı şeklinde vasıflandırılabilmesi ve bu itibarla kişi silikleştirilerek toplumun korunması pahasına onun ikinci plana atılması suretiyle araç haline getirilmesi eleştirileri yöneltilmektedir^{23,24}.

B. Kusurun Unsurları

Kişinin özgür iradesiyle hareket etme yeteneği içsel ve dışsal nitelikteki farklı faktörlerden etkilenebilir. Bu kapsamda bireyin şahsi özellikleri, olgusal nitelikteki zorlayıcı koşullar veya karar alma mekanizmasını tetikleyen psikolojik mahiyetteki heyecan, korku gibi hisler kişinin iradesinin oluşu-

¹⁹ Bu hususta bkz. JAKOBS, 2017, s. 667. Kusur esas alınmadan, tamamen cezanın amacından hareketle yapılan cezalandırma kişiyi “obje” konumuna indirger; kusurun, cezanın amacına ulaşmasını engelleyecek ölçüde dikkate alınması ise cezanın toplumsal fonksiyonunun yitilmesine sebep olur, s. 667.

²⁰ Ölçülülük ilkesinin cezanın belirlenmesinde kusurun yoğunluğunu ikame edebilir olup olmadığı hakkında tartışma ve değerlendirme için bkz. MERAKLI, s. 64-66. Bu noktada ayrıca, salt ölçülülük ilkesinden hareket edildiği takdirde bazı temel menfaatlerin korunması amacına binaen kusurun cezalandırmanın şartı olarak görülmeyebileceği ileri sürülebilir, LAGODNY, s. 370 ila 373.

²¹ Fonksiyonel kusur konseptinde kusurun amaca uygun cezalandırmayı gerekçelendirmediği tam tersine amaca uygun cezalandırmanın kusuru gerekçelendirdiği eleştirisi hakkında bkz. FRISTER Helmut, **Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, s. 17.

²² JAKOBS, 1991, 17/26. Kişinin normun geçerliliğini sürekli tehdit etmesi onun daha ağır cezalandırılmasının normatif gerekçesini oluşturmaktadır. Bu kapsamda Amerikan hukukunda, üçüncü suçtan sonra daha ağır cezalandırma ve koşullu salıverilmeden yararlanamama sonuçları öngören (*three strike and you're out*) sisteme dair bkz. SIMMLER Monika, “Strict Liability and Purpose of Punishment”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, 2020, C. 23, S. 4, ss. 516-564, s. 557.

²³ Konseptte yönelik eleştiriler için bkz. ROXIN Claus, “Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland”, **GA**, Y. 158, S. 12, 2011, ss. 678-695, s. 690-694; LAGODNY, s. 375.

²⁴ Fonksiyonel kusur anlayışında, cezalandırılabilirlik için kusura anayasal bir dayanak bulunmasının zorunlu olmadığına dair bkz. FRISTER, S. 17. Nitekim *Jakobs*, kusur ilkesine genel olarak anayasal dayanak öngülendiğinden bahsetmekle birlikte kendisi bizzat bu yönde herhangi bir belirlemede bulunmaktan kaçınmaktadır, JAKOBS, 1991, 17/29.

munu etkileyerek onun davranışını hukukun icaplarına göre yönlendirebilmesini engelleyebilir.²⁵ Bu tarz durumlarda davranışlarını özgürce yönlendirilebilmesi mümkün kabul edilmeyen kişinin ceza sorumluluğuna ilişkin ulaşılabilecek yargı da farklılık gösterir.

Bu kapsamda kusurun normatif içeriği esas olarak iki temel değerlendirme noktasından hareketle belirlenir: Beklenebilirlik (*Zumutbarkeit*) ve kaçınılabilirlik (*Vermeidbarkeit*). Failin hukuka uygun davranışta bulunmasının olayın aktüel koşulları itibarıyla beklenebilir olması veya onun şahsi özellikleri itibarıyla hukuka aykırı davranışta bulunmaktan kaçınabilir adedilebilmesi; kınanabilirliği (*Vorwerfbarkeit*) gerekçelendirir²⁶. Bu itibarla, kusurun barındırdığı kınama yargısının içeriğini; failin mevcut dışsal koşullar bakımından *beklenebilir* olan hukuka uygun davranışta bulunma yükümlülüğünün gereklerini, şahsi olarak kaçınılamaz bir sebebin etkisi altında bulunmaksızın yerine getirmemesi oluşturur. Dolayısıyla kusur, failin iradesini oluştururken tabi olduğu dışsal ve içsel koşulların değerlendirilmesi suretiyle normatif olarak tespit edilen kınama yargısıdır. Söz konusu kınama yargısının esasını; failin *başka türlü hareket edebilme imkânı* (*Anders-Handeln-Könnens*) varken haksızlığı gerçekleştirmesi oluşturur²⁷.

Beklenebilirlik kapsamında; dışsal bir takım zorlayıcı koşulların varlığı halinde failin iradesini serbestçe şekillendirme yeteneğinin zorlanması ve bu koşulların etkisiyle oluşturulan iradenin ürünü olan davranışın kınanabilir olmaması söz konusudur. Şayet kişinin içinde bulunduğu durumun olağandışı koşulları veya etkileri itibarıyla davranışlarını hukukun gerekliliklerine uygun olarak yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde etkilendiği kabul edilebiliyorsa artık ondan hukuka uygun hareket etmesi *beklenemez*. Beklenebilirliğin ölçütü hukuk düzeninin normatif/objektif kıstaslarına göre belirlenir²⁸. Ceza hukuku terminolojisiyle *mazeret sebeplerinin* varlığı halinde,

²⁵ FRISCH, s. 154.

²⁶ HEINRICH Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016, § 17 kn. 526.

²⁷ Modern kusur konseptinin esasının oluşturulduğu Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGHSt 2, s. 194 vd. Türk literatüründe kararın içeriğine dair bkz. GÖKTÜRK, s. 17-18.

²⁸ Bu hususta açıkça HÖRNLE Tatjana, “Die Verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips”, *Strafrechts und Wirtschaftsstrafrecht Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, München, 2008, ss. 325-343, s. 342. Zorunluluk halinin objektif şartları mevcut bulunduğu, kişinin üçüncü kişi aleyhine sonuç doğuran eylemi dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunun bulunmaması için norma uygun hareket etme beklentisinin gereklerini sübjektif olarak da yerine getiremeyecek durumda bulunması aranmaz. Normatif ola-

failden somut vakıanın koşulları dolayısıyla davranışta bulunma iradesini başka türlü oluşturabilmesi normatif olarak beklenemez²⁹. Beklenebilirlik tespiti konusunu maddi vakıanın, dışsal olayın özellikleri oluşturur. Bu çerçevede; zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisi altında olma, konusu suç teşkil ettiği için hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin koşullarının varlığı halinde ortada bir mazeret sebebi bulunur. Önemle belirtmek gerekir ki, mazeret sebeplerinin mevcudiyetinde dışsal koşulların kişinin davranışı üzerindeki etkisi belirleyici olduğundan, şahsi özelliklerinden kaynaklanmayan bu gibi hallerin etkisi altında gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla kişinin sorumlu tutulamamasının kapsamı sadece ceza ile sınırlı olmayıp kişi hakkında herhangi bir güvenlik tedbiri de uygulanamaz. Zira bu kişinin hukuk düzeni tarafından “bir tehlike kaynağı” olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

Kaçınılabilirlik; failin içsel, sahip olduğu şahsi-psikolojik özellikleri kapsamında haksızlığı gerçekleştirmekten kendisini sakınmasının mümkün olmadığına dair değerlendirmenin konusunu oluşturur. Dolayısıyla bir davranışın kaçınılabilirliği, öncelikle bu davranışın rasyonel nitelikte bir yönlendirici irade tarafından kontrol edilip edilmediğiyle bağlantılı olarak kişinin bireysel özelliklerine göre belirlenir. Şayet kişinin haksızlığı *seçmesinin* temel nedeni; bizzat şahsi olarak bünyesinde barındırdığı bir takım kişisel özellikler dolayısıyla başka türlü hareket etme yeteneğinden yoksun olmasına ilişkinse ortada bir kaçınılmazlık vardır ve bu etki altında gerçekleştirilen haksızlıklar ceza sorumluluğuna esas olmaz. Bununla birlikte, temel olarak şahsi özelliklerinden kaynaklanan bu durumlarda kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir ve onun toplum açısından barındırdığı tehlikelilikle bu suretle mücadele edilebilir. İsnat yeteneği kapsamında; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik kategorik olarak kişinin şahsi özellikleri ekseninde kaçınılmazlık dolayısıyla kusurunun bulunmadığı (ya da etkilendiği) durumları oluşturur. Kaçınılamaz nitelikteki haksızlık yanılığı da failin şahsi özellikleri dolayısıyla gerçekleştirdiği eylemin haksızlık oluşturduğunu

rak hukuk sisteminin beklentilerinden hareketle, kişinin psikolojik durumu esas alınarak değil objektif durumun özellikleri kapsamında kişinin davranışlarını hukukun gerekliliklerine uygun hareket ettirme beklentisinin varlığı belirlenir. Bir diğer ifadeyle, zorunluluk halinden yararlanılabilmesi için kişinin subjektif telakkilerinin değerlendirilmesi gerekmez.

²⁹ Mazeret sebeplerinin hukuki niteliğine ilişkin olarak kapsamlı açıklamalar için bkz CANPOLAT Can, **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir**, Adalet, Ankara, 2016, s. 169 vd., 190 vd., 302-303. *Roxin/Greco*'ya göre, mazeret sebeplerinin varlığı halinde esasen fail “kusurlu” hareket etmektedir ancak onun cezalandırılması önleyici amaçlara hizmet etmeyeceği için söz konusu olmaz, ROXIN / GRECO, § 19 kn. 5, 8, 57.

bilmemesi ve bilebilecek durumda da olmadığının kabul edilebilmesi halinde söz konusu olur. Bu durumda fail kusurlu addedilmez³⁰.

Bu çerçevede kusur, failin şahsi (içsel) özellikleri (kaçınılabilirlik) ve somut koşulların (dışsal) etkileri (beklenebilirlik) göz önüne alınarak değerlendirilir³¹. Kusurun barındırdığı kınama yargısı, bu kapsamda somutlaşarak ceza sorumluluğunun meşruiyetini sağlar. Faili suç işlediği sırada yönlendiren irade üzerinde etkili olan hususların tespiti, bir diğer ifadeyle haksızlığa yönelen iradenin oluşum koşullarının belirlenmesi suretiyle kınanabilirliği hakkında ulaşılan yargı kusurun içeriğini oluşturur³².

C. Kusur İsnadının Barındırdığı Sosyaletik Kınama Yargısı

Kusur ilkesi kapsamında, cezanın sosyaletik kınama yargısı barındırarak diğer yaptırım türlerinden farklılaştığı kabul edilmektedir. Buna göre, kişisel kınanabilirlik (*individuelle Vorwerfbarkeit*) kusurun esasını oluşturur ve bu kınamanın muhtevasını da başka türlü hareket edebilme imkanının (*Möglichkeit des Andershandelns*) kullanılmaması oluşturur. Söz konusu unsur, hukuki nitelikteki kusur yargısının etik-ahlaki bileşenini meydana getirir³³. Buna göre cezalandırılan davranış yalnızca hukuki yaptırıma tabi tutulmamakta aynı zamanda sosyal etik açıdan da kınanmaktadır³⁴. Cezaya diğer yaptırımlardan farklı bir nitelik özgüleyen ilk husus da söz konusu sosyal etik kınama etkisidir. Alman hukukunda cezanın karakteristik özelliğinin özgürlük kısıtlaması veya bir temel hak müdahalesi olmadığı; bu sistemde bulunan cezanın infazından sonra muhafaza altında tutulma (*Sicherungsverwahrung*, Alman Ceza Kanunu (StGB) § 66) uygulamasının da özgürlüğü kısıtladığı ve idari para cezasının da

³⁰ Bununla birlikte, potansiyel haksızlık bilincinin varlığı halinde kişi kusurludur ve işlediği suç dolayısıyla cezalandırılır, GÖKTÜRK, s. 15.

³¹ Yapılan bu ayırım çerçevesinde TCK m. 30/3 kapsamında yer alan “kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata” halinde, failin bu hatadan kaçınılmaz olması durumunda yararlanabileceğine dair düzenlemenin, bu hataya düşülmemesinin fail açısından beklenebilirlik olarak nitelendirilmesi halinde yararlanılabilmesinin mümkün olduğu şeklinde anlaşılması gerekir. Zira bu kapsamda düşülen hata kusurluluğu etkileyen ilgili sebebin “maddi koşullarına” ilişkin olup esasen failin iradesinin içeriğini oluşturan dışsal nitelikteki maddi vakıalarla ilgilidir. Failin şahsi özellikleri kapsamında olmayan bu hatanın ceza hukuku sorumluluğu üzerinde etki doğurabilmesi, kaçınılmazlıkla değil beklenemezlikle ilişkilendirilmelidir.

³² ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 459.

³³ KÜHL, Kristian: “Besonders hohe Grenzen für den Strafgesetzgeber”, *Strafrechtspraxis und Reform Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, ss. 117-134, s. 125.

³⁴ BVerfG tarafından söz konusu unsur sosyaletik nitelikteki değersizlik yargısı (*sozialethischen Unwerturteil*) olarak nitelendirilmektedir, BVerfGE 105, s. 153; BVerfGE 109, s. 167.

tıpkı adli para cezası gibi kişinin ekonomik hürriyetine müdahalede bulunduğu, bu itibarla cezayı bir yaptırım türü olarak diğerlerinden ayıran en temel özelliğin sosyaletik kınama yargısını bünyesinde barındırması olduğu ifade edilmektedir³⁵. Buna göre ne muhafaza altında tutulma ne idari para cezası uygulamasında, cezadan farklı olarak, bir etik kınama yargısı bulunur. İşte bahsedilen sosyaletik kınama yargısının esasını “kusur isnadı (*Schuldsspruch*)” oluşturur. Buna göre, ceza sadece hukuki bir yaptırım değildir. Bu, kanunda öngörülen ceza yaptırımının etik/ahlak alanından kaynaklanan bir değersizlik yargısıyla bağlantılı olmaları dolayısıyla toplumsal fonksiyonunu yerine getirebilmelerinin mümkün olduğu inancına dayanır. Dolayısıyla bir hukuki değersizlik yargısı olarak cezanın aynı zamanda bir de “sosyaletik” kınama yargısı mevcuttur³⁶.

Türk ceza hukuku doktrininde de suç işleyen faile uygulanan cezanın bünyesinde sosyaletik kınama yargısı barındırdığı görüşü, cezanın kusurlu bir biçimde gerçekleştirilen haksızlığın hukuki sonucu olmasından kaynaklandığı gerekçesi çerçevesinde benimsenmektedir³⁷. Buna göre cezaya sosyaletik kınama içeriğini özgüleyen husus, onun kusurlu haksızlığın ürünü olmasıdır. Bu anlayışın temelini, cezalandırmanın kusurun ibrasına (ödetmeye) yönelik olduğu görüşünün benimsenmesi oluşturur. Bununla birlikte, özellikle AİHM kararlarında da sıklıkla vurgulandığı gibi³⁸, devlet tarafından uygulanan bir yaptırımın iç hukukta nasıl nitelendirildiği önem arz etmeksizin onun karakteristik özellikleri itibarıyla “ceza benzeri” addedilmesi halinde³⁹, söz konusu yaptırımın uygulanabilmesi için de cezalandırma için gerekli olan koşulların bulunması gerekir⁴⁰. Bu itibarla teknik olarak “ceza” şeklinde nitelendirilemeyen ancak özü bakımından ceza benzeri addedilerek (*strafähnlich*) ceza muamelesi gören bu yaptırımlar bakımından da “kusur” şartı aranmaktadır⁴¹. *Appel* tarafından, kusur ilkesinin uygulama alanının bu denli genişlemesi sonucunda onun artık ahlaki veya sosyaletik kınama yargı-

³⁵ KÜHL, 2010, s. 125.

³⁶ KÜHL, 2010, s. 125.

³⁷ ÖZGENÇ, s. 792 vd.; KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükmümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 575-576.

³⁸ AİHM, *Engel and the Others v. Netherlands* (1976) Par. 82; *Öztürk v. Germany* (1984) Par. 49; *Jussila v. Finland* (2006) Par. 38; *Bendenoun v. France* (1994) Par. 47.

³⁹ Bu nitelendirmenin yapılabilmesini sağlayan belirli kriterlerin geliştirilmediği hakkında bkz. APPEL Ivo, **Verfassung und Strafe -Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafs-**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, s. 113 ila 115.

⁴⁰ APPEL, s. 112 ila 116.

⁴¹ APPEL, s. 116.

sı mahiyetine sahip olmadığı, daha ziyade salt “sosyal” nitelikte bir kusur anlayışının benimsendiğinin söylenebileceği ileri sürülmektedir⁴².

Bu kapsamda son olarak belirtmek gerekir ki, kusurun mevcudiyeti suç tipinin *haksızlık içeriği* dikkate alınmaksızın formel olarak belirlenir. Maddi kusur anlayışında ise geniş anlamda kusurun içeriği haksızlık içeriği de dikkate alınarak ele alınır. Bu kapsamda; kusur bir cezalandırma için zorunlu koşul olup şayet ihlal edilen ceza hukuku kuralının bizatihi mevcudiyeti “meşru” addedilemiyorsa kusura dayalı cezalandırmanın haklılığı da söz konusu olamaz⁴³.

Ç. Kusur Konseptinin Esas Aldığı Kişi Modeli ve Farklılaşmış Sorumluluk Türü

Kusur konsepti temelinde normatif bir kişi modelini barındırır. Kusur konsepti; kişinin davranışlarının sosyal anlamını öğrenebilme, bu doğrultuda davranışlarını yönlendirebilme, sonuçlarını öngörebilme ve bu sonuçlara katlanma bilincine sahip olmasını içerir. Bu bağlamda kusur ilkesinin temel öncülü, *kişinin özerk karar alma* özgürlüğüne ve yeteneğine sahip olmasıdır⁴⁴. Nitekim sorumluluk, kişinin kendi kararlarından, eylemlerinden ve bunların sonuçlarından bizzat sorumlu olmasını ifade eder⁴⁵.

Ceza hukukunda failin, gerçekleştirdiği norm ihlali dolayısıyla kınanabilir olmasını ifade eden kusurluluk; onun normatif olarak muhatap alına-

⁴² APPEL, s. 116. Buna göre, kabahatlerden kaynaklı sorumluluk için de “kusur” şartı aranmakta olup söz konusu kusurun bünyesinde ahlaki-etik bir kınama yargısını barındırdığından bahsedilemez, Appel, s. 523. Nitekim BVerfG, sadece ceza hukuku haksızlığı türü olarak suç dolayısıyla uygulanan adli yaptırımlar için değil ceza benzeri yaptırım (*strafähnliche Sanktion*) içeren haksızlıklar açısından sorumluluk için kusur şartı aramaktadır, BVerfGE 20, s. 335; BVerfGE 80, s. 255. Appel’e göre, yaptırım öngören tüm düzenlemelerin “ceza benzeri” olarak nitelendirilmesi halinde, yaptırım uygulanabilmesi için aranan kusur şartının artık salt ceza hukuku sisteminin yapısına uygun olarak ele alınması mümkün olmaz. Sosyaletik kınama ise kusurun bir bileşeni değildir.

⁴³ STUCKENBERG Friedrich, “Funktionale Schuldbegriffe”, *Schuldgrundsatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, ss. 129-142, s. 137 dn. 59.

⁴⁴ JESCHECK / WEIGEND, s. 407-408. Bu çalışmada irade özgürlüğünün mevcudiyeti normatif-toplumsal bir postulat olarak kabul edilerek indeterminist bir bakış açısıyla konu ele alınmaktadır. Determinist bir yaklaşım benimsendiği takdirde; irade özgürlüğünün reddi ve kusur ilkesinin ceza sorumluluğunu açıklamak konusundaki “ilgisizliği” kabul edilmiş olur. Bu konuda kısa ancak özlü açıklamalar için bkz. CRESPO Eduardo Demetrio, “Schuld und Strafzwecke”, *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2011, ss. 689-704, s. 690-693; ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 1992, s. 228 ila 230. Daha detaylı bilgi için bkz. TALAS, 35 ila 40; FRISCH, s. 154 vd.

⁴⁵ WELZEL, s. 139.

bilmesini (*normative Ansprechbarkeit*) bu bağlamda kendi özgür iradesiyle gerçekleştirdiği davranışlarının sorumluluğunu üstlenebilmesini (*frei ver-rantwortlichkeit*) şart koşar⁴⁶. Kategorik olarak kusur, kişisel nitelikte olup irade özerkliğinden; kişinin başka türlü hareket etme imkânı varken norma aykırılığı seçmesinden kaynaklanır⁴⁷. Dolayısıyla kusurun esası bireysel olup kişinin hukukun normatif taleplerini anlamlandırabilme yeteneğini konu alır. Bu kapsamda ceza hukuku sorumluluğunun temel normatif niteliğini oluşturan kişisel sorumluluk, özgürlük esastır. İrade özerkliğinin, kendi kararlarını alma ve hayata geçirme özgürlüğünün sonucu, bu kararların sorumluluğunun da üstlenilmesidir: Özgürlüğün olduğu yerde sorumluluk da bulunur; sorumluluk ancak özgürlüğün kullanılabilirdiği hallerde söz konusu olur.

Kişinin ayırt edici özelliği, benliği ve davranışları üzerine düşünebilme yeteneğine sahip olmasıdır. Bu kapsamda, kişi kendisini bir başkasının bakış açısından görmeyi ve anlamayı, bu bakış açısını benimsemeyi ve aynı zamanda kendisini diğerinden ayırt etmeyi sosyal süreçler vasıtasıyla öğrenir⁴⁸ ve sahip olduğu hafıza vasıtasıyla daha önceki tecrübeleri ışığında hareketlerini yönlendirebilir. Dolayısıyla özdüşünüm yapabilme yeteneğine sosyal süreçlerde edinilen anlayış kapasitesi eşlik eder.⁴⁹ Bu yetenek sayesinde sosyal benliğini geliştiren, toplumsal ortamda başkalarıyla diyalog kurabilen, etkileşimi hissedebilen, empati yapabilen ve davranışlarının başkaları üzerindeki muhtemel sonuçlarının toplumsal anlamını bilen kişinin sorumluluğu da temellendirilebilir⁵⁰.

İrade özerkliğine sahip, davranışlarını gerçekleştirmeye yönelik karar alma ve aldığı karar çerçevesinde eylemlerini yönlendirme özgürlüğü bulunan kişinin davranışları dolayısıyla sorumlu tutulması “*şahsi sorumluluğun*” da esastır. Bir diğer ifadeyle, kişinin özerk iradesiyle yönlendirdiği davranışlarının doğurduğu sonuçtan sorumlu tutulması bu kuralın gereğidir. Davranışlarının sonuçlarını önceden kestirebilme, muhtemel etkilerini hesaba katabilme

⁴⁶ ZABEL Benno, “Welche Freiheit schützt das Strafrecht? Zur aktuellen Debatte um Menschenwürde, Tadel und Opferinteressen”, *ZStW*, C. 133, S. 2, 2021, ss. 358-384, s. 372-373.

⁴⁷ WELZEL, s. 139-140.

⁴⁸ GÜNTHER Klaus, “Die Person der personalen Rechtsgutslehre”, “**Personale Rechtsgutslehre**” und “**Opferorientierung im Strafrecht**”, Peter Lang, Frankfurt am Main 2007, s. 24-25.

⁴⁹ GÜNTHER, s. 22, 24-25.

⁵⁰ GÜNTHER, s. 22-23. Öyle ki “kişi” kavramı zorunlu olarak bir çoğulluk -daha doğrusu bir toplumsallık- ifade eder zira kişinin varlığından ancak diğerleriyle ilişkisi kapsamında, başkalarının kişiyi *tanımları* durumunda bahsedilebilir. *Hörnle*’ye göre “kişisel sorumluluğu” gerekçelendiren bu çerçeve aynı zamanda cezayla bağlantılı olan sosyaletik kınama/değersizlik yargısını da meşrulaştırır, HÖRNLE, s. 337-338.

yeteneğine sahip olan kişi buna rağmen gerçekleştirdiği hareketin hukuki sonuçlarını da üstlenme yetkinliğine sahiptir. Buna karşılık, kişinin içinde bulunduğu dışsal koşullar dolayısıyla farklı bir şekilde davranmasının beklenebilir olmadığının kabul edildiği durumlarda, gerçekleştirdiği eylemler ise normatif olarak kişinin kontrolü dışında gelişen ve iradesi tarafından yönlendirilemeyen eylemler olarak nitelendirilir. Sonuç olarak; hukuk sisteminin hukuki yükümlülüklerin muhatabı olarak esas aldığı kişi modelinin özelliklerine sahip bulunan bireylere ceza hukuku sorumluluğu isnat edilebilir.

Bu kapsamda irade özerkliğini esas alan kusur prensibinin, nörobiyolojik determinizm karşısında da belli bir ölçüde ikna edici şekilde gerekçelendirilebilmesi gerekir. Nörobiyolojik determinizmin esası; davranışta bulunan kişinin iradesinin özgür iradesiyle yönlendirilmediği, insanın bilinçli bir şekilde karar alma olarak algıladığı sürecin esasen beyinde gerçekleşen ve iradenin kontrolünde bulunmayan nöronal bir aktivitenin sonucu olduğudur⁵¹. Buna göre, kişinin bilinçli ve irade nitelikte bir karar alması söz konusu olmaz; irade kontrol edilemez bir biçimde beynin nörobiyolojik aktiviteleri vasıtasıyla oluşur⁵². Nörobilim alanında yapılan ve irade özgürlüğünü reddeden çalışmaların sonuçları benimsendiği takdirde; kişinin işlediği suçlardan dolayı kusur prensibi kapsamında kınanabilmesi, sorumlu tutulabilmesi ve cezalandırılabilmesi de mümkün addedilemez. Zira bu durumda, kişinin “*başka türlü davranışta bulunma*” imkân ve iktidarından mahrum olduğu kabul edilmelidir ve kusurun esasını da tam olarak bu imkân oluşturur. Bu aşamada, nörobiyolojik determinizm karşısında halen kusur prensibinin geçerliliğini meşru kılan argümanların vurgulanması gerekir. Beynin yapısı itibarıyla mevcut bulundurduğu sinir hücrelerinin sayısı, nöronların birbirleriyle olan ilişkisi ve bağlantısı çerçevesinde bir durumdan diğerine geçerken gözlemlenmesi ve anlamlandırılması gereken son derece karmaşık bir yapıya sahip olup bu modelin tam olarak nasıl çalıştığının bilimsel olarak (şu an itibarıyla) bilinmesinin mümkün olmaması dolayısıyla ne irade özgürlüğü ne de nörobiyolojik determinizm ispat-

⁵¹ Bu konudaki en bilinen argüman Libet Deneyidir. Amerikalı bir nörofizyolog olan Benjamin Libet tarafından yürütülen deneyde; deneklerin beyin aktiviteleri ölçülmek üzere baş bölgelerine elektroensefalografi (beyin grafisi) cihazı bağlanır. Deneklerin karşılarında, görebilecekleri bir konumda çalışmakta olan saatler bulunmaktadır. Onlardan önlerindeki butona basmaları ve tam olarak hangi anda butona basmaya karar verdiklerini not etmeleri istenir. Yapılan araştırma sonucunda deneklerin butona basmaya karar verdiklerini belirttikleri andan 0,5-0,7 saniye önce beyinlerinde butona basmaya yönelik nörolojik etkileşimlerin başladığı belirlenmiştir, Konu hakkında bkz. PPATHANASIOU Konstantina, **Irrtum Über Normative Tatbestandsmerkmale**, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, s. 258-259.

⁵² PPATHANASIOU, s. 259

lanmış sayılabilir. Bu itibarla ceza hukuku sisteminin irade özgürlüğü konseptine ilişkin normatif tercihini indeterminist anlayıştan yana yapmasını engelleyen herhangi bir bilimsel karşı kanıt mevcut bulunmamaktadır; bir diğer ifadeyle nörobiyolojik determinizmin irade özgürlüğünün varlığını tamamen reddetmeyi gerektirecek doğruluğunun kanıtlanması da söz konusu olmamıştır. Sonuç olarak, toplumsal gereklilikleri düzenleyen ceza hukuku sisteminin irade özgürlüğü temelli kusur sorumluluğunu esas almasının önünde bilimsel nitelikte bir engel bulunduğu söylenemez⁵³.

Önemle ifade etmek gerekir ki kusur prensibini esas alan modern hukuk sistemlerinde ceza sorumluluğu bakımından *kişi* sıfatına özgülenen niteliklerden hareketle oluşturulan “sorumluluk” konseptinden farklılaşan ve “üstlenilen profesyonel rol esaslı sorumluluk” türünün de süregelen aşamada konumu güçlenmektedir. Bu kapsamda kişilerin davranışlarının sosyal anlamını ve tabi oldukları standartları bizzat şahsi özellikleri değil toplumsal ortamda üstlendikleri kişilik dışı roller belirlemekte ve sorumluluk da bu duruma uygun olarak *rol sorumluluğuna* evrilmektedir. Özellikle en üst düzeyde teknik hale gelen, karmaşıklaşan endüstriyel faaliyetler, yapı işleri, üretim süreçleri ve finansal işlemlerin kontrolü kapsamında öngörülen birçok sorumluluk tarzı bizzat üstlenilen rolün kapsamıyla belirlenebilir vaziyettedir. Bu faaliyet alanlarında, ceza sorumluluğuna daima “sosyaletik bir kınama yargısının” eşlik edeceğini söyleyebilmek ise mümkün değildir⁵⁴.

Son olarak ceza hukuku sorumluluğun esasları ve bu kapsamda kusurun içeriği; salt kişisel özellikler, subjektif yetenekler, sosyal yapı veya toplumun beklentisi gibi hukuka öngelen ontolojik, maddi esaslardan hareketle de tam

⁵³ PAPATHANASIOU, s. 263-264. Bu konuda bilgi ve tartışma için ayrıca yalnızca bkz. CRESPO, s. 690 vd.

⁵⁴ Cezai uyum (*Criminal Compliance*) düzenlemelerinin ilişkin olduğu alanlarda ve bu kapsamda özellikle işletme faaliyetlerinin yürütülmesi sürecinde işlenen suçlardan sorumluluk bağlamında, kurala uygun davranma motivasyonunun kaynağını normatif-etik haksızlık bilinci oluşturmaz. Organizasyon esaslı uyum programı dahilinde riayet edilmesi gereken kuralların büyük bir kısmının içeriği etik açıdan *nötr* niteliktedir. Kurallara riayet edilmesinin (uyum gösterilmesinin) nihai hedefini oluşturan bu sistemde pek çok kuralın çekirdek ceza hukuku alanına dahil olan tipik bir ceza hukuku kuralının aksine, sosyaletik bir yönü bulunmaz. Dolayısıyla kusurun bireysel kusurdan ziyade organizasyon kusuruna evrildiği bu tarz alanlarda işlevsel olarak “başka türlü davranışta bulunma yeteneğinin” yönlendirici temel prensip olmadığı söylenebilir. Konuyla ilgili olarak bkz. DANNECKER Gerhard, “Compliance - Domestic and International Good Practices: Tendenzen zur Verrechtlichung ethischer und unternehmensinterner Regeln”, **Die Kriminalwissenschaften als Teilder Humanwissenschaften: Festschrift für Dieter Dölling zum 70. Geburtstag**, Baden Baden, 2023, ss. 131-156, s. 133 ila 136, s. 142 ila 146.

olarak açıklanamaz. Kusur müessesesinin içeriği ve suç işleyen kişi bakımından bu davranışın hukuki sonuçlarının neler olacağı bizzat ilgili normatif sistem tarafından şekillendirilir⁵⁵. Hukuki açıdan *normun gereklerine uygun hareket etme beklentisinin bulunup bulunmadığının* tespiti somut içeriğini, ilgili normatif sistemin oluşturulması sürecinde bulunulan kanuni tercihler kazandırır. Hangi yaş sınırının kişiye kusur izafe edilemeyecek derecede onun davranışının toplumsal mahiyetini anlamlandırma yeteneğinin bulunmadığını kabul etmek için uygun olduğu⁵⁶, zorunluluk haline cezayı tamamen gereksiz kılacak derecede kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir etki tanınıp tanınmayacağı⁵⁷, haksız tahrikin failin kusurluluğunu etkileyen bir sebep olarak dikkate alınıp alınmayacağı esasında kanun koyucu tarafından izlenen amaçlılık tarafından içeriği şekillendirilen normatif bir tercihi yansıtır⁵⁸.

D. Kusurun Aranacağı Zaman Olarak Suçun İşlendiği An: Eş Zamanlılık Prensibi

Yukarıda izah edildiği gibi haksızlığın sübjektif unsurunu oluşturmayan ancak temel dayanağını fail tarafından gerçekleştirilmiş olan bir suçun varlığında bulan kusur, *suçun işlendiği an itibarıyla* değerlendirmede bulunularak tespit edilir. Bu itibarla suç oluşturan eylemde bulunulduğu an aynı zamanda kusurun da mevcut olup olmadığının belirlendiği anı oluşturur. Bir diğer ifadeyle, suç oluşturan fiilin gerçekleştirildiği anda failde kusur yeteneğinin de bulunması gerekir. Bu husus ceza hukuku doktrininde eş zamanlılık prensibi olarak ifadesini bulur⁵⁹.

⁵⁵ STUCKENBERG, s. 142.

⁵⁶ Türk ceza hukukunda 12 yaşından küçüklerin ceza sorumluluğu mutlak olarak bulunmazken bu yaş sınırı Alman ceza hukuku bakımından 14'tür (StGB § 19). İngiltere'de 10 yaşından küçüklerin ceza sorumluluğunun bulunmadığının kabul edildiğine Amerika Birleşik Devletleri'nde ise birçok eyalette ceza sorumluluğuna ilişkin yaş sınırının 7 ile 10 arasında değiştiğine dair bkz. SIMMLER, s. 552 dn. 107.

⁵⁷ TCK'nın genel hükümlerinde zorunluluk haline cezalandırma ihtiyacını tamamen ortadan kaldıran bir mazeret sebebi niteliği özgülenmiştir (TCK m. 25/2). Bununla birlikte, kanun koyucunun zorunluluk halinin şartlarının varlığı halinde mutlaka cezasızlık cihetine gidilmeyeceği, yalnızca cezada indirim yapılmasını normatif olarak tercih etmesi mümkündür. Nitekim özel hükümlerde bazı suç tipleri bakımından zorunluluk hali cezada yalnızca indirim yapılmasını da mümkün kılacak şekilde düzenlenmiştir (TCK m. 92; m. 147).

⁵⁸ STUCKENBERG, s. 141-142.

⁵⁹ TALAS, s. 93 ila 95.

II. CEZA SORUMLULUĞU MODELİ OLARAK KATI SORUMLULUK (STRICT LIABILITY)

Kıta Avrupası ceza hukuku sistemlerinin aksine Anglo-Amerikan sisteminde mevcut bulunan katı sorumluluk (*strict liability*) esas kapsamında; kişinin cezai olarak sorumlu tutulabilmesi için salt bir davranışta bulunmasının (*actus reus*) yeterli olduğu ve davranışın yöneldiği maddi unsurlarla arasında herhangi bir sübjektif irtibatın (*mens rea*) araştırılmasına gerek duyulmadığı suç kategorileri mevcut bulunur. Buna göre katı sorumluluk, suçun en azından bir veya daha fazla sayıda objektif unsurunun gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesinin gerekmediği suçlardan kaynaklanan ceza sorumluluğunu ifade eder⁶⁰. Söz konusu suçlar bakımından kusur esas (principle of culpability) geçerli değildir⁶¹.

A. Anglo-Amerikan Hukuk Sistemindeki Görünümü

Anglo-Amerikan sisteminde katı sorumluluk esasının yerleşmesinin ana motivasyonu, bir sosyal kontrol enstrümanı olarak temel fonksiyonu toplumsal düzenin sürdürülmesine katkı sağlamak olan ceza hukukunun, sanayileşme ve endüstriyelleşme dolayısıyla toplumda artan risk kaynaklarıyla mücadelede daha etkin kullanımının sağlanmasıdır⁶². Bununla birlikte, Anglo-Amerikan ceza hukuku sisteminde bu suçların sadece toplum barışının (*public welfare*) korunması amacının ötesine geçerek tüm sisteme yayılmış olduğu da belirtilmektedir⁶³. Bu çerçevede cezalandırmayla bazı hukuki menfaatlerin her ne pahasına olursa olsun korunması amaçlanmakta ve kişinin ihlale sebebiyet veren davranışıyla arasında herhangi bir sübjektif bağ tesis edilemese bile cezalandırma cihetine gidilerek toplumda ilgili norma saygı duyulmasının pekiştirilebileceği kabul edilir. Kıta Avrupası ceza hukuku sisteminin aksine, felsefi tartışmalar ekseninde türetilen teorik konseptlere yönelimli olmaktan ziyade dogmatik tutarlılıktan uzak, pratik ve pragmatik esaslara dayanan bu sistemde; norm stabilizasyonunun sağlanması cezalandırmanın temel amacı olup belirli bazı suç-

⁶⁰ BROWN, Darryl K., "Criminal Law Reform and the Persistence of Strict Liability", **Duke Law Journal**, C. 62, S. 2, 2012, ss. 285-338, s. 287 dn. 5.

⁶¹ ASHWORTH Andrew, "Should Strict Criminal Liability Be Removed From All Imprisonable Offences?", **Irish Jurist**, C. 45, 2010, ss. 1-21, s.1-4.

⁶² Bilgi için bkz HERRING Jonathan, **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 229-230.

⁶³ ASHWORTH, s. 9-10; SIMMLER, s. 520, 562. Kamusal tehlike (*public danger*) kriteri kapsamında genellikle toplumun bir bütün olarak etkilendiği suçların *katı sorumluluk* esas çerçevesinde cezalandırmaya konu edilebilirliği hakkında bkz. HERRING, s. 221.

larla sınırlı olarak normu ihlal eden davranışı gerçekleştiren kişinin cezalandırılabilmesi için ona *kusur* atfedilmesi gerekmez⁶⁴. Dolayısıyla genel önleme amacının en radikal görünüm tarzı olan katı ceza sorumluluğu uygulaması “toplumsal koruma gerekliliği” argümanından hareketle meşru kılınmaktadır. Bu ceza sorumluluğu modelinde; toplumsal koruma ihtiyacı, bireysel kınama yargısı gerekliliğinin önüne geçerek toplumun güvenliğinin sağlanması cezalandırmanın yegâne amacını oluşturmaktadır⁶⁵. Böylece, bu sistemde ceza hukuku; kusurun içeriğini oluşturan bireysel kınama esaslı olmaktan çıkarak, belli bazı alanlarda salt (hukuki) reaksiyon niteliği göstermekten ibaret hale gelmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Kıta Avrupası ceza hukuku terminolojisiyle ifade etmek gerekirse, Anglo-Amerikan ceza hukuku sisteminde kusur “psikolojik kusur” konseptine tekabül etmekte olup katı sorumluluk esaslı suçlar; suç oluşturan fiilin gerçekleştirilmesi bakımından kişide herhangi bir manevi unsurun (*mens rea*) bulunduğu ispatlanmasının gerekmediği suçlardır⁶⁶. Bir diğer ifadeyle, suçun maddi-objektif unsurlarından bir veya daha fazlası bakımından failin zihinsel durumunun belirlenmesinin önem arz etmediği, bu kapsamda söz konusu objektif unsurlarla ilgili olarak hata savunmasının da ileri sürülmediği

⁶⁴ SIMMLER, s. 558-559. Katı sorumluluk esasıyla Amerikan ceza adalet sistemindeki hapis cezasına mahkûmiyet dolayısıyla hükümlü olan kişi sayısı arasında bir korelasyon kurulması mümkündür. Katı sorumluluk esasının benimsendiği Amerika Birleşik Devletleri’nde ceza infaz kurumunda hükümlü sayısının beşe katlandığı ve sayı itibarıyla dünya sıralamasının en üstünde yer aldığına dair belirleme için bkz. BROWN, s. 288.

Amerika Birleşik Devletleri’ndeki ceza evlerinin doluluk oranı ve hükümlü sayısı hakkında bilgi için bkz. <https://www.prisonstudies.org/country/united-states-america> (Erişim Tarihi: 12.1.2025).

⁶⁵ ASHWORTH, s. 9; Amerikan ceza hukukunda katı sorumluluk lehine değerlendirmeler için bkz. DUBBER Markus D., “The Model Penal Code, Legal Process, and the Alegitimacy of American Penalty”, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Oxford University Press, 2014, ss. 239-261, s. 241. Ayrıca bkz. HERRING, s. 221, 225-226.

⁶⁶ PRENDERGAST David, “The Constitutionality of Strict Liability in Criminal Law”, **Dublin University Law Journal**, C. 33, 2011, ss. 285-318, s. 286, s. 294 dn. 43; SIMMLER, s. 520-521. Katı sorumluluk esasının ilişkin olduğu konuya dair tabi tutulduğu üçlü tasnif hakkında bkz. SIMMLER, s. 535. Önemle belirtmek isteriz ki, katı sorumluluk doktrininin ayrıntılı tasnifinin yapılmasına bu çalışma bakımından ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu bağlamda önem arz eden husus, ilgili hukuk sistemlerinde kişinin gerçekleştirdiği davranışla arasında bir sübjektif irtibat tesis edilemese veya bu davranış bakımından kişisel olarak kınanamasa bile ceza hukuku açısından sorumlu tutulmasının mümkün olduğudur.

Anglosakson hukuk sistemine dahil olan İrlanda’da söz konusu sorumluluk biçiminin “mutlak sorumluluk (*absolute liability*)” şeklinde anlaşılması gerektiği; gerçekleştirdiği davranışının sosyal anlamını bilebilecek durumda olmayan akıl hastasının veya cebir ya da tehdite maruz bırakılarak suç işlemeye zorlanan kişinin cezalandırılmasının *mutlak sorumluluk* olarak nitelendirilebileceği hakkında, PRENDERGAST, s. 286-287. Bununla birlikte, İngiltere’de, akıl hastalığı savunmasının manevi unsurun (*mens rea*) tespiti aranmadığı suçlar bakımından geçerli olmadığına dair bkz. SIMMLER, s. 548 ve dn. 95; HERRING, s. 222-223.

hallerde *katı (kusursuz) sorumluluk* mevcuttur⁶⁷. Önemle belirtmek gerekir ki, Kıta Avrupası ceza hukuku sisteminin benimsediği kodifikasyon modeli kapsamında ceza kanunlarında genel hükümler kısmında tüm suçlar için geçerli bir manevi unsur belirlemesinde⁶⁸ bulunulmayan bu sistemde; şayet parlamento tarafından ilgili özel suç tipiyle bağlantılı olarak manevi unsura dair bir özelleştirmede bulunulmadıysa mahkemelerin söz konusu suçları katı sorumluluk esası çerçevesinde yorumlayabilmeleri mümkündür⁶⁹.

Yukarıda yer verilen fonksiyonel kusur anlayışının benimsediğinin aksine, bu sorumluluk türünde norm ihlalinin kusursuz olarak da gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Yine bu kapsamda, normatif kusur anlayışının aksine kişinin gerçekleştirdiği norm ihlalden sorumlu tutulabilmesi için “sosyaletik” bir kınama yargısının muhatabı olmasına da gerek bulunmamaktadır.

Anglo-Amerikan ceza hukuku sisteminde özellikle, failin kasten gerçekleştirdiği bir kimseyi yaralamaya yönelik davranış dolayısıyla mağdurun ölmesi⁷⁰, uyuşturucu maddenin bu özelliği bilinmeden bulundurulması, kabul edilmesi (ve nakledilmesi) veya failin cinsel ilişkiye girdiği kişinin yaşını bilmemesi gibi hallerde ilk örnekte kasten öldürmeden (*manslaughter*) ikinci örnekte uyuşturucu madde ticaretinden üçüncüsünde ise çocuğun cinsel istismarı⁷¹ suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkündür⁷².

⁶⁷ PRENDERGAST, s. 286.

⁶⁸ TCK m. 21/1, 22/1; StGB § 15.

⁶⁹ HERRING, s. 214. Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1962 yılında hazırlanan “Model Ceza Kanunu’nun (*Model Penal Code*)” en önemli amacının, ceza hukuku sisteminden katı sorumluluk esasının tamamen kaldırılarak tüm suçlar bakımından geçerli nitelikte sorumluluk esası olarak kişisel kusur şartı getirilmesi olduğuna dair bkz. BROWN, s. 287-288. Ancak bu “çağrı” Amerikan Eyalet Parlamentoları tarafından yeterince karşılık görmemiştir, BROWN, s. 289-290, 317 vd., s. 337. Amerikan hukukunda ruhsatsız otomatik silah bulundurma ile ilgili Kongre’nin bu yönde cezalandırma için herhangi bir subjektif unsur aramadığına dair vurgu içeren Amerikan Anayasa Mahkemesinin *United States v. Staples* (1994) kararı hakkında bkz. ASHWORTH, s. 10.

⁷⁰ Değerlendirme ve eleştiri için bkz. ASHWORTH, s. 19.

⁷¹ İrlanda’da çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından mağdur çocuğun yaşı (15 yaşından küçük olması) hususunda failin bilgisinin bulunup bulunmadığının önem arz etmediğine dair benimsenen uygulama ve İrlanda Anayasa Mahkemesi tarafından bu uygulamanın anayasaya uygunluğunu denetlediği karar hakkında bkz. PRENDERGAST, s. 287-289, 318.

⁷² SIMMLER, s. 538-540. Dolayısıyla bu sistemde “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama sonucu ölüme sebebiyet verme” konsepti mevcut bulunmaz. Daha açık bir anlatımla, fail tarafından kişinin yaşamını tehlikeye uğratan davranış iradi olarak gerçekleştirildikten sonra ayrıca ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından herhangi bir subjektif unsur tespitine gerek duyulmaz, ASHWORTH, s. 3.

Çevrenin kirlenmesi suçu açısından mevcut tartışmalara yönelik olarak bkz. PRENDERGAST, s. 308-310.

Ceza sorumluluğunun, sübjektif-kişisel haksızlık motifi ortadan kaldırılarak salt dış dünyaya yansıyan davranışın objektif unsurları dikkate alınarak belirlenmesi çok ciddi sakıncalar içerir ve ceza hukuku bakımından adeta arkaik döneme geri dönülmesi anlamına gelir. Zira cezalandırma her zaman bünyesinde bir toplumsal kınamayı barındırır ve mahkûmiyet - sebebiyet vereceği özgürlük kullanımı kısıtlamalarından bağımsız olarak- bünyesinde sosyal bir etiketleme bulundurulur. Dolayısıyla cezalandırılan kişinin toplumsal imajı ve bununla bağlantılı olarak kişilik hakları doğrudan doğruya etkilendir⁷³. Nitekim Anglo-Amerikan ceza hukuku doktrinde, farklı anayasal gerekçelerle katı sorumluluk esasının anayasaya aykırı olduğuna dair çok sayıda görüş bulunmaktadır⁷⁴. Bununla birlikte, bu ülkelerde anayasal olarak katı sorumluluk esasının herhangi bir şekilde anayasaya aykırı olmadığı politik aktörler ve yargı uygulaması tarafından benimsenmektedir. İngiliz hukuk sisteminde mahkemeler katı sorumluluk esasını AİHS m. 6'ya aykırı görmemekte⁷⁵, bu çerçevede herhangi bir temel insan hakkı ihlalinin oluşmadığını kabul etmektedir⁷⁶. Dolayısıyla, başka bir hukuk sisteminde böyle bir müessesenin mevcut bulunması ceza sorumluluğu bakımından kusur ilkesinin esaslarının daha yakından incelenmesi zarureti ortaya çıkarmaktadır⁷⁷. Özellikle insan onuru, hukuk devleti⁷⁸ gibi çok genel argümanlar yerine daha somut bir içeriğin ortaya koyulması gerekmektedir.

⁷³ ASHWORTH, s. 15-16, 20-21. Özellikle toplumda belirli bir yaştan itibaren kişilerin tamamen toplumsal itibarları sayesinde sosyalleştiklerini iddia etmek hatalı olmaz. Kişinin bir öğrenim görmesi, belli bir işte çalışması veya ebeveynlik sıfatını taşıması gibi momentlerin bulunmadığı ve çoğunlukla belirli bir yaştan sonra söz konusu olan evrede, toplumsal tanınma talebinin tüm dayanağını saygınlık ve itibar oluşturur. Bu kapsamda kişiyi “damgalayan” ve onu toplumda suçlu olarak niteleyen cezalandırma pratiğinin, “kusuru” şart koşması gerekir.

⁷⁴ İrlanda açısından gerek maddi ceza hukuku bağlamında gerekse de prosedürel olarak adil yargılanma ve masumiyet karinesi çerçevesindeki gerekçelendirmeler hakkında bilgi için bkz. PRENDERGAST, s. 299-310.

⁷⁵ HERRING, s. 222.

⁷⁶ Nitekim AİHM de Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının tamamen prosedürel nitelikte olduğunu ve bir suçun unsuru olarak hangi esaslara yer verilmesinin gerektiğine dair maddi içeriğe sahip bir belirlemede bulunulmasını sağlayacak kriterler öngörmediğini kabul etmektedir, ASHWORTH, s. 7.

⁷⁷ Bu kapsamda konsept olarak karşılaşılan bir diğer farklılık, kusur esasının cezalandırma bakımından varlığının aranmadığı bu sistemlerde “cezanın belirlenmesi” bakımından da failin kusurluluğuna herhangi bir fonksiyon izafe edilebilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu kapsamdaki belirleme için bkz. ASHWORTH, s. 19-20. Ashworth'e göre, katı sorumluluk esaslı suçlar ceza hukuku sisteminde tamamen çıkarılmalıdır; şayet bu suçlara sistemde yer vermeye devam edilecekse bunların karşılığında hapis cezası öngörülmemesi gerekir, ASHWORTH, s. 20.

⁷⁸ Aksi halde Anglo-Amerikan sistemine mensup birçok devletin hukuk devleti olmadıkları veya insan onuruna saygı duymadıkları gibi absürt bir sonuca ulaşılması gerekir!

B. AİHM Kararlarında Katı Sorumluluk Esası

AİHM, sözleşmeye taraf devletlerin bir suçun unsurlarını tanımlamakta serbest olduklarına ve bu kapsamda prensip olarak belirli koşullar altında, *kast veya taksirden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın*, kişi tarafından salt objektif olarak bir olgunun meydana getirilmiş olmasının cezalandırmaya konu edilebileceğine yönelik kararlar vermektedir. Buna göre, bu tür “objektif/katı sorumluluk içeren” suçlar sözleşmecî Devletlerin kanunlarında bulunabilir⁷⁹. AİHM, 15 yaşındaki failin 12 yaşındaki bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi dolayısıyla cezalandırıldığı olayda; fail tarafından ileri sürülen mağdurun 12 yaşında olduğunu bilmediği ve kendisi gibi 15 yaşında olduğunu düşündüğü savunmasının İngiltere Mahkemeleri tarafından dikkate alınmamasını herhangi bir temel hak ihlali olarak nitelendirmemiştir. AİHM, İngiltere’nin 12 ve daha küçük yaştaki çocukla her ne gerekçeyle olursa olsun penetrasyon içeren cinsel bir ilişki kurulmasının yasaklanmasının meşru olduğuna, çocuğun yaşı konusundaki yanlış iradenin bu olgunun cezalandırılması bakımından hiçbir etkisinin bulunmayacağına dair kanuni düzenlemenin “devletin suç ihdas etme yetkisi çerçevesindeki geniş takdir marjını aşmadığına” hükmetmiştir⁸⁰.

Bu çerçevede AİHM uygulamasına göre, katı sorumluluk esası doğrudan bir insan hakkı ihlali niteliği göstermez. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı AİHS’in 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararları alabilme hakkı çerçevesindedir. AİHM “kusursuz ceza sorumluluğuna” tekabül edecek şekilde katı sorumluluk esasının bu hakkı ihlal etmediğine, devletin herhangi bir sübjektif unsur içermeyen suç tanımı yapabileceğine dair kararlar vermektedir. Bu bağlamda AİHM, Alman doktrininde genellikle kabul edildiği ve Türk Hukukunda da taraftar bulan kusursuz cezalandırmanın insan onuru garantisine aykırı olduğuna dair argümanı da benimsememektedir.

⁷⁹ AİHM, *Salabiaku v. France* (1988), Par. 27. ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%2200157570%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%2200157570%22]})) (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁸⁰ AİHM, *G. v. United Kingdom* (2011).

[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-3659829-4157280%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-3659829-4157280%22]}) (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

Ancak anayasalarında ve iç hukuk sistemlerinde kişisel haksızlık anlayışını ve bu kapsamda ceza sorumluluğu için mutlaka failin gerçekleştirdiği haksızlığın yansımaları sübjektif olarak taşımasının gerektiği bir sistem barındıran devletlerin, AİHS standartlarının ötesine geçen bir temel hak ve hürriyet koruma rejimi benimsedikleri söylenebilir. Bu çerçevede AİHS'in "Tanınmış İnsan Haklarının Korunması" başlıklı 53. maddesi uyarınca: *"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz."* Dolayısıyla günümüzde kusursuz ceza olmaz ilkesine hukuk sistemlerinde yer veren Devletlerin, AİHS standartlarının ötesinde bir koruma öngördükleri söylenebilir. Ancak vurgulanması gereken husus, AİHM uygulaması kapsamında devletlerin herhangi bir sübjektif unsur içermeyen suçlara hukuk sistemlerinde yer vermeleri meşru ve AİHS'le uyumlu addedilmektedir.

III. KUSUR İLKESİNİN DAYANAKLARINA YÖNELİK BENİMSENEN ANAYASAL ARGÜMANLAR

Ceza hukuku yaptırımı olarak ceza, mahkûm edilen kişinin sosyal statüsüne, birçok temel hak ve özgürlüğüne yönelik müdahaleler barındırır. Kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasını esas alan anayasal hukuk sisteminde söz konusu müdahalelerinin meşru addedilebilmesi, bunların anayasal olarak kabul edilebilmesini gerektirir. Bu itibarla ceza sorumluluğunun esası olarak kusurun anayasal temellerinin de ikna edici bir biçimde ortaya koyulabilmesi, modern ceza hukukunun esas aldığı normatif kusur anlayışı ile anayasal hükümler arasında bir bağlantı kurulması zorunludur. Bu kapsamda kusursuz ceza olmaz ilkesi, ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul edilmektedir.

Gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında gerekse Alman Federal Cumhuriyeti Anayasasında, ceza hukuku dogmatikliği tarafından ceza sorumluluğun temel ilkeleri arasında sayılan kusur ilkesine yönelik açık bir düzenleme yoktur. Bu itibarla başta Anayasa Mahkemeleri olmak üzere, anayasa hukuku ve ceza hukuku dogmatikliğinde konuyla ilgili olarak benimsenen gerekçelendirmeler ve argümanlara eleştirel bir açıdan yaklaşılmasının faydalı olduğu kanaatindeyiz.

A. Alman Hukukunda Kusur İlkesi ve Anayasal Dayanakları

1. Alman Anayasa Hukuku ve Ceza Hukuku Doktrinde Yer Alan Görüşler

Alman anayasa hukuku ve ceza hukuku doktrinde kusur ilkesi, ceza hukuku sisteminin en temel güvencesi (*Fundamentalsicherung*) olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Buna göre, cezalandırma için kusur isnadını aramayan bir ceza hukuku sistemi; kişilerin, tamamen rastlantısal biçimde, süjeye isnat edilememesi dolayısıyla bir nevi tesadüfi sebeplerden dolayı sorumlu tutulmaları sonucunu doğurur⁸². Kişinin başka türlü davranma olanağının bulunmadığı, gerçekleştirilmekten kaçınmasının mümkün olmadığı bir eylemden dolayı cezalandırılması insan onuru ve genel kişilik haklarına haksız müdahale niteliği gösterir. Kusursuz cezalandırma pratiği, kişiyi salt bir obje konumuna getirir ve bu uygulama insan onuru garantisinin en temel esasına aykırılık mahiyeti gösterir⁸³. Dolayısıyla ceza sorumluluğunun isnadiyeti bakımından kusur esasını terk eden kanun koyucunun bu tasarrufu, anayasal olarak gayri meşru olur⁸⁴.

Alman doktrinde ceza hukukunda kusur ilkesine anayasal seviyede bir mertebe atfeden görüşlerden biri, bu ilkenin esasını anayasada insan onurunun güvence altına alınmış olmasının oluşturduğunu ileri sürer⁸⁵. Buna göre insan onurunun korunması esası, insanın özne niteliğini (*Subjektqualität*)

⁸¹ Anayasa hukuku çerçevesinde söz konusu nitelendirme için bkz. WAPLER Friederike, GG Art. 1 Abs. 1, **Dreier Grundgesetz Kommentar**, 4. Auflage, Mohr Siebeck 2023, kn. 107; ISENSEE Josef, “Das Strafrecht als Medium der grundrechtlichen Schutzpflicht”, **Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle**, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, ss. 249-278, s. 260-261. Ceza hukuku doktrini kapsamında bkz. STÄCHELIN, s. 252-253; HEINRICH, § 17 kn. 525.

⁸² STÄCHELIN, s. 253.

⁸³ WAPLER, GG Art. 1 Abs. 1, kn. 107. Aynı yönde BVerfGE 131, s. 287 kn. 71. Alman Anayasasındaki “insan onuru” vurgusunun temel esasının “bireyin gerek topluma gerekse de devlete nazaran ön planda tutulması” olduğu ve nasyonal sosyalist dönemde bireyin tikel olarak bir hiçliği ifade ettiğine, önemli olanın “Halk/Toplum” olarak anlaşılmasına ilişkin ideolojinin açıkça reddedildiğini sembolleştirdiğine dair Frister, 32. Bununla birlikte, “insan onuru” konseptinin pozitif hukuk bakımından yönlendirici bir prensip olarak içeriğinin doldurulmasının, bu konseptin belirsizliği dolayısıyla, zorluğu da vurgulanmalıdır.

⁸⁴ STÄCHELIN, s. 242.

⁸⁵ MAHLMANN Matthias, “Rechtsgüter: Stolpersteine des liberalen Verfassungsstaates?”, **Rechtsstaat und Strafrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, ss. 67-83, s. 75; KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2017, § 10 kn 2. Kühl tarafından aynı zamanda hukuk devleti ilkesi de benimsenmekte olup yazara göre kusur ilkesi, Alman Anayasasının 79. maddesinin 3. fıkrası kapsamında “ebediyet maddesi (*Ewigkeitsregeln*)” niteliğindedir ve hiçbir zaman değiştirilebilmesi mümkün değildir, KÜHL, 2017, § 10 kn 2. Ayrıca bkz. WAPLER, GG Art. 1 Abs. 1, kn. 107.

güvence altına alır. İnsan onuru ve insanın özne niteliği vurgusu, onun obje konumuna irca edilmemesi kategorik imperatifinin en temel dışavurumudur. Kusur barındırmayan bir fiil dolayısıyla kişinin cezalandırılması da süje niteliğinin inkârı ve dolayısıyla insan onurunun ihlalini oluşturur. *Isensee*, cezalandırmanın tüm genel ve özel önleme amaçlarının ancak failin kusurlu davranışı dolayısıyla cezalandırılması halinde bir anlam ifade edebileceğini belirttikten sonra; kusurun anayasal temelleri olarak hukuk devleti (*Rechtstaatlichkeit*) ve insan onuru (*Menschenwürde*) eksenli olarak failin kişilik haklarını (*Persönlichkeitsrecht*) göstermektedir⁸⁶. Buna göre ceza, salt mağdurun uğradığı objektif mahiyetteki zararın karşılığı olarak değil, bu toplumsal zararlılığa kusurlu bir biçimde gerçekleştirilen haksızlıkla sebebiyet verilmesinin sonucudur. Nitekim davranışlarını anlamlandırma ve yönlendirme yeteneği bulunmayan bir akıl hastasının işlediği suç dolayısıyla cezalandırılması, cezalandırmanın amaçlarıyla bağdaşmaz⁸⁷. Kusur ilkesi, toplumsal açıdan genel önleme amacının oluşmasını; cezalandırmanın kişisel olarak isnat edilebilir davranışlarla sınırlandırılmasını sağlayarak ve böylece kişinin iradi olarak kontrol edemeyeceği “doğal kötülükleri” cezalandırma kapsamı dışında bırakarak, toplumdaki genel hukuk bilincinin korunmasına hizmet eder⁸⁸.

Bu çerçevede, kusur ilkesi anayasada açıkça düzenlenmemiş olsa da anayasal esaslara mündemiçtir. Genel kişilik hakkı ve anayasal kişi modelinin sahibi olduğu irade özgürlüğü, kusur ilkesinin mevcudiyetini gerektirir. En temel düzeyde kusur, kişinin başka türlü hareket etme imkânı varken haksızlığı gerçekleştirmiş olmasını ifade eder⁸⁹ ve bahsedilen anayasal esaslar bu prensibi halihazırda içinde barındırır.

Frister’e göre kusursuz ceza olmaz ilkesi yazılı olmayan bir anayasal prensiptir. “Kusursuz cezalandırılmama hakkı (*Das Recht nich ohne Schuld bestraft zu werden*)”, cezalandırmanın sosyal anlamının içeriğini (*Sinngehalt*

⁸⁶ ISENSEE, s. 260-261. Yazarın benimsediği üçlü esas, BVerfG’nin uzun yıllara yayılan ve kusur ilkesinin anayasal temellerini gerekçelendirdiği argümantasyonu izlemektedir.

⁸⁷ ISENSEE, s. 261. Görüşün eleştirisi için bkz. FRISTER, s. 23.

⁸⁸ Bu yönde bkz. ZABEL, s. 372. *Zabel*’e göre; norm ihlali dolayısıyla ceza yaptırımının barındırdığı kınamanın yönelebileceği kişinin, söz konusu kınamanın normatif anlamını içselleştirebilme yeteneğine sahip olması gerekir. Bu itibarla özgür bir birey, gerçekleştirdiği davranışların sorumluluğunu üstlenme; bu çerçevede cezanın ifade ettiği kınamanın muhatabı olabilme yeteneğine sahiptir. Söz konusu prensibin konumlandığı anayasal esas *hukuk devleti ilkesi*dir.

⁸⁹ JESCHECK / WEIGEND, s. 427-428; KÜHL, 2017, § 10 kn 3.

der Strafe) oluşturan çeşitli temel hak ve özgürlük müdahalelerinin meşruiyeti için kabul edilmesi zorunlu olan anayasal bir konsepttir ve anayasada açıkça düzenlenmesi gerekmez⁹⁰. Barındırdığı kişilik hakkı müdahalesi ve özgürlük kısıtlamalarıyla kişiyi toplumsallık vasfından uzaklaştıran cezanın meşru addedilebilmesi onun ancak kusurun varlığı halinde tatbik edilmesini zorunlu kılar. Cezanın barındırdığı sosyaletik değersizlik yargısı (*sozialethische Unwerturteil*), kişinin genel kişilik hakkına doğrudan müdahale niteliğinde olup bu temel hak müdahalesinin meşruiyeti ancak kusurun ifade ettiği bireyselleştirilmiş kınama mevcutsa meşru addedilebilir. Bu sosyaletik kınamanın mevcudiyeti ise failin kusurlu iradesinin mevcudiyetini şart koşar⁹¹. Dolayısıyla *Frister*, kusur zorunluluğunu, cezalandırmanın *toplumsal anlamından* hareketle temellendirir⁹².

Lagodny tarafından ise, kusur ilkesinin yargısal nitelikteki temel haklar (*Justizgrundrechte*) kategorisi içerisinde bulunan ve fakat yazılı olmayan bir anayasal kural olduğu görüşü benimsenmektedir. *Lagodny*'e göre; formel anlamda kusur ilkesi kökeni pozitif anayasa öncesine uzanan bir hukuk ilkesidir ve Alman Anayasasında 101 ila 104. maddelerde düzenlenen adil yargılanmaya ilişkin haklar arasında bir yargısal temel hak niteliğine sahiptir⁹³. Genel kişilik hakkının içeriğinden hareketle anayasa koyucu, kusursuz (başka türlü hareket etme imkanının bulunmadığı) davranışlardan dolayı cezalandırmayı yasaklar; bu tarz bir cezalandırma, cezalandırmayla ulaşılmak istenen kamusal amaçlar olan gerek pozitif gerekse de negatif toplumsal önleme açısından da elverişsiz ve ölçüsüz nitelik gösterir⁹⁴. *Lagodny*; insan onuru garantisi, genel kişilik hakkı ve yargısal temel hak ilişkisinden hareketle, Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen kusur ilkesini gerekçelendirmektedir⁹⁵. Bu çerçevede, konunun spesifik bir temel hakla ilişkilendirilmesi, izole

⁹⁰ FRISTER, s. 38.

⁹¹ KÜHL, 2017, § 10 kn. 2.

⁹² *Frister*'in gerekçelendirmesine dair eleştiri için bkz. LAGODNY, s. 395-397.

⁹³ LAGODNY, s. 400-401, 415.

⁹⁴ LAGODNY, s. 401. Nitekim anayasal olarak devlet tarafından gerçekleştirilen bir temel hak müdahalesinin ve bu kapsamda cezalandırmanın mutlaka toplumsal bir amaca hizmet etmesi gerekir. Cezanın meşruiyeti, ancak ona başvurulmakla izlenen toplumsal amaçların ikna ediciliğiyle gerekçelendirilebilir. Bu kapsamda cezanın ödetici, denkleştirici veya ibra edici fonksiyonlarından bahseden tüm gerekçeler, kamusal zor kullanımının toplumsal amaçlılık boyutunu göz ardı etmeleri dolayısıyla anayasal açıdan gayri meşrudur, ROXIN, s. 684.

⁹⁵ LAGODNY, s. 403. *Lagodny* aynı zamanda temel hakkın "savunma fonksiyonu (*Abwehrrechtfunktion des Grundrechts*)" çerçevesinde kusura cezalandırmanın anayasal bir gerekliliği niteliği övgülemektedir, s. 403, 406.

bir şekilde insan onuru garantisinin menfaatler tartımına esas alınmasının mümkün olmaması dolayısıyla metodolojik açıdan kusur ilkesinin diğer anayasal menfaatler karşısındaki konumunun gerekçelendirilebilmesine imkân sağlar⁹⁶. *Frister*’den farklı olarak *Lagodny* tarafından yapılan gerekçelendirme çerçevesinde cezalandırmanın amacı vurgusu ön plandadır.

2. Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG) Kararlarında Benimsenen Argümanlar

BVerfG tarafından kusur ilkesine anayasal bir nitelik atfedilmekte olup Mahkeme’ye göre ceza hukuku sistemi ve devletin cezalandırma yetkisinin kullanılması sonucunu doğuran tüm hukuki alan kusur ilkesi üzerine inşa edilmiştir⁹⁷. *BVerfG* kararları kapsamında kusur ilkesinin anayasal temellerini şu prensipler oluşturur: Hukuk devleti ilkesi (*Rechtsstaatsprinzip* - GG. Art. 20/3), insan onurunun dokunulmazlığı (*Menschenwürde* - GG. Art 1/I) ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi bağlamında kendi davranışlarından sorumluluk (*Das Recht auf freie Entfaltung des Persönlichkeit / Eigenverantwortlichkeit*- GG. Art. 2/II)⁹⁸. *BVerfG* tarafından bazı kararlarda bu üç anayasal ilkenin her biri, bazı kararlarda ise bunlardan bazıları aralarında doğrudan bir normatif irtibat kurulmaksızın salt sayma suretiyle zikredilmektedir⁹⁹.

BVerfG kararlarında kusur ilkesi anayasal olarak çoğunlukla insan onurunun dokunulmazlığı ve genel kişilik hakkı kapsamında kişiliğin serbestçe geliştirmesiyle bağlantılı olarak kabul edilmektedir. Buna göre, kusursuz olarak gerçekleştirilen bir fiil dolayısıyla kişinin cezalandırılması kişiliğin özgürce geliştirilmesi hakkını ihlal eder¹⁰⁰. *BVerfG*, cezanın barındırdığı toplumsal kınama yargısının (*Vorwerfbarkeit/ sozialetisches Unwerturteil*) esasını kusurun oluşturduğunu, kusur olmaksızın cezanın toplumsal değer-

⁹⁶ LAGODNY, s. 404. Bu hususta bkz. Aşağıda III-A-3 numaralı başlık kapsamındaki açıklamalar.

⁹⁷ BVerfG, Urteil von 19.3.2013, NJW, Y. 66, S. 15, 2013, s. 1059 kn. 54.

⁹⁸ Bilgi ve çeşitli BVerfG kararlarının künyeleri hakkında bkz. HÖRNLE, s. 327 kn. 16; LAGODNY, s. 386-387.

⁹⁹ ROXIN / GRECO, § 19 kn. 53e. Ayrıca yazarlar tarafından, *BVerfG*’nin esas aldığı bu üç temel argümanın temelini oluşturan; cezanın meşruiyeti için onun kusuru ibra etmesi gerektiği (*Schuldausgleich*), sosyaletik kınama yargısı barındırdığı (*sozialetischer Vorwurf*) ve irade özgürlüğünü (*Willensfreiheit*) esas aldığı yönündeki tüm argümanların geçerliliğini yitirdikleri ileri sürülmektedir, ROXIN / GRECO, § 19 kn. 53l.

¹⁰⁰ BVerfGE 20, 331.

sizlik yargısını yansıtan kınamayı vurgulayamayacağını belirtmiştir¹⁰¹. Bir diğer anlatımla aktüel olarak kişinin özgürlüklerini kullanmasını engelleyen ve onun sosyal-etik bir kınama yargısının muhatabı haline getiren cezanın uygulanabilmesi için kusur ile cezanın irtibatlandırılması zorunludur. Buna göre, kişi hakkındaki toplumsal kınama yargısını somutlaştıran “ceza” yaptırımını kişinin toplumsal saygınlığı, itibarı bakımından bir müdahale niteliği taşır ve bu sebeple cezanın meşruiyet gerekçesini cezalandırmanın barındırdığı bu isnadın kişisel bağlantısı ancak kusur sayesinde tesis edilebilir¹⁰².

Kişiliğin serbestçe geliştirilmesinden hareketle; kişinin kendi özgür iradesiyle aldığı karar kapsamında sorumluluğu altında gerçekleştirdiği davranışlar dolayısıyla muaheze edilebilmesi (*Eigenverantwortlichkeit*) gerekçelendirilebilir. Bu bağlamda söz konusu anayasal esaslar; kişilerin yalnızca kusurlu olarak gerçekleştirdikleri haksızlıklar dolayısıyla ceza sorumluluklarının bulunduğu temelleri olarak vurgulanmaktadır¹⁰³. Ceza mahiyeti itibarıyla, yalnızca geleceğe yönelik önleme amacına uygunluğundan hareketle gerekçelendirilemez; aynı zamanda cezalandırmanın konusunu oluşturan kişinin üzerindeki “bastırıcı” etkisi, onun ancak kusurlu gerçekleştirilen fiiller söz konusu olduğunda devreye girebilmesinin gerekçesini oluşturur¹⁰⁴. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesi uyarınca bir davranışın cezalandırılması için yalnızca hukuka aykırı ve sosyal-etik açıdan önem arz eden bir hususa ilişkin sapma niteliği göstermesi yeterli değildir. Bunun yanında davranışta bulunan kişinin kınanabilmesi de gerekir¹⁰⁵. Böylece *BVerfG*, insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi özgürlüğünden türettiği esaslar çerçevesinde, ceza sorumluluğunun bireyselleştirilmesinin kusur ilkesinin temelini oluşturduğu sonucuna ulaşmaktadır.

BVerfG tarafından insan onuru ve araç haline getirme yasağıyla ilgili olarak ise; kusur ilkesinin, kişinin suçlulukla mücadelede salt bir enstrüman haline getirilmesini engelleyen, onun toplumsal açıdan önemini ve varlığına saygı duyulmasını teminat altına alan bir ilke olduğu, bu itibarla kusur ilkesinin doğrudan doğruya insan onurunun korunmasıyla ve bu kapsamda araç

¹⁰¹ BVerfGE 20, 331; 101, 287.

¹⁰² LAGODNY, s. 400-401.

¹⁰³ BVerfGE 25, s. 285. Bu konuda bilgi ve başka kararlar için bkz. APPEL, s. 109 kn. 224.

¹⁰⁴ Hukuk devleti ilkesi kapsamında; insanın kişisel sorumluluğunun ve manevi-ahlaki özgürlüğünün insan onuru kapsamında garanti altına alınması gerektiğine dair BVerfGE 45, s. 187, s. 259.

¹⁰⁵ BVerfGE 20, s. 331.

haline getirilme yasağıyla da ilişkili olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla BVerfG'ye göre, kusursuz bir cezalandırma kişiyi salt bir obje haline irca eder.

BVerfG tarafından benimsenen temel anayasal dayanakların bir diğeri de hukuk devleti ilkesidir (*Rechtsstaatsprinzip*)¹⁰⁷. BVerfG'ye göre; bir hukuk devletinde, cezalandırma bağlamında hukuk güvenliğinin sağlanması ve maddi adaletin tesis edilebilmesi için failin kusurunun bulunması zorunlu olup¹⁰⁸ ceza hukukunda da hukuk devleti ilkesinin en önemli yansımalarından birini kusur ilkesi oluşturur¹⁰⁹. Mahkeme tarafından hukuk devleti ilkesine yalnızca hukuk güvenliğinin sağlanmasını mümkün kılan sistemsel enstrümanların tesis edilmesinin ötesinde ayrıca düzenlemelerin içerik olarak “maddi adalet” anlayışına uygun olması gerekliliği de özgülendiği için, kusur ilkesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün addedilmektedir¹¹⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki Mahkeme, birçok kararında kusur ilkesini insan onuru garantisi ve hukuk devleti ilkesine birlikte başvurarak gerekçelendirmektedir¹¹¹.

Kısaca ifade etmek gerekirse BVerfG tarafından kusur ilkesinin esası Alman Anayasasının kişiliğin serbestçe geliştirilmesinin garanti altına alındığı 2. maddesinin 1. fıkrası ile insan onurunun dokunulmazlığının garanti altına alındığı 1. maddesinin 1. fıkrası arasında irtibat kurularak gerekçelendirilmekte, ayrıca bu argümantasyon anayasal hukuk devleti ilkesinin (GG m. 20/3) maddi yönünün varlığına başvurularak temellendirilmektedir¹¹².

3. Alman Hukukunda Kusur İlkesinin Anayasal Dayanakları Olarak Benimsenen Argümanların Eleştirisi

Alman hukukunda Hörnle ve Frister tarafından, kusur ilkesinin Alman Anayasasında açıkça düzenlenmemiş olması dolayısıyla; BVerfG kararların-

¹⁰⁶ BVerfG, Urteil von 21. 6. 1977, NJW, Y. 30, S. 34, 1977, s. 1526.

¹⁰⁷ BVerfGE 86, 288, 313; 90, 145, 185. Hukuk devleti ilkesi Alman Anayasası'nın 20. maddesine izafeten kabul edilmektedir.

¹⁰⁸ BVerfGE 25, s. 285.

¹⁰⁹ BVerfG, Urteil von 19.3.2013, NJW, Y. 66, S. 15, 2013 s. 1059 kn. 55.

¹¹⁰ Bu hususta bkz. SCHWALM Georg, “Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetze vom 25. 6. und 4. 7.1969, des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, JZ, C. 25, S. 15/16, 1970, s. 489.

¹¹¹ BVerfG, Urteil von 19.3.2013, NJW, Y. 66, S. 15, 2013 s. 1059 kn. 54-55.

¹¹² KÜHL, 2010, s. 127.

da ve doktrinde ileri sürülen temel anayasal gerekçelerin sorgulanması gerektiği vurgulanmaktadır¹¹³. Yazarlara göre, *BVerfG*'nin “kusursuz ceza olmaz ilkesini” Alman Anayasası’ndan türettiği kararların argümantasyon seviyesi son derece sınırlı olup çoğu zaman kalıplaşmış ifadelerle başvurulmakta ve detaylı gerekçelendirmeden kaçınılmaktadır¹¹⁴. Bu itibarla gerek *Hörnle* gerek *Frister* tarafından, *BVerfG*'nin benimsediği tüm anayasal dayanaklar (insan onurunun dokunulmazlığı, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi kapsamında öz-şahsi sorumluluk esası ve hukuk devleti ilkesi) münferit olarak bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Bu kapsamda ilk olarak, Alman anayasa ve ceza hukuku literatüründe sıklıkla savunulduğunun aksine, kusur ilkesiyle bağdaşmayan bir cezalandırmanın daima insan onuruna aykırı olduğu ve kişiyi salt bir obje konumuna düşürdüğü söylenemez¹¹⁵. Cezanın toplumsal anlam ve önemi çerçevesinde; cezalandırılan kişinin hangi koşulların varlığı halinde psikolojik etkilerin veya dış dünyada gelişen olayların etkisiyle tamamen “salt bir dış gözlemci” konumuna indirgenerek başka türlü hareket etme imkanının bulunmadığını tespit etmek kolay değildir¹¹⁶. Kusur konsepti çerçevesinde kişinin iradi olarak özerk hareket edip etmediği ve böylece çevresinde gelişen olaylar üzerinde hakimiyeti bulunup bulunmadığına dair belirlemede bulunmasını sağlayacak güvenilir kriterlere ihtiyaç vardır. Ancak kişinin belirli toplumsal amaçlara ulaşılmasını sağlamak için cezalandırılması kendiliğinden insan onuruna aykırılık oluşturmaz. *Kant*'ın insan onuru konseptinde, insanın bir nesne gibi kendisine “bedel” biçilemeyeceği vurgulanmakta ve onun sahip olduğu temel nitelik

¹¹³ HÖRNLE, s. 326 vd.; FRISTER, s. 22 vd.

¹¹⁴ HÖRNLE, s. 326-327.

¹¹⁵ HÖRNLE, s. 329-330. Aynı yönde FRISTER, s. 26-27, 37-38.

¹¹⁶ Cezalandırmayı, izlenen ceza politikası çerçevesinde ulaşılması hedeflenen amaçlara ulaşmanın enstrümanı olarak kabul eden anlayışı “insan onuruna aykırı” şeklinde nitelendiren görüş hakkında bkz. WELZEL, s. 241. Buna göre kişi, cezalandırmanın amacına ulaşması uğruna bir araç konumuna getirilmekte ve kendinde bir amaç (*Selbstzweck*) olmaktan uzaklaşmaktadır. *Welzel*'e göre, cezalandırmayı tamamen toplumsal amaçlarla ilişkilendiren ceza hukuku anlayışı faydacı nitelikte olup ceza hukuku sisteminin etik ilkelerden mahrum bırakma riskini taşır. Bu kapsamda cezalandırmanın temel niteliği kusurun ibrası, karşılığının ödetilmesidir (*Vergeltung für Schuld*). Aynı yönde: KAUFMANN Armin, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Westdeutscher Verlag, Düsseldorf, 1983, s. 7.

Cezanın amaçları kapsamında salt toplumsal-genel önleme amacına hizmet eden cezalandırmanın toplum için özneyi “araçsallaştırdığı” ve bu sebeple insan onuruna aykırı olduğuna dair ileri sürülen argümanlar hakkında kapsamlı açıklamalar için bkz. WOLFF Ernst Amadeus, “Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität”, *ZStW*, C. 97, S. 4, 1985, ss. 786-830, s. 791 vd.

olan özgürlüğün ölçülemeyen, derecelendirilebilmesi mümkün olmayan bir “değer” olduğu vurgulanarak insan onuru garantisi kapsamında kişiyi bir eşya, obje haline getiren tüm durumlar reddedilmektedir¹¹⁷.

Sosyo-tarihsel olarak kamusal cezalandırma pratiğinin toplumsal bağlamı ekseninde cezalandırmanın kişinin süje niteliğini göz ardı eden, onu salt bir obje konumuna indirgemesi suretiyle insan onuruna aykırılık oluşturduğu savunulamaz. Cezalandırmanın amacı toplumsal açıdan rasyonel addedilebiliyorsa, buradan insan onuruna aykırılığı gerekçelendirebilecek maddi bir içerik türetilemez¹¹⁸. Ayrıca insan onuru argümanı metodolojik olarak da herhangi bir değerler tartımına izin vermemesi dolayısıyla kusurun zorunluluğuna ilişkin tartışmaların boyutlandırılmasını engeller¹¹⁹. Nitekim bu sebeple temel haklar doktrininde insan onuru garantisine müstakil bir temel hak niteliği özgülendirmekten vazgeçilerek onun spesifik temel hakların içeriğinin zenginleştirilmesi bakımından yönlendirici bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Böylece insan onuru garantisinin güçlendirilmesi, her bir somut temel hakkın içeriğinin tartıma tabi tutulabilmesine imkân tanımaktadır¹²⁰. Bu itibarla kusursuz cezalandırmanın anayasaya aykırılığının, soyutluk derecesi en üst seviyedeki “insan onuruna aykırılık” argümanıya tabiri caizse “geçştirilmesi” doğru olmayıp somut anayasal içerikler çerçevesinde özellikle temel haklarla ilişkilendirilerek ortaya koyulması gerekir¹²¹.

¹¹⁷ Kant’ın bu duruma dair örnekleri hakkında bkz. KANT Immanuel, **Ahlakın Metafiziği - Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri** -, (çev. A. Heper), Fol, Ankara, 2022, s. 137, 142. Kant’ın örneklerinde bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla sözleşmenin bir tarafının özgürlüğünden tamamen feragat etmesi araç haline getirme yasağıyla ilişkilendirilmektedir. Aynı zamanda kölelik, fuhuş kapsamında bedenin para karşılığı başkasının cinsel amaçlı kullanımına bırakılması, kişiyi araç haline getirdiği için açıkça insan onuruna aykırılık oluşturur.

¹¹⁸ HÖRNLE, s. 330; FRISTER, s. 29. Bu çerçevede *cezanın türü* itibarıyla acımasız, zalimane veya aşağılayıcı olarak nitelendirilmesi halinde insan onuruna aykırılık söz konusu olur. AIHM’nin de insan onuru garantisıyla bağlantılı olarak insan onuruna aykırılığı yalnızca cezanın zalimane ve aşağılayıcı niteliği itibarıyla insanlık dışı addedildiği hallerde kabul ettiğine dair bkz. LAGODNY, s. 69 ve 409.

Aksi görüş için bkz. ROXIN / GRECO, § 19 kn. 53h dn. 274: Buna göre, kusur ilkesine riayet etmeyen cezalandırma daima insan onuruna aykırılık teşkil eder.

¹¹⁹ LAGODNY, s. 390. Tam olarak bu niteliği itibarıyla “insan onuru garantisinin” kusurun anayasal dayanağını oluşturması ve böylece onun ölçülülük ilkesi kapsamında değer tartımına tabi tutulamaması gerektiğine yönelik görüş için bkz. ROXIN / GRECO, § 19 kn. 53f.

¹²⁰ LAGODNY, s. 390.

¹²¹ İnsan onuru argümanının soyut bir biçimde ileri sürülmesinin bu müesseseyi belirsizleştirdiği ve içini boşalttığına dair eleştiri için bkz. HÖRNLE, s. 330. Ayrıca bkz. LAGODNY, s. 391.

Yine *BVerfG* tarafından cezanın neden zorunlu olarak “sosyal etik kınama yargısını” barındırması gerektirdiği hususunda yeterli argüman ortaya koyulmamaktadır¹²². Hukuk ve ahlak arasında ayrım yapan ve cezalandırmayı hukuki kınamayla ilişkilendiren normatif bir sistemde, cezanın temel gerekçesinin sosyaletik kınama yargısı olarak kabul edilmesi kendiliğinden geçerli, zorunlu olarak kabul edilmesi gerekli addedilebilecek güçte bir argüman oluşturamaz. Bu bağlamda kasten sebebiyet verilen bir netice dolayısıyla kişinin cezalandırılmasını öngören, ayrıca onun iradesinin oluşum koşullarıyla ilgilenmeyen ceza hukuku düzenlemelerinin bahsedilen gerekçeyle toptan bir şekilde gayrimeşru oldukları söylenemez. Zira ceza hukukunun mutlaka *sosyaletik* bir kınamayı bünyesinde barındırması zorunluluğu yoktur. Böyle bir durumda, modern ceza hukukunun benimsediği kast konsepti çerçevesinde, gerçekleştirdiği haksızlığın tüm maddi unsurlarının sosyal anlamını bilen bir kişiye yöneltilen kınama da özü itibarıyla kişiselleştirilmiştir ve bunun ötesinde ayrıca iradenin oluşum koşulları bakımından da bu kişiye yöneltilen ceza isnadının, kusur kapsamında ikinci kez “kişiselleştirilmesi” zorunluluğu sosyaletik kınama yargısı niteliğinden hareketle ikna edici bir biçimde gerekçelendirilemez. Daha açık bir anlatımla, halihazırda kasten hareket ederek suç işleyen bir kişinin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için onun sosyaletik açıdan da kusurlu addedilmesi gerektiği sonucuna nasıl ulaşıldığının, anayasal olarak gerekçelendirilmesi bakımından başvuru argüman yetersizdir.

Frister kusur yeteneği bulunmayan veya kusur yeteneği bulunmakla birlikte somut olayın koşulları kapsamında kendisinden başka türlü hareket etmesi beklenemeyen kişilerin cezalandırılmasının hiçbir şekilde cezanın önleme amacına hizmet etmeyeceği argümanını¹²³ eleştirmektedir. Kusur bulunmaksızın gerçekleştirilen hukuka aykırılıkların (da) cezalandırılması suretiyle toplumsal önleme amacının daha da perçinlenmesi mümkündür. Bir diğer ifadeyle, cezalandırmanın önleme amacı kapsamında kusursuz cezalandırma pratiği de fonksiyon ifa edebilir. Hatta bu durumda, caydırıcılığa yönelik önleyici etkinin (negatif genel önleme) çok daha vurgulu şekilde somutlaştırılacağı söylenebilir¹²⁴. Aynı şekilde kusursuz cezalandırma ile pozitif genel ön-

¹²² HÖRNLE, s. 332.

¹²³ Bu hususta bkz. WELZEL, s. 3 vd. Kusuru bulunmayan bir kişinin cezalandırılmasının toplumsal değer bilincine katkı sağlamayacağı ve bu sebeple toplum tarafından adil addedilmeyeceği için hukuk sisteminin gereklerine saygıyı perçinlemeyeceğine dair sav için bkz. KAUFMANN, s. 15.

¹²⁴ FRISTER, s. 21; LAGODNY, s. 377; Aksi yönde bkz. FRISCH, s. 173-174.

leme amacının da perçinlenmesi mümkün addedilebilir; toplum tarafından ampirik olarak kusursuz ceza olmaz ilkesinin her koşulda bir adaletsizlik şeklinde nitelendirildiği söylenemez¹²⁵. Örneğin, kişisel özellikleri kapsamında kaçınılmaz haksızlık yanılışına düşen bir kişinin cezalandırılması toplumsal açıdan pozitif genel önlemeye hizmet edebilir. Bu bağlamda kusursuz cezalandırma, önleyici etkilere sahip olabilir¹²⁶. İşlenen suçun türü ve haksızlık muhtevasına göre, suçu işleyen kişinin psikolojik özellikleri veya içerisinde bulunulan koşullar önem arz etmeksizin, toplumda bir cezalandırma beklentisi oluşmasıyla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla pozitif genel önleme bakımından da ceza psikolojik bir enstrüman olarak bireylerin davranışlarını yönlendirici bir fonksiyon üstlenir. Bunun dışında cezalandırmanın topluma yönelik didaktik, ceza hukuku kuralının içeriğini oluşturan normun gereklerine yönlendirici bir etkisinden bahsedilemez¹²⁷. Bu itibarla kusurun anayasal esaslarının gerekçelendirilebilmesi kapsamında, cezanın amaçlarına uygunluk argümanına başvurulması ikna edici bir niteliğe sahip değildir.

B. Türk Hukukunda Kusur İlkesinin Anayasal Dayanaklarına Dair Benimsenen Esaslar

Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kusur ilkesi, Anayasada açıkça düzenlenmemiştir. Bu çerçevede kusur ilkesinin anayasal bağlayıcılığına ilişkin olarak ileri sürülen argümanlar tetkik edilecektir. Türk hukukunda kusur ilkesi genel olarak Anayasada hüküm altına alınan hukuk devleti ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ve insan onuru garantisi ile ilişkilendirilmektedir. Bu kapsamda söz konusu anayasal dayanakların kusur ilkesini gerekçelendirmek bakımından ne ölçüde ikna edici oldukları, ileri sürülen görüşler ele alınarak değerlendirilecektir.

¹²⁵ LAGODNY, s. 378. Fonksiyonel kusur anlayışında ise normun muhatabı olma yeterliliğine sahip kişinin gerçekleştirdiği davranış norm stabilizasyonunu tehdit etme potansiyeline sahip değildir. Bu konuda bkz. Başlık I-A.

¹²⁶ Bununla birlikte, her ne kadar toplumsal açıdan norm ihlallerinin önlenmesine dair avantajlar meydana getirebilirse de kusursuz cezalandırmanın genel olarak negatif sosyal sonuçlar doğuracağı ileri sürülmüştür. Buna göre, kusursuz olarak cezalandırma bireylerin yaşamlarını rasyonel olarak planlamalarını engeller, kişilerin önceden kestirilemez bir biçimde her an cezalandırılacakları korkusuyla yaşamlarını sürdürmelerine sebebiyet verir. Toplumsal ortamda sürekli güvensizlik ve kaygı altında hareket edilmesi sosyal olarak çok ciddi olumsuz etkiler doğurur. Bu konuda bilgi ve eleştiri için bkz. FRISTER, s. 23.

¹²⁷ FRISTER, s. 21-22.

1. Türk Ceza Hukuku Doktrinde Benimsenen Argümanlar

Türk ceza hukuku literatüründe, genel hükümler eserlerinin birçoğunda “Kusurluluk” başlığı altında yapılan detaylı açıklamalar bulunmasına rağmen, kusur ilkesinin anayasal temellerine ilişkin belirlemede bulunulmamaktadır¹²⁸. Yine doktrinde kusur ilkesinin, Anayasanın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38. maddesi kapsamında olduğu belirtilmekte ancak bunun hangi kapsamda olduğuna dair herhangi bir somutlaştırma yapılmamaktadır^{129,130}. Ayrıca kusur ilkesine pozitif hukuk üstü (ve bu suretle anayasa üstü (!)) bir ilke vasfı izafe edilerek bu gerekçeyle anayasal açıdan herhangi bir detaylandırma girişiminde bulunulmayan görüşler de mevcut bulunmaktadır¹³¹.

Türk doktrinde bu konudaki daha spesifik belirlemeler; hukuk devleti ilkesi (Anayasa m. 2), ceza sorumluluğunun şahsiliği (Anayasa m. 38/7), insan onurunun dokunulmazlığı¹³² ve bununla bağlantılı olarak kişiliğin ser-

¹²⁸ ÖNDER, s. 226 vd. Önder tarafından “ceza hukukunun kusursuz cezalandırmayı kabul etmediği” belirtilmekte ancak bunun anayasal olarak neden zorunlu olduğuna dair herhangi bir belirlemede bulunulmamaktadır. Aynı şekilde, Özgenç tarafından “Kusurluluk” başlığı altında yapılan detaylı açıklamalar içerisinde müessesenin anayasal dayanağına değinilmemektedir, ÖZGENÇ, s. 459 vd. Dönmezer/Erman tarafından da kusurluluk kavramına dair yapılan açıklamalar çerçevesinde herhangi bir anayasal temel belirlemesinde bulunulmamaktadır, DÖNMEZER / ERMAN, s. 197-200 kn. 904-907. Aynı şekilde Erem tarafından da kusurluluk konusunda anayasal bir dayanak ileri sürülmektedir, EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: 1 Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 1995, s. 487-491.

¹²⁹ Koca/Üzülmez tarafından kusur prensibinin ve kusursuz ceza olma ilkesinin Anayasanın 38. maddesi kapsamında olduğu belirtilmekte, bunun dışında bir somutlaştırmaya gidilmemektedir, KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 313. Aynı şekilde Demirbaş tarafından kusur ilkesinin modern ceza hukukun temelini oluşturduğu belirtildikten sonra bu ilkenin uluslararası hukuk boyutunda korunduğu ve Anayasa m. 38’da düzenlendiği ileri sürülmektedir. Ancak ilkenin uluslararası boyutta hangi kapsamda korunduğuna veya Anayasa’da hangi spesifik düzenleme çerçevesinde bulunduğuna dair herhangi bir belirleme yapılmamaktadır, DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 67.

¹³⁰ TCK’nın 4. maddesinin 2. fıkrasını yürürlükten kaldıran 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun’un değişiklik gerekçesi kapsamında; “Ancak, bu kural, Anayasamızla da güvence altına alınan ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk ilkesini bertaraf eder şekilde yorumlanmamalıdır.” açıklamalarına yer verilmekle birlikte ilgili Anayasal dayanak somutlaştırılmamıştır.

¹³¹ Dülger tarafından kusur ilkesinin bir yandan anayasal bir ilke olduğu diğer yandan “pozitif hukuk üstü” bir ilke olarak kabul edildiği belirtilmektedir, DÜLGER Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 83. Yazara göre; hukuk devleti ilkesi ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi kusurun anayasal esaslarıdır, s. 83-84.

¹³² 1982 Anayasasında “insan onurunun dokunulmazlığı” açıkça düzenlenmemiş, Anayasanın 176. maddesi uyarınca Anayasa metnine dahil olan başlangıç kısmında insan onuru: “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerine yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...” çerçevesinde düzenlenmiştir.

bestçe geliştirilmesi hakkı (Anayasa m. 5; m. 17) kapsamında ortaya konulmuştur.

Türk ceza hukuku doktrininde kusur ilkesinin anayasal dayanaklarına ilişkin olarak *Öztürk/Erdem* tarafından kusur ilkesi ceza hukukuna egemen olan ilkeler arasında sayılmakta ve Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında sayılan “ceza sorumluluğu şahsidir” hükmünün bu ilkenin (dolaylı) anayasal kaynağı olduğunu ileri sürmektedir¹³³. Buna göre, ceza yalnızca bizzat fail tarafından işlenmiş bulunan fiilden doğan kişisel sorumluluğa dayanabilir. Yazarlara göre, ceza sorumluluğunun kişiselliği kusur ilkesini ifade eder. Yazarlar kusur ilkesinin doğrudan anayasal dayanakları olarak, *BVerfG*’nin benimsediği üçlü anayasal argüman setini esas alınmaktadır. Buna göre; hukuk devleti ilkesi, insan onurunun dokunulmazlığı ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi (hakkı) kusur ilkesinin anayasal dayanaklarıdır. Kusura dayanmayan bir cezalandırma işkence ile aynı anlama gelir, faili obje konumuna getirir ve insan onuruyla bağdaşmaz¹³⁴.

Talas tarafından kusurun Alman ve Türk hukukunda, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve hukuk devleti ilkelerinden hareketle, anayasal bir ilke olarak kabul edildiği belirtilmektedir¹³⁵.

Zafer tarafından kusur ilkesinin *hukuk devleti prensibinin* bir gereği olduğu belirtilmektedir¹³⁶. *Zafer*, haklı olarak, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin kusur ilkesinin bir unsuru olmadığını ve bağımsız bir ilke olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre; bir fiilin kişiyle ilişkilendirilmesinin mümkün olduğu her durumda aynı zamanda kişinin kusurlu olduğundan bahsedilemeyeceği için ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibinden otomatikman kusur ilkesinin türetilmesi mümkün değildir¹³⁷. Nitekim ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi esas olarak, herkesin kendi davranışından dolayı sorumlu tutulmasını ve başkasının fiili dolayısıyla sorumlu tutulamamasını ifade eder. Bu ilke, bir başkasının fiilinden ötürü ceza sorumluluğu cihetine gidilememesini güvence altına alır. Ancak fiili gerçekleştiren kişinin, sorumluluk bakımından “kusurlu” olmasını

¹³³ ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 23. Baskı, Seçkin, Ankara 2023, s. 51-52.

¹³⁴ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 52.

¹³⁵ TALAS, s. 32.

¹³⁶ ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2021, s. 53.

¹³⁷ ZAFER, s. 54.

zorunlu kılmaz. Türk ceza hukuku tarihinde rastlanan akile ve kasame gibi uygulamalar¹³⁸ ceza sorumluluğunun şahsiliğinin esas alındığı bir sistemde kendisine yer bulamaz. Bununla birlikte, örneğin 11 yaşındaki bir çocuğun işlediği suç dolayısıyla neden kınanamayacağı -kusurlu addedilemeyeceği- sorusunun cevabı ceza sorumluluğunun şahsiliğiyle ilgili değildir.

Meraklı, kusur ilkesini ele aldığı çalışmada ilkenin Anayasa olan ilişkisini değerlendirirken Anayasada açıkça düzenlenmediğini ancak hukuk devleti ilkesinden türetilebileceğini savunmaktadır¹³⁹. *Meraklı* ayrıca kusur ilkesinin, insan onurunun korunması ve dokunulmazlığı çerçevesinde tarafı olunan uluslararası sözleşmeler kapsamında üstlenilen bir yükümlülüğün gereği olduğunu belirtmektedir¹⁴⁰.

Ersoy tarafından da kusur ilkesinin üç anayasal temeli; insan onurunun korunması, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve hukuk devleti ilkesi olarak sayılmaktadır¹⁴¹. *Ersoy*, Türk Anayasasında açıkça insan onurunun dokunulmazlığına ilişkin bir hüküm bulunmasa da Anayasanın başlangıç kısmında yapılan “*hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ... hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” vurgusunun Türk hukuku açısından da konunun “insan onurunun dokunulmazlığı” çerçevesinde ele alınmasını sağladığı görüşündedir¹⁴².

Canpolat tarafından ise, cezanın subjektif olarak sınırlamalara tabi tutulmasının zorunlu olduğu ve kusursuz ceza olmaz ilkesinin bu fonksiyonu yerine getirdiği ifade edilmektedir. Yazar, kusur ilkesinin anayasal temellendirilmesi bakımından yalnızca bu ilkenin *hukuk devleti* ilkesine münemiş olduğunu belirtmektedir¹⁴³.

¹³⁸ Akile, failin yakın akrabaları arasında bulunan kişilerin insan öldürme veya yaralama suçu dolayısıyla diyetin ödenmesiyle yükümlü kılınmalarını ifade eder. Kasame ise, köy veya mahallede ya da kişinin kendi mülkünde öldürüldüğüne dair belirtiler bulunan bir ceset bulunduğu ve bu eylemi gerçekleştiren kişinin belirlenemediği hallerde köy veya mahalle halkından kişilerin öleni kendilerinin öldürmediklerine dair yemin etmeleri ve bu kişinin diyetinin ödenmesine yönelik yükümlülük öngörülmesidir. Söz konusu müesseselere dair bilgi için bkz. CİN Halil / AKYILMAZ Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 285-286.

¹³⁹ MERAKLI, s. 70.

¹⁴⁰ MERAKLI, s. 70-71.

¹⁴¹ ERSOY Uğur, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaşabilirliği”, **TBB**, Y. 26, S. 109, 2013, ss. 203-250, s. 205.

¹⁴² ERSOY, s. 205 dn 3.

¹⁴³ CANPOLAT, s. 117.

Kurt/Taner, “kusursuz suç olmaz” yönündeki kabullerinin anayasal dayanağı olarak ceza sorumluluğunun şahsiliği ve suçsuzluk karinesi esaslarını göstermektedir¹⁴⁴. Buna göre, ceza hukukunda sanığın suçluluğunu ispat bakımından karinelere başvurulması yasak olup muhakemede mutlaka kişinin suçu işlediği hiçbir şüpheyi mahal bırakılmaksızın ispatlanmalıdır¹⁴⁵. Yazarlar bu çerçevede, yukarıda yer verilen katı sorumluluk esası kapsamında manevi unsurun varlığını karine olarak kabul ederek sanığın suç işleme kastının bulunduğu ayrıca ispatlanmasına gerek duymayan sistemi de eleştirmektedir¹⁴⁶.

2. AYM Kararlarında Kusursuz Ceza Olmaz İlkesinin Yansıması

AYM tarafından verilen kararlarda kusur ilkesine değinilmekle birlikte söz konusu ilkenin anayasal dayanağının belirlenmesine ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamaktadır.

AYM 19.02.2009 tarihli ve E. 2006/72, K. 2009/24 sayılı somut norm denetimi kararında; TCK’nın 23. maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasını ele almıştır. Mahkeme tarafından kararda;

“Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek ‘kusursuz suç olmaz’ anlayışını ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir... Türk Ceza Kanunu’nun itiraz konusu 23. maddesi genel hükümler ara-

¹⁴⁴ KURT L. Müjde / TANER Fahri Gökçen, “Kusur Kavramının Haksız Fiil ve Klasik Suç Öğretisine Göre Suç Bakımından Karşılaştırılması”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Y. 12, S. 2, 2024, ss. 133-154, s. 140-141. Önemle belirtmek gerekir ki, yazarlar ceza hukuku bakımından kusuru suçun manevi unsuru olarak ele almakta, kast ve taksiri de kusurluluğun birer türü olarak değerlendirmektedir, s. 141-143.

¹⁴⁵ KURT / TANER, s. 141.

¹⁴⁶ Ancak maddi ceza hukuku bakımından, bir muhakeme hukuku müessesesi olan *suçsuzluk karinesinden* hareketle kusur zorunluluğuna dair bir belirlemede bulunulması kanaatimizce doğru değildir. Suçsuzluk karinesi ancak neyin suç olarak ve bu suretle cezalandırılabilir kabul edildiği ön belirlemesinden hareketle, isnat edilen suçun unsurlarının ispatlanmasına yönelik olup bu kapsamda ele alındığında, cezalandırma bakımından kusurun anayasal olarak bulunması zorunluluğunu gerekçelendirebilecek bir muhtevaya sahip değildir.

sında yer alan ve amacı kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldırarak sistemi çağdaş ceza hukuku anlayışına kavuşturmak olan genel bir düzenlemedir.”

belirlemelerinde bulunulmuştur. Söz konusu gerekçenin, kusur ilkesinin anayasal esaslarına dair ne ölçüde ikna edici bir dayanak oluşturduğu tartışmaya açıktır. Kararda, bulunulan “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da bu doğrultuda düzenleme yapılarak 23. maddede kusurun en hafif şekli olan taksire yer verilmiştir.” şeklindeki tespitle kast ve taksir birer kusurluluk türü olarak nitelendirilerek psikolojik kusur anlayışı benimsenmektedir.

Aynı zamanda ilginç bir anayasal argümantasyona başvurularak kusurun “ceza hukukçularının büyük çoğunluğuna göre” ceza sorumluluğunun asgari koşulu olduğunun kabul edildiğine değinilerek hükmün Anayasaya aykırı olmadığı gerekçelendirilmektedir. Bu itibarla söz konusu kararda, kusur ilkesinin anayasal gerekçesi olarak bu ilkenin modern ceza hukuku doktrini tarafından benimsenmiş olması kabul edilmektedir. Oysa ceza hukuku doktrininin genel kabulünün anayasaya uygunluk argümanı olarak normatif bir bağlayıcılığının bulunmadığı izahtan varestedir. AYM’nin yapması gereken, kusur ilkesinin anayasal hükümler kapsamında gerekçelendirilebilmesini sağlamaktır.

AYM 2018 yılına kadar verdiği birçok kararda “ceza hukukunun temel ilkelerine” uygunluğa anayasal bir değer atfetmiştir. Mahkeme tarafından birçok farklı kararda yer verilen belirlemeye göre; “Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasa koyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.”¹⁴⁷. Dolayısıyla AYM bu tarihe

¹⁴⁷ AYM, E. 2006/123, K. 2009/ 43, 5.3.2009.

AYM, E. 2017/32, K. 2018/81, 11.7.2018: “Hukuk devletinde, ceza soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin kurallar ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere ülkenin sosyal ve kültürel yapısı, etik değerleri, ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir.”

AYM, E. 2014/155, K. 2015/52, 27.5.2015: “Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli

kadarki kararlarında, ceza hukukunun genel ilkesi olarak kabul ettiği hususlara normatif olarak anayasal bağlayıcılık atfederek bunlara yönelik bağımsız bir anayasal dayanak argümanı arayışına girmemiştir. Ancak pozitif hukuk sisteminin normatif meşruiyet dayanağı olarak anayasaya uygunluğun ötesine geçen bir içeriğe -ceza hukukunun genel ilkelerine- anayasal bağlayıcılık izafe edilmesi açıkça hatalıdır.

AYM daha sonraki kararlarında “ceza hukukunun temel ilkelerine” yönelik bağlayıcılık vurgusu yapmaktan vazgeçmiştir¹⁴⁸. Bu itibarla, AYM’nin kusur ilkesine ilişkin olarak elindeki yegâne anayasal argüman ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi olarak kalmaktadır.

AYM tarafından kusur ilkesinin doğrudan anayasal dayanağı ise ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi olarak kabul edilmektedir. Bir somut norm denetimi kararında AYM: “15. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla bir kimsenin yalnızca kendi eyleminden sorumlu olmasıdır. Bu ilkeye göre asli ve ferî failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları mümkün değildir. Anayasa’nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de “...fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebe-

eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.”

AYM, E. 2000/38, K. 2003/66, 18.6.2003: “Yasakovucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumdaki belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.”

Ceza hukukunun temel ilkelerine normatif olarak anayasal bağlayıcılık gücü atfedildiği birçok karar arasından örnekler için bkz. AYM, E. 2014/161, K. 2015/26, 5.3.2015; AYM, E. 2015/47, K. 2016/11, 10.2.2016; AYM, E. 2015/108 K. 2016/46, 26.5.2016.

¹⁴⁸ AYM, E. 2017/169, K. 2018/42, 2.5.2018, Par. 10: “Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa’ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir.” Aynı yönde: AYM, E. 2017/135, K. 2019/35, 15.5.2019, Par. 20.

AYM, E. 2023/106, K. 2023/205, 30.11.2023, Par. 25: “Hukuk devletinde, suç ve suçlulukla mücadele amacıyla, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemeler, devletin ceza siyasetinin de bir gereği olarak Anayasa’nın konuya ilişkin hükümleri başta olmak üzere suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları göz önüne alınarak belirlenir.”

Bu yönde diğer kararlar için bkz. AYM, E. 2023/170, K. 2024/96, 4.4.2024, Par. 13.

biyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve ‘kusura dayanan ceza sorumluluğu’ ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır.” denilmektedir. Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.¹⁴⁹ belirlemelerinde bulunularak isabetli bir biçimde, ceza sorumluluğunun şahsiliği kapsamında kişinin yalnızca kendisi tarafından gerçekleştirilen fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesinin anayasal olarak mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu esastan hareketle kusur ilkesinin türetilmesi ise mümkün değildir.

IV. DEĞERLENDİRME

A. Mevcut Argümanların Eleştirisi

Türk ceza hukuku doktrininde ve AYM kararlarında genel olarak kusur ilkesinin anayasal temeli olarak benimsenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi¹⁵⁰; kişinin ancak kendi davranışları dolayısıyla sorumlu tutulabilmesini güvence altına almakla birlikte bu ilkedan hareketle kusurun anayasal olarak temellendirilebilmesi mümkün değildir. Önemle belirtmek gerekir ki, kişi tarafından gerçekleştirilen bir davranış yoksa zaten ortada bir suç yoktur ve fiilin varlığı suçun oluşmasını gerektirir. Başkalarının fiillerinden dolayı ceza sorumluluğunu kabul etmeyen normatif bir sistemde, ceza sorumluluğunun şahsiliğinden kişinin yalnızca bizzat gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylemler dolayısıyla cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu sonucuna ulaşılır. Ancak bu kesinlikle, söz konusu anayasal düzenlemelerden yalnızca kusurlu olarak gerçekleştirilen haksızlıkların cezalandırılabilmesi sonucuna ulaşılmasını sağlamaz.

Bu noktada önemli bir karşı argüman Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasının gerekçesinden hareketle ileri sürülebilir. “Ceza sorumluluğu şahsidir” şeklindeki anayasal düzenlemenin, danışma meclisinin kabul ettiği metnin gerekçesi kapsamında; “... ceza sorumluluğunun «şahsî» olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve «kusura dayanan ceza sorumluluğu»

¹⁴⁹ AYM, E. 2017/36, K. 2017/147, 1.11.2017. Aynı yönde AYM, E. 2019/4, K. 2021/78, 4.11.2021: “Ceza hukukuna ilişkin evrensel bir ilke olan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi hukuk güvenliği ve adalet ilkeleri bağlamında hukuk devleti ilkesinin güvencelerinden biri olarak nitelenebileceği gibi bazı kararlarda belirtildiği üzere Anayasanın 38. maddesindeki cezaların şahsiliği ilkesinde mündemiç olduğu da söylenebilir.”

¹⁵⁰ Bu ilkenin kusur prensibiyle ilişkisine dair bkz. ERSOY, s. 205 dn. 4.

ilkesine dâhil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.” açıklamalarına yer verilmiştir. Gerekçede ceza sorumluluğunun şahsiliğinin, kusura dayanan ceza sorumluluğu ilkesine dahil olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, anayasanın suç ve cezalara ilişkin 38. maddesinde “kusura dayanan ceza sorumluluğu ilkesi” bir bütün olarak değil yalnızca ceza sorumluluğunun şahsiliği boyutuyla düzenlenmiştir. Dolayısıyla ilgili düzenlemeden hareketle kusurun, cezalandırmanın anayasal bir zorunluluğunu oluşturduğu söylenemez. Aynı zamanda bir düzenlemenin gerekçesi bizzat hukuk kuralının metnine dahil olmayıp yalnızca bir yorum aracı işlevi görür; gerekçelerin düzenlemenin içeriğiyle uyumsuz - bazen çelişkili- olmasına da hukuk dünyasında sıklıkla rastlanır.

Bu kapsamda *kusursuz* sorumluluk, ceza hukuku bakımından objektif sorumluluk olarak da nitelendirilemez. Objektif sorumluluk konsepti, hukuk dallarına göre farklılaşmaktadır. Kişinin doğrudan kendi davranışından dolayı değil başkalarının davranışlarından hukuken sorumlu tutulmasına imkân tanıyan bir rejim, objektif sorumluluk mahiyetindedir¹⁵¹. Türk ceza hukuku sisteminde bu mahiyetteki objektif sorumluluğa yer bulunmaz; bu sistemde bir başkasının eyleminden dolayı kişinin sorumlu tutulmasına imkân tanıyan bir isnadiyet türüne yer verilmemiştir¹⁵².

¹⁵¹ Borçlar hukukunda başkalarının fiil veya faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmaya cevaz veren düzenlemeler, kusursuz sorumluluk halleri olarak nitelendirilmektedir, ANTALYA Osman Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 309-310.

Önemle belirtmek isteriz ki, özel hukuk sorumluluğu bakımından kusur -modern ceza hukuku anlayışı tarafından terk edilmiş olan psikolojik kusur konseptine uygun olarak-; kast ve *ihmal* görünüm biçimlerine sahip olup esasen haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılıkla kişi arasındaki sübjektif-psikolojik bağı ifade eder. Bu bağlamda ceza hukukunda taksir olarak ifade edilen manevi unsur türüne özel hukukta haksız fiil sorumluluğuyla bağlantılı olarak ihmal kavramı karşılık gelmektedir, KURT / TANER, s. 145.

Özel hukuk bakımından kişinin kasten veya ihmali dolayısıyla sebebiyet vermediği zararlardan sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Kişinin başkasının davranışından dolayı sorumlu tutulması da kusursuz sorumluluk ya da objektif sorumluluk çerçevesinde ele alınmaktadır, EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2018, s. 515.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 69. maddesinde düzenlenen yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin hüküm tipik bir kusursuz sorumluluk türü içermektedir. Buna göre; “*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*”

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar...” Bu düzenleme dolayısıyla yapı maliki, yapının inşasından kaynaklanan hata ve eksikliklere dair kendisine izafe edilebilecek bir kusur bulunmasa bile meydana gelen zararlardan sorumludur, EREN, s. 668-669.

¹⁵² Bu çerçevede ceza hukuku bakımından teminat yükümlüsünün ceza sorumluluğu, doğrudan doğruya başkasının eyleminden kaynaklanan bir sorumluluk tarzı değildir. Bu kapsamda; ka-

Ceza hukuku sorumluluğu türü olarak daha önce ele alınan *katı sorumluluk* esaslı çerçevesinde salt *netice sorumluluğu* söz konusu olabilir. Netice sorumluluğu kişinin iradi davranışı ile meydana gelen zarar arasında neden-sel ilişki bulunmasını sorumluluk açısından yeterli addeden; davranışı yönlendiren iradeyle sebep olunan neticeler arasında sübjektif bağ bulunmasını aramayan sorumluluk türüdür. Bu çerçevede hukuka aykırı mahiyet arz eden davranışla neticeye sebebiyet veren nedensel sürecin meydana getirilmiş olması dolayısıyla kişinin sorumlu tutulması, *objektif sorumluluk* olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Normatif kusur anlayışının benimsendiği bir sistemde ise *kusursuz sorumluluk* objektif sorumluluk olarak anlaşılamaz. Bu sistemde kusur, suç oluşturan haksızlığın sübjektif unsurlarını ifade etmez. Kişinin bizzat kendisi tarafından gerçekleştirilen - ceza hukuku çerçevesinde kasten veya taksirle işlenen hukuka aykırı bir eylemin bulunduğu- eylem dolayısıyla sorumlu tutulması objektif sorumluluk olarak nitelendirilemez. Bu durumda fail kusursuz addedilebilse bile, gerçekleştirdiği davranış bir suç teşkil eder ve failin ceza sorumluluğu cihetine gidilmesi halinde bunun bir objektif sorumluluk tarzı olduğu söylenemez. Bu kapsamda, kusur sorumluluğu esasen nitelikli bir sübjektif sorumluluğu ifade eder. Ceza hukuku bakımından sorumluluk; sübjektif isnadiyet bağlamında hem haksızlığın manevi unsurunun gerçekleşmesini hem de bu haksızlığın kusurlu olarak gerçekleştirilmesini gerektirir. Şayet yalnızca manevi unsurun bulunmasıyla yetinilerek kusur aranmazsa, bu durumda yine sübjektif sorumluluk vardır ancak bu sübjektif sorumluluk bahsedilen tarzda nitelikli bir sorumluluk tarzında değil, basit kapsamlı bir sübjektif sorumluluk şeklindedir. Haliyle kusursuz sorumlulukla objektif sorumluluğun özdeş olduğu hakkındaki belirlemeler, normatif kusur konsepti kapsamında, doğru değildir¹⁵⁴. Normatif kusur kon-

nundan veya sözleşmeden kaynaklı olarak çocuğun ya akıl hastasının korunmasına yönelik teminat yükümlüsü olan kişi, çocuğu veya akıl hastasını başkalarının saldırılarına karşı korumakla yükümlüdür. Şayet teminat yükümlüsü, bu yükümlülüğünü kasten yerine getirmezse meydana gelen neticeden sorumlu olur (TCK m. 83; TCK m. 88). Ancak bu durumda failin ceza hukuku sorumluluğu doğrudan doğruya kendisine ait bir yükümlülüğün gereklerini yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde suça iştirak bağlamında azmettiren veya yardım edenin cezalandırılması her ne kadar fail tarafından suç oluşturan fiilin icrasına başlanmış olmasını gerektirmekteyse de şerikler fail tarafından işlenen bu suça katkı sunmuş oldukları, bir diğer ifadeyle bizzat kendileri tarafından gerçekleştirilen bir haksızlığın bulunması dolayısıyla cezalandırılırlar.

¹⁵³ ÖZEN Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A, Ankara, 1998, s.18-19; ERSOY, s. 207, 228.

¹⁵⁴ TCK'nın 23. maddesinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan dolayı sorumluluk için, kasteditenden daha ağır veya başka netice bakımından failin en azından taksirinin bulunması gerekti-

septinin esas aldığı kusur bakımından, kusursuz sorumluluk, kast veya taksire dayalı olduğu için yine bir sübjektif sorumluluk biçimidir.

Bu bağlamda, kişinin -başkası tarafından gerçekleştirilen davranıştan dolayı sorumlu tutulmasına sebebiyet veren en ilkel isnat tarzı dışında- kendi iradesi ile gerçekleştirdiği davranıştan sorumlu tutulması, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı değildir. Bir diğer ifadeyle, kusura dayanmayan sorumluluk peşinen şahsilik ilkesinin ihlali olarak addedilemez. Bu kapsamda AYM kararlarındaki temel sorun, kusurun psikolojik kusur olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri başlığı altında sayılan hukuk devleti ilkesi, devletin tüm eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarıyla bağlı olması zorunluluğunu, mevcut hukuk kurallarının dışına çıkamamasını ve bu suretle hukuk güvenliğinin tesis edilmesini ifade eder¹⁵⁵. Devletin *pozitif hukuk kurallarıyla* bağlılığını ifade eden bu ilke kapsamında, kamusal eylem ve işlemlerin öngörülebilir, önceden belirli olması hukuk devletin en temel özelliğidir¹⁵⁶. *Hukuk devleti ilkesinin ortadan kaldırılmasından ya da anlamsız hale getirilmesinden söz edebilmek için, devlet organlarının hukuka bağlılığı ilkesini veya bunun kurumsal güvencelerini ortadan kaldıran bir değişikliğin yapılmış olması gerekir*¹⁵⁷. Bu itibarla hukuk devleti ilkesi esasen yöneticilerin keyfi iradesinin sınırlandırılmasını sağlayan “prosedürel teminatlar” öngörür. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, idarenin kanuniliği, öngörülebilirliği ve tüm eylem ve işlemlerinin yargı

ğı düzenlenmiş, madde gerekçesinde objektif sorumluluk hallerinin “kusursuz ceza olmaz” ilkesiyle çeliştiği belirtilmiştir. Failin neticeye yönelik taksirinin dahi bulunmadığı hallerde ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmesi halinde objektif sorumluluğun söz konusu olacağı doğrudur. Ancak bu durumda sorun bir kusursuz ceza olmaz ilkesi sorunu değildir. Böyle bir durumda ortada, neticenin isnat edilebileceği tipik bir haksızlık modeli -neticeye yönelen sübjektif unsurun bulunmaması dolayısıyla- bulunmadığı için kişi cezalandırılmamaktadır.

¹⁵⁵ “Hukuk devletin temel ögesi, tüm devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk Devleti insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve tüm faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan bir devlet olması gerekir” AYM, E. 1976/1, K. 1976/28, 16.08.1976,

“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.” AYM, E. 2020/18, K. 2021/38, 3.6.2021.

¹⁵⁶ Bu konuda bilgi için bkz. GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, Ekin, Bursa, 2015, s. 82-88.

¹⁵⁷ AYM, E. 2010/49, K. 2010/87, 7.7.2010.

denetimine tabi olması, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin faaliyet göstermesi ve böylece hukuki güvenliğin sağlanması, eşitlik ilkesine riayet edilerek keyfi muamelelerin önüne geçilmesi hukuk devletinin kurucu unsurlarıdır. Nitekim mevcut hukuk sisteminin işleyişinin prosedürel garantiler altına alınması ve devlet organlarının -özellikle yürütmenin- kamusal işlemlerinde bu kurallara riayet etmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ceza hukuku bakımından anayasada öngörülen güvence fonksiyonuna dair tüm düzenlemeler de hukuk devleti ilkesinin bir yansımasıdır¹⁵⁸. Ancak hukuk devleti ilkesinin, *mevcut* hukuk kurallarına riayeti teminat altına almanın ötesinde; ideal olarak hukuk kurallarının içeriğinin nasıl şekillenmesi gerektiği ve bu kuralların içerik bakımından hangi niteliklere sahip olmaları halinde haklı addedilecekleri noktasında fonksiyonu bulunmaz¹⁵⁹. Daha farklı bir anlatımla, hukuk devleti ilkesine maddi adalet kriterleri eklenerek, içerik bakımından adaletsiz sayılan tüm hukuki düzenlemelerin hukuk devletine aykırı olduklarından bahisle gayrimeşru -anayasaya aykırı- şeklinde nitelendirmek doğru değildir. Bu çerçevede, dogmatik olarak maddi ceza hukukunun *içeriğinin* oluşturulmasına dair benimsenen temel ilkelerin hiçbirisi anayasal seviyede hukuk devleti argümanı ile açıklanamaz¹⁶⁰. Hukuki menfaat koruması,

¹⁵⁸ Anayasa m. 38’de düzenlenen ceza sorumluluğunun esaslarına dair hükümlerin hukuk devleti ilkesi kapsamında olduğuna dair bkz. ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 24. Baskı, Yetkin, Ankara, 2024, s. 135. Bu kapsamda ceza hukukunun güvence fonksiyonunu oluşturan kanunilik, kıyas yasağı, belirlilik ve geçmişe yürütme yasağı sayılabilir.

¹⁵⁹ Bu itibarla hukuk devleti ilkesine, hukuk kurallarının içeriğini şekillendirmesi beklenen “maddi adalet” kriterleri özgülmesi doğru değildir.

¹⁶⁰ Aynı yönde FRISTER, s. 37-38; *Gözler* tarafından da hukuk devleti ilkesinin içeriğini belirsiz bir şekilde genişletmenin doğru olmadığı, ilgili temel hak ve özgürlüğün hukuk devleti ilkesi kapsamında değil kendisine ait alanda ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır, GÖZLER, s. 88. Bu kapsamda “ölçülülük ilkesinin” temellerinin hukuk devleti ilkesinde bulunduğu dair anlayışın yerini bu ilkenin temel hakların korunması dogmatik çerçevesinde gerekçelendirmeye bıraktığına dair tespit için bkz. LAGODNY, s. 372.

Hörnle’ye göre, hukuk devleti ilkesinin kusur ilkesinin anayasal temeli olarak nitelendirilebilmesi için “maddi adalet kriterlerine” bu ilke kapsamında açıkça yer verilmelidir, HÖRNLE, s. 339. *Ashworth*’e göre de Anglosakson ceza hukukunda kusur esasını göz ardı eden cezalandırma pratiği hukuk devleti (*rule of law*) ilkesine aykırıdır. Zira hukuk devleti; ancak suç işlemekten kaçınma imkânı olan kişinin bu imkânı kullanmamış olması dolayısıyla cezalandırılmasını meşru kılar. Devletin, bireyin otonomisine saygı duyması yönündeki yükümlülüğünden hareketle de kusur ilkesi gerekçelendirilebilir. Dolayısıyla *Ashworth* tarafından da hukuk devleti ilkesine maddi içerik özgülümlenmektedir, ASHWORTH, s. 5-6.

Kanaatimizce, hukuk devleti ilkesine maddi içerikler atfedilmesi halinde tüm meşruiyet sorunlarının bu kavrama hapsedilmesi tehlikesi ortaya çıkar. Bir kanuni düzenlemenin *maddi içeriğinin*, temel hak ve hürriyet rejimiyle ya da anayasanın spesifik düzenlemeleriyle ilişkilendirilmeksizin “hukuk devleti ilkesine” aykırı olduğunda bahisle anayasaya aykırı olarak nitelendirilmesi doğru olmaz.

ceza hukukunun son çare olması gibi dogmatik esasların anayasal dayanakları ele alınırken konunun tabiri caizse “hukuk devleti” argümanı ile geçiştirilmesi, kanaatimizce doğru olmaz.

Bu kapsamda son olarak AYM kararlarında benimsenen kusur kavramının ait olduğu model, modern ceza hukuku dogmatığının benimsediği normatif kusur konseptini değil, Türk ceza hukukunda geçmiş dönemde baskın konumda bulunan psikolojik kusur konseptinin esaslarını yansıtmakta, kast ve taksir birer kusurluluk türü olarak kabul edilmektedir¹⁶¹. Dolayısıyla AYM, ceza sorumluluğu için kast veya taksir şeklinde herhangi bir subjektif unsura yer verilmeyen bir suça ilişkin kanuni düzenlemenin anayasaya uygunluk değerlendirmesini “kusur ilkesi” üzerinden yapacaktır. Oysa bu tarz bir durumda kusur ilkesi değil, cezalandırmanın dayanağını oluşturan yasaklamanın kişi özgürlüğü ve genel hareket hürriyeti başta olmak üzere spesifik temel hak ve özgürlüklere haksız müdahale (devletin temel hakların korunmasına yönelik negatif yükümlülüğü) yasağı çerçevesinde meşru olmadığına dair argümanlara başvurulması gerekir.

B. Anayasanın Esas Aldığı Normatif Kişi Modeli Ekseninde Kusur İlkesinin Gerekçelendirilmesi

Kusur ilkesinin temellerini anayasanın normatif olarak esas aldığı kişiliğini serbestçe geliştirmesi imkanına sahip olan, kendi karar ve eylemlerinden doğan sonuçlardan bizzat sorumlu tutulabilir kişi modeliyle gerekçelendirmek gerekir (Anayasa Başlangıç kısmı; m. 5; m. 17). Özgürlük esaslı toplumu düzenleyen anayasanın esas aldığı bu kişi modeli; serbestçe düşünme, karar verme ve davranışlarını kontrol edebilme yetilerine sahip, eylemsel hedeflilikler belirleyebilen ve bu eylemlerin sosyal normlara uygun olup olmadığının bilincini taşıyan, iradesini bu hedefler doğrultusunda yön-

5237 sayılı TCK’nın TBMM Adalet Komisyonu Raporu’nda; kusur ilkesi ve hukuk devleti ilkesi suç siyasetiyle güdülen amaca ulaşabilmek için uyulması gereken iki temel ilke olarak belirtilmiş olup isabetli bir biçimde kusur ilkesinin hukuk devleti ilkesinden türetildiği anlayışı benimsenmemiştir. Bununla birlikte, raporda hukuk devleti ilkesiyle ilgili olarak “ceza kanunlarının içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini hukuk devleti ilkesi belirler” şeklinde yer alan belirlemenin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin, bu kısımda bahsedilen ceza hukuku sisteminde işkence ve eziyet teşkil eden eylemlerin yasaklanması gereği, hukuk devleti ilkesinin değil kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına yönelik yükümlülüğün doğrudan bir gereğidir.

¹⁶¹ “... 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da bu doğrultuda düzenleme yapılarak 23. maddede kusurun en hafif şekli olan taksire yer verilmiştir.” AYM, E. 2006/72, K. 2009/24, 19.02.2009.

lendirebilen, bununla bağlantılı olarak öznel bir sorumluluk duygusu oluşabilecek ve norm ihlali halinde sorumluluğunun esasını oluşturan kusur durumunun farkına varabilecek niteliktedir¹⁶². Bu bağlamda suç işleyen kişinin sorumlu tutulması ve cezalandırılarak özgürlüğünden mahrum bırakılması, bazı hallerde toplumsal açıdan zorunlu olarak başvurulması gereken bir kamusal eylemdir. Bu zor kullanma içeren eylemin meşruluğu da ancak muhatabının belirli vasıflara sahip olması halinde mümkün olabilir.

Alman doktrinde de *Hörnle* tarafından, anayasanın esas aldığı normatif kişi tasvirinden (*normatives Menschenbild des Grundgesetzes*) hareketle, ceza sorumluluğunun esas olarak kusurun zorunlu olduğu savunulmaktadır¹⁶³. Kişi modeli, salt bireysel olarak kendi kendini idare eden bir insandan değil toplumsal yaşamın gerektirdiği temel yükümlülüklerle tabi olan bireyden hareketle anlaşılabilir. Nitekim tüm norm düzenleri ve kural yapıları temelinde, ilgili emir ve yasakları anlamaya muktedir olan bir kişi tasvirini esas alır¹⁶⁴. Norm sistemin varlığını esas aldığı kişi modelinin kurucu bileşenlerini ise; kişinin kendi özerk kararını alma yetisi ve davranışının sorumluluğunu üstlenebilmesi oluşturur. Kişiliğin *serbestçe* geliştirmesine imkân hazırlamayı esas alan bir normatif sistemde, işin doğası gereği, kişinin bu yeteneğe sahip olduğunun kabulü bir zorunluluk arz eder.

AYM kararlarında, Anayasanın esas aldığı “normatif kişi tasviri” modeline dair belirlemelere rastlanmaz. Ancak “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi, maddi ve manevrin varlığın geliştirilmesini” esas alan bir anayasal sistem zorunlu olarak kişilerin kendi davranışlarının sorumluluğunu alabilme yeteneğine de sahip olduklarını benimsemiştir. Böylece genel olarak hukuk sisteminin yaptırımlarının muhatabı, davranışları dolayısıyla kınanabilmesi mümkün olan kişilerdir. Ceza hukuku bakımından ise suçlu olarak damgalanmak suretiyle toplumsal itibarı zedelenen, birtakım özgürlüklerinden mahrum bırakılması söz konusu olan kişinin normatif olarak sorumluluk bilincine sahip olan kişi olabileceği söylenebilir¹⁶⁵.

¹⁶² STARCK Christian, “GG. Art I”, **von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz - Band: 1**, 7. Auflage, C.H. Beck, 2018, kn. 11.

¹⁶³ HÖRNLE, s. 334 vd. Normatif sistemlerin tarihi süreçte esas aldıkları normatif kişi tasvirlerine ilişkin modeller hakkında detaylı bilgi için bkz. STARCK, GG Art. 1 kn. 3 ila 9.

¹⁶⁴ HÖRNLE, s. 335.

¹⁶⁵ Türk doktrinde insan haklarının temellendirilmesi açısından esas alınan “özne” modeline dair açıklamalar ve bilgi için bkz. ERDOĞAN Murat, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Lykeion, Ankara, 2019, s. 49 vd., s. 57.

Kusur prensibini somutlaştıran anayasal dayanaklardan hareketle kişinin suç teşkil eden fiili gerçekleştirdiği sırada eyleminin “kendi sorumluluk alanında” olduğunu kabul edebilmek için fiil sırasında sürecin iradi olarak hakimiyeti altında olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu itibarla mevcut TCK m. 34/2 hükmünün içeriğinin anayasaya aykırılığı gündeme getirilmelidir¹⁶⁶. Bu hüküm, kişinin alkol veya uyuşturucu maddeyi kullandığı sırada herhangi bir suç işleme kararının bulunmadığı ve davranışlarını hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneğini bu etki dolayısıyla kaybettiği süreçte suç işlediği durumlarda da uygulama alanı bulabilmektedir¹⁶⁷. Oysa kusur prensibi, failin *fiili gerçekleştirildiği sırada ve fiil gerçekleştirilmeye devam ettiği süreçte*, başka türlü davranışta bulunabilme yeteneğinin varlığını ve buna rağmen kendi sorumluluk alanı kapsamında suç teşkil eden haksızlığı seçmesini şart koşar (*Koinzidenzprinzip*- Eş zamanlılık ilkesi)¹⁶⁸. Belli bir seviyenin üzerinde alkol etkisi altında olan veya sert bir uyuşturucu maddenin tesiri altında olan kişi ise suç teşkil eden fiili icra ettiği an itibarıyla bu yetekten yoksundur. Haliyle bu gibi durumlarda kişinin ceza sorumluluğunun varlığı ancak kusur ilkesinden ayrılmak suretiyle kabul edilebilir¹⁶⁹. Zira kusur isnadının içeriği, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinden kendisini bizzat alıkoymuş olması veya bu duruma katkı sunup sunmaması değil, spesifik olarak suç oluşturan fiilin gerçekleştirildiği sırada bu yeteneğe -

¹⁶⁶ TCK m. 34/2: “İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.” İlgili hükmün gerekçesine göre; “... Kişi, önceden kararlaştırdığı suçu işlemeye başlamadan önce, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde alabilir. Keza, kişi herhangi bir suç işlemeyi kastetmediği halde, isteyerek alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde almış ve maddelerin etkisinde iken bir suç işlemiş olabilir. Bu durumlarda, işlediği suç açısından kişinin kusur yeteneğinin var olduğu kabul edilir.

¹⁶⁷ TCK’nın 34. maddesinin 2. fıkrasında “istisna modelinin” benimsendiğine dair detaylı bilgi ve hükmün eleştirisi için bkz. İSFEN Osman, “Das Ausnahmmodell in Art. 34 II des Türkischen Strafgesetzbuches - Eine Kritische Würdigung im Hinblick auf Dessen Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S.: 1, 2011, ss. 1-46, s. 3 ila 8, s. 41. İstisna modeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TALAS, s. 126 ila 137.

¹⁶⁸ Haksızlığın ve kusurun hem zamanlılığı hakkında bilgi için bkz. NEUMANN Ulfrid, *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, *ZStW*, C. 99, S. 4, 1987, ss. 567-594, s. 574 ila 576. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde “Uyuşma İlkesi (*Principle of Correspondence*)” olarak isimlendirilen bu ilkenin manevi unsurun suçun maddi unsurlarının gerçekleştiği anda mevcut bulunmasını ifade ettiği, bu prensibe aykırı nitelikteki düzenlemelerin katı sorumluluk (*strict liability*) örneği oluşturduğuna dair bkz. SIMMLER, s. 538-539.

¹⁶⁹ İSFEN, s. 29-30. Amerikan sisteminde iradi olarak alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında işlenen suçlardan dolayı sorumluluğun *katı sorumluluk* kapsamında açıklandığında dair bkz. SIMMLER, s. 543-545.

ne tür bir etkinin altında olduğu önem arz etmeksizin- sahip olup olmadığına göre belirlenir¹⁷⁰. Kusurun suç oluşturan fiille ayrılmaz bütünlüğü dikkate alındığında “eş zamanlılık” barındırmayan bir kusurdan bahsedilemez. Bu itibarla eş zamanlılık ilkesine uygun olmayan bir kusur tasavvuru, açıkça normatif kusur konseptiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla kabul edilen bu tarz bir istisnanın kusur prensibine değil eş zamanlılık prensibine getirildiği yönündeki argüman hatalıdır.

Bu durumda şu temel sorunla karşı karşıya kalınmaktadır: Şayet kusur ilkesi, yukarıda tartışıldığı gibi anayasal bir temele sahipse ve kusursuz cezalandırma anayasaya aykırıysa; kusur ilkesine yönelik, eş zamanlılık prensibi bakımından “istisna” öngören söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira kanun koyucu tarafından anayasal bir ilkeye istisna oluşturabilecek kanuni bir düzenlemeye yer verilemez. Kanunların anayasaya aykırı olmamaları zorunludur (AY m. 11/2). Anayasal devletin en temel özelliği, tüm hukuk sisteminin anayasal çerçeve içerisinde şekillenmesi, bu çerçevenin dışına çıkan tüm düzenlemelerin gayri meşru niteliğe sahip olmasıdır.

SONUÇ

Kusur ilkesi, ceza hukuku doktrininde yaygın olarak benimsenen dayanaklar kapsamında olmasa da anayasal bir temele sahiptir. Bu anayasal temel, kişinin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme imkanının varlığından hareketle sahip olduğu kendi kararını alma özerkliği ve kişisel sorumluluk esaslarından türetilmektedir (Anayasa Başlangıç kısmı; m. 5; m. 17). Dolayısıyla kusur ilkesiyle ilgili anayasal temel, anayasanın esas aldığı “kişi” modeline mündemiçtir. Söz konusu kişi modeli; irade özerkliğine kişiliğini serbestçe geliştirme imkanına sahip, kendi davranışlarının sorum-

¹⁷⁰ İsabetli bir biçimde, VERREL Torsten / LINKE Alexander/ KORANYI Johannes, “StGB 21”, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar - Zweiter Band (§§ 19 bis 31)**, 13. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston, 2021, § 21 kn. 11. Nitekim kusur isnadının konusunu failin gerçekleştirdiği eylem oluşturmakta; kınama yargısının özünü fiilin icrası sırasında başka türlü hareket etme imkanının kullanılmaması oluşturur. Kişinin, kendisinin bu imkândan alıkoyması doğrudan kınama yargısının konusunu oluşturmaz.

İngilizce *blackout* olarak ifade edilen, Türkçeye bilinç kararması şeklinde çevrilebilen ve anlamsal olarak; kişinin uyuşturucu veya alkol etkisi altında olması dolayısıyla dışarıdan normal hareket ediyor gibi görünmesine rağmen aslında davranışlarının bilincinde olmaması durumudur. Bilinç/irade tarafından yönlendirilmeyen bu halde gerçekleştirilen “davranışların (!)” ceza hukuku sorumluluğu bakımından ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği de her zaman için üzerinde ciddi doktriner tartışmalar bulunan bir konudur.

luluğunu üstlenmeye muktedir olan, toplumsal farkındalık sahibi ve normun muhatabı olmaya uygun addedilebilen bireyi esas alır. Ceza hukuku terminolojisiyle bu kişi; özgürlük kullanımının beraberinde getirdiği sorumluluk kapsamında, normatif olarak beklenebilir ve/veya kaçınılabılır addedilebilen norm ihlalleri gerçekleştirmeme taleplerini karşılamaya uygun durumda bulunan kişidir. Ceza sorumluluğunun barındırdığı sosyaletik kınama yargısı kapsamındaki damgalama da ancak bu koşulların varlığı halinde, normatif olarak özgürlüğün bedeli olarak meşrulaştırılabilir. Bu itibarla, kusur ilkesinin temellerini doğrudan insan onurunun dokunulmazlığı konseptinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinde veya hukuk devleti prensibinde aramak yersizdir.

AYM kararlarında uzun süre boyunca ceza hukukunun temel ilkelerine anayasal mertebe atfedilmesi doğru değildir. Nitekim Mahkeme daha güncel kararlarında “ceza hukukunun temel ilkelerine” otomatikman anayasal bağlayıcılık atfetmeyi bırakmıştır. Bu itibarla mahkemenin daha sonra vereceği kararlarda ceza hukuku doktrininde benimsenen temel ilkelerin anayasal dayanaklarını ortaya koyacağını beklemek yersiz olmaz.

KISALTMALAR CETVELİ

Abs.	Absatz
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	Artikel
AYM	Türk Anayasa Mahkemesi
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
bkz.	bakınız
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht - Entscheidungen
C.	Cilt
çev.	çeviren
dn.	dipnot
E.	Esas
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
JZ	Juristen Zeitung
K.	Karar
kn.	kenar notu
m.	madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Par.	paragraf
s.	sayfa
ss.	sayfa aralığı
S.	Sayı
StGB	Strafgesetzbuch
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

KAYNAKÇA

- ANTALYA Osman Gökhan, **Marmara Hukuk Yorumu - Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- APPEL Ivo, **Verfassung und Strafe -Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens-**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- ASHWORTH Andrew, "Should Strict Criminal Liability Be Removed From All Imprisonable Offences?", **Irish Jurist**, C. 45, 2010, ss. 1-21.
- BROWN Darryl K., "Criminal Law Reform and the Persistence of Strict Liability", **Duke Law Journal**, C. 62, S. 2, 2012, ss. 285-338.
- CANPOLAT Can, **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir**, Adalet, Ankara, 2016.
- CİN Halil / AKYILMAZ Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- CRESPO Eduardo Demetrio, "Schuld und Strafzwecke", **Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag**, De Gruyter, Berlin, 2011, ss. 689-704.
- DANNECKER Gerhard, "Compliance - Domestic and International Good Practices: Tendenzen zur Verrechtlichung ethischer und unternehmensinterner Regeln", **Die Kriminalwissenschaften als Teilder Humanwissenschaften, Festschrift für Dieter Dölling zum 70. Geburtstag**, Baden Baden, 2023, ss. 131-156.
- DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, 12. Bası, Beta, İstanbul, 1999.
- DUBBER Markus D., **The Model Penal Code, Legal Process, and the Alegitimacy of American Penalty**, **Foundational Texts in Modern Criminal Law**, Oxford University Press, Oxford 2014, ss. 239-261.
- DÜLGER Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- ERDOĞAN Murat, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Lykeion, Ankara, 2019.
- EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: 1 Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 1995.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.
- ERSOY Uğur, "Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaşabilirliği", **TBB**, Y. 26, S. 109, 2013, ss. 203-250.
- FRISCH Wolfgang, "Keine Strafe ohne Schuld- Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften", **Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens (Beiträge von 1977-2018)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, ss. 153-180.

- FRISTER Helmut, **Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts**, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- GÖKTÜRK Neslihan, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Seçkin, Ankara, 2016.
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, Ekin, Bursa, 2015.
- GÜNTHER Klaus, “Die Person der personalen Rechtsgutslehre”, **“Personale Rechtsgutslehre” und “Opferorientierung im Strafrecht”**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, ss. 16-39.
- HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2016.
- HERRING Jonathan, **Criminal Law: Text, Cases, and Materials**, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- HÖRNLE Tatjana, “Die Verfassungsrechtliche Begründung des Schuldprinzips”, **Strafrechts und Wirtschaftsstrafrecht Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag**, Carl Heymanns, München, 2008, ss. 325-343.
- İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967.
- ISENSEE Josef, “Das Strafrecht als Medium der grundrechtlichen Schutzpflicht”, **Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle**, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, ss. 249-278.
- İSFEN Osman, “Das Ausnahmestrukturmodell in Art. 34 II des Türkischen Strafgesetzbuches - Eine Kritische Würdigung im Hinblick auf Dessen Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011, ss. 1- 46.
- JAKOBS Günther, “Das Schuldprinzip”, **Strafrechtswissenschaftliche Beiträge: Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, ss. 676-693.
- JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil -Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch-**, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991.
- JESCHECK Hans-Heinrich / WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- KANT Immanuel, **Ahlakın Metafiziği - Hukuk Öğretisinin Metafizik Temel İlkeleri -**, (çev. A. Heper), Fol, Ankara, 2022.
- KAUFMANN Armin, **Die Aufgabe des Strafrechts**, Westdeutscher Verlag, Düsseldorf, 1983.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- KURT L. Müjde / TANER Fahri Gökçen, “Kusur Kavramının Haksız Fiil ve Klasik Suç Öğretisine Göre Suç Bakımından Karşılaştırılması”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Y. 12, S. 2, 2024, ss. 133-154.

- KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Franz Vahlen, München, 2017.
- KÜHL Kristian, “Besonders hohe Grenzen für den Strafgesetzgeber”, **Strafrechtspraxis und Reform Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag**, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, ss. 117-134.
- LAGODNY Otto, **Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte**, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996.
- MAHLMANN Matthias, “Rechtsgüter: Stolpersteine des liberalen Verfassungsstaates?”, **Rechtsstaat und Strafrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, ss. 67-83.
- MERAKLI Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- MONTENEGRO Lucas / RENZIKOWSKI Joachim, “Vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff? Nacherzählung einer Wende, die es so nicht gab”, **Schuldgrundsatz**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, ss. 77-97.
- NEUMANN Ulfrid, “Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit”, **ZStW**, C. 99, S. 4, 1987, ss. 567-594.
- ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 1992.
- ÖZEN Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A, Ankara, 1998.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 24. Baskı, Yetkin, Ankara, 2024.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 23. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- PAPATHANASIOU Konstantina, **Irrtum Über Normative Tatbestandsmerkmale**, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.
- PRENDERGAST David, “The Constitutionality of Strict Liability in Criminal Law”, **Dublin University Law Journal**, C. 33, 2011, ss. 285-318.
- ROXIN Claus, “Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland”, **GA**, Y. 158, S. 12, 2011, ss. 678-695.
- ROXIN Claus / GRECO Luis, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre**, C.H. Beck, München, 2020.
- SCHWALM Georg, “Schuld und Schuldfähigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetze vom 25. 6. und 4. 7.1969, des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, **JZ**, C. 25, S. 15/16, 1970, ss. 487-495.
- SIMMLER Monika, “Strict Liability and Purpose of Punishment”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, 2020, C. 23, S. 4, ss. 516-564.
- STARCK Christian, “GG. Art I”, **von Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz - Band: 1**, 7. Auflage, C.H. Beck, 2018.

- STÄCHELIN Gregor, **Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat**, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- STUCKENBERG Friedrich, “Funktionale Schuldbeurteilung”, **Schuldgrundsatz**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, ss. 129-142.
- TALAS Serdar, Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (actio libera in causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- TOEPEL Friedrich, “The Fault Element in the History of German Criminal Theory: With Some General Conclusions for the Rules of Imputation in a Legal System”, **Criminal Law and Philosophie**, C. 6, 2012, ss. 167-186.
- VERREL Torsten / LINKE Alexander/ KORANYI Johannes, “StGB § 21”, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar - Zweiter Band (§§ 19 bis 31)**, 13. Auflage, De Gruyter, Berlin/Boston, 2021.
- WAPLER Friederike, “GG Art I”, **Dreier Grundgesetz Kommentar**, 4. Auflage, Mohr Siebeck, 2023.
- WELZEL Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- WOLFF Ernst Amadeus, “Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität”, **ZStW**, C. 97, S. 4, 1985, ss. 786-830.
- ZABEL Benno, “Welche Freiheit schützt das Strafrecht? Zur aktuellen Debatte um Menschenwürde, Tadel und Opferinteressen”, **ZStW**, C. 133, S. 2, 2021, ss. 358-384.
- ZAFER Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2021.

ŞİLİ'DE YENİ ANAYASA YAPIM SÜRECİ (2021-2022): BAŞARISIZLIĞIN SEBEPLERİ VE SÜREÇTEN ALINACAK DERSLER^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Davut ÖZYURT**^(**)

Öz: Şili'de demokratik anayasa yapım süreci, beklenmedik bir biçimde başarısız olmuştur. Teorik bakımdan post-egemen anayasa yapımına dair temel prensiplere bağlı kalınmasına rağmen, istenen netice alınamamıştır. Başarısızlığın sebeplerinin incelenmesi ile bazı dersler çıkarmak mümkündür. Kanaatimizce Şili sürecinin başarısız olmasına neden dört temel faktör vardır: 1) Anayasa Konvansiyonunun kompozisyonu ve çalışma usulüne ilişkin tasarım hatalıdır. 2) Süreçte, yeni anayasa yapımına ilişkin güçlü bir kurumsal direnç ortaya çıkmıştır. 3) Hem Bolivaryan yaklaşımdan hem de Pinochet anayasal düzeninden kaçınmaya çalışmak anayasa yapımını zorlaştırmıştır. 4) Dönüşümcü anayasacılık yaklaşımı süreç içinde ütöpik bir hale gelmiştir. Tüm bu sebeplerin incelenmesi ile sürece ilişkin bazı dersleri çıkarmak mümkün olmuştur: 1) Bir ülkedeki siyasi partilerin, sürece yeterli ve aktif katılımı yeni anayasa yapımı için hayatidir. 2) Sürecin genel anlamda tasarımı, sürecin başarısında en önemli paya sahip olan husustur. 3) Sürece dair kurumsal direncin oluşmaması veya en aza indirilmesi konusunda azami dikkat gösterilmelidir. 4) Anayasa yazımından önce, anayasanın esasına dair mutabakat olmalıdır. Hak ve özgürlükler, bunların uygulanmasına dair mekanizmalar gözetilerek düzenlenmelidir. 5) Daha önce başarısız olan süreçler var ise buralardaki hatalar tespit edilmelidir. 6) Demokratik anayasa yapımı ve dönüşümcü anayasacılığın, siyasi menfaat temin etmek için araçsallaştırılmasından kaçınılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Şili Anayasa Yapım Süreci, Şili Anayasa Konvansiyonu, Post-Egemen Anayasacılık, Dönüşümcü Anayasacılık, Başarısız Anayasa Yapımı.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 27.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 17.06.2025.

^(**) Polis Akademisi, İç Güvenlik Fakültesi, Hukuk Bölümü Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: davuthangazi@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8255-5234>.

CHILEAN NEW CONSTITUTION-MAKING PROCESS (2021-2022): THE CAUSES OF THE FAILURE AND THE LESSONS FROM THE PROCESS

Abstract: Chilean democratic constitution-making process failed unexpectedly, regardless of complying with the tenets of post- sovereign constitution-making. Analysing the causes of the failure lead us to conclude that there are four factors generating the failure: 1) The composition of Constitutional Convention and its regulations was ill-designed. 2) In the process, a heavy institutional resistance to the process appeared. 3) The aversion of both Bolivarian approach and Pinochet's constitutional order hampered the process. 4) In the process, transformative approach became utopic. With all the reasons, it is possible to take lessons from the process: 1) The sufficient and active participation of political parties is vital for a constitution-making. 2) The design of the process in general is salient for the success of the process. 3) There should be maximum effort to evade the institutional resistance and/or reduce it to the least possible level. 4) Before writing-stage, reaching the consensus on how to write the new constitution is necessary. Regulations of the rights and freedoms should take into account of their execution mechanisms. 5) If there is a failed process in the past, it should be analysed. 6) The democratic constitution-making and transformative constitutionalism should not be utilized for political benefits.

Keywords: Chilean Constitution-Making, Chilean Constitution Convention, Post-Sovereign Constitutionalism, Transformative Constitutionalism, The Failed Constitution-Making.

GİRİŞ

Bu çalışmada bir anayasa yapım sürecinin nasıl başarısız olabileceği, hangi dinamiklerin başarısız sonuca yol açtığı ve başarısız bir sürecin sonuçlarının neler olacağı, Şili örneği üzerinden ortaya konulacaktır.

Şili’de 1828, 1833, 1925 ve 1980’de olmak üzere dört farklı anayasaya yürürlüğe girmiştir¹.

1980 Anayasası ise Pinochet’in bir darbe ile iktidara gelmesinin ardından hazırlanarak dikta anayasası olarak yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple Pinochet’in 1990’da iktidardan ayrılmasının ardından, anayasa altmışın üzerinde değişikliğe uğramış, bu değişikliklerden 1991 ve 2005 yıllarında olanlar anayasal düzenin iskeletini değiştirmiştir². Günümüzde ise Şilili pek çok yazar tarafından mevcut anayasanın Pinochet ile ilgisinin neredeyse kesildiği ifade edilmektedir. Fakat özellikle neo-liberal politikalar ve sosyal haklar bakımından eksikliklerin devam ettiği, belirli bir siyasi kesimin anayasal anlamda korunduğu yönündeki eleştiriler güncelliğini korumaktadır. Diğer yandan konunun özellikle siyasi partiler tarafından seçim dönemlerinde kullanılabilecek bir malzeme olarak görüldüğü belirtilmektedir. Zira toplumun Pinochet’e karşı menfi tutumu nedeniyle anayasa meselesi 1980’den bu yana siyasi bir değer korumaktadır.

2019’da hayat pahalılığını protesto etmek için başlayan gösteriler, kısa zamanda anayasal reform taleplerine dönüşmüştür. Toplum, anayasal düzenin kurduğu iktisadi yapının değişmesinden, toplu taşımayla sosyal güvenliğe kadar uzanan bir dizi sosyal hakkın ihdas edilmesini, var olanların ise gerçekleştirilmesini talep etmektedir. Protestoların, şiddetin yayıldığı bir zemine evrilmesinin üzerine, ülke çapında olağan üstü hal ilan edilmiştir. Fakat protestolar dinmemiş, aksine boyutlanmıştır. Ülkenin ana akım siyasi partileri başta olmak üzere tüm siyasi partiler, bir araya gelerek anayasa reformu yapılacağını duyurmuştur. Siyasi partiler arası bu anlaşma 15 Kasım Mutabakatı olarak anılmıştır³.

¹ CASTRO Jose Manuel, “Jaime Guzmán, Gremialismo, and the Ideological Origins of the 1980 Constitution”, *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, C. 33, S. 2, 2022, ss.25-46.

² CONTRERAS Pablo/ LOVERA Domingo, “A Constituent Process? Chile’s Failed Attempt to Replace Pinochet’s Constitution (2013-2019)”, *Recht*, C. 13, S. 3, ss. 297-314.

³ GARCIA Jose, “A failed but useful constitution-making process: How Bachelet’s process contributed to constitution-making in Chile”, *Global Constitutionalism*, C. 13, S. 1, 2024, ss.239-249, s.245.

Mutabakatın hemen ardından anayasa meclisinin kuruluşuna dair 2020’de bir referandum yapılarak halka yeni bir anayasa isteyip istemedikleri sorulmuştur. Referandumda seçmenlerin yaklaşık %78’i yeni bir anayasa yapılması yönünde oy vermesi üzerine Anayasa Konvansiyonu kurulması kararı alınmıştır. 2021’de yapılan seçimler ile Konvansiyon üyeleri seçilmiştir. Konvansiyon Temmuz 2022’de nihai anayasa taslağını halka sunmuştur. Fakat taslak, yapılan referandumda kullanılan oyların yaklaşık %62’si ile reddedilmiştir⁴.

Şili’nin bir örneklem olarak seçilmesinin en temel sebebi, ortaya çıkan anayasa meclisinin oldukça geniş, ulusal ve uluslararası akademik ve siyasi desteğe sahip olmasına karşılık sürpriz bir şekilde başarısız olmasına dayanmaktadır. Eylül 2022’de yapılan referandum sonuçlarına baktığımızda ortaya bir paradoksun çıktığını görüyoruz. Her cenahtan *status quo*’nun değişiminden yana rüzgara rağmen değişim gerçekleşmemiştir.

1999 Venezüela, 2009 Bolivya, 1993 Peru ve 2008 Ekvador gibi diğer Latin Amerika örneklerinden farklı olarak Şili’de anayasa yapım süreci otokratlardan veya siyasi liderlerden kaynaklanmamıştır. Şili’de anayasa değişikliği süreci ülke içerisinde geniş bir mutabakata dayanmıştır. Neredeyse bütün siyasi partilerin bir araya gelerek imzaladıkları 15 Kasım 2019 mutabakatı, ülke içindeki sağ ve sol kanat siyasi partileri bir araya getirmeyi başarmıştır⁵. Böylelikle anayasa yapım süreci bir referandum ile başlatılmıştır. Süreç içerisinde yenilikçi ve devrimci bir dil hâkim olmaya çalışsa da siyasi aşırılıkçı ve devrimci gruplar sürece dahil edilmemiş⁶, bunun yerine post-egemenci bir yaklaşım⁷ tercih edilmiştir. Vatandaşlar en başta süreci desteklemişlerdir. Anayasa yapım süreci tasarlanırken, uluslararası akademik dünyanın makul gördüğü kurallarla uyumlu olmaya çaba gösterilmiştir. Anayasa Konvansiyonunun çalışmaları ise dönüşümcü anayasacılık taraftarlarınca destek görmüştür⁸.

⁴ VERDUGO Sergio/ GARCIA-HUIDOBRO Luis Eugenio, “How do constitution-making processes fail? The case of Chile’s Constitutional Convention (2021-22)”, **Global Constitutionism**, C. 13, S. 1, 2023, ss.154-167.

⁵ GARCIA, s. 245.

⁶ VERDUGO Sergio/ PRIETO Marcela, “The Dual Aversion of Chile’s Constitution-making Process”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 19, S. 1, ss. 265-293, s.265.

⁷ Post-egemen anayasa yapımı ifadesi kurucu iktidar teorisi dışında anayasa yapımının da mümkün olduğunu belirten ve demokratik anayasa yapımı olarak da adlandırılan bir yöntemi ifade etmektedir. Kavramın gelişmesi büyük ölçüde Andrew Arato’ya ithaf edilmiştir.

⁸ VERDUGO / GARCIA-HUIDOBRO, s.157-158.

Anayasa Konvansiyonu tarafından hazırlanan nihai taslak metni, 1980 Anayasası'na getirilen eleştiriler ve bunlar kapsamında iyileştirme olarak görülen şu hususlara bir cevap olarak ortaya çıkmıştır: sosyal hakların genişletilmesi, yasama organının güçlendirilmesi, çoğulcu demokrasinin geliştirilmesi ve karar alma süreçlerine doğrudan halkın katılmasına izin veren sosyal katılımcılık. Son derece yüksek bir mutabakat ve anayasa yapım sürecine katılım neticesinde başlayan anayasa yapım sürecinin ürettiği nihai taslak; hak ve özgürlükler alanındaki bazı reformlar, bölünmüş ve ihtilaflı olan toplum yapısı, Konvansiyon üyeleri arasında çatışma, kutuplaşma ve hiziplere sebep olmuştur. Sonuç olarak halkın çok önemli bir kısmı yeni bir anayasa yapımını istese de taslağı reddetmiştir. Zira halk, nihai taslağı *status quo*'da bir iyileştirme olarak görmemiş ve daha iyi bir versiyon için beklemeye karar vermiştir⁹.

Şilililer, uzun bir süredir Pinochet iktidarının kurumsal mirasını ortadan kaldırarak, anayasada var olmasına karşın güvence altına alınmamış olan sosyal hakları bir sonraki aşamaya taşımayı arzulamaktadır. İşte bu noktada ilginç olan şudur ki dönüşümcü tabiatı ile nihai anayasa taslağı son derece güçlü bir sosyal haklar ve azınlıkların korunması mekanizması öngörmüş olmasına rağmen başarısız olarak halk nezdinde kabule şayan görülmemiştir. Referandum sonucunu açıklamaya izin veren belirli hususları tespit etmek mümkündür. Şili içinden ve dışından süreci gözlemleyenler; siyasi kampanyalar, yanlış bilgilendirme, medyanın konuya önyargılı yaklaşması, sürecin yanlış tasarlanması gibi farklı konulara odaklanmışlardır¹⁰.

Pek çok yazar anayasa yapım sürecinin oluşum ve dizaynındaki eksiklere odaklanarak başarısızlığı açıklamışlardır¹¹. Ayrıca bir kısım yazar sonuçtan seçim kurallarını sorumlu tutarak olması gereken makul siyasi temsil düzeninin oluşmadığını ifade etmiştir¹². Diğer bazı yazarlar ise Anayasa

⁹ LARRAIN Guillermo/ NEGRETTO Gabriel/ VOIGT Stefan, "How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile", **Public Choice**, C. 194, 2023, ss.233-247, s.239.

¹⁰ PISCOPO Jennifer/ SIAVELIS Peter, "Chile's Constitutional Chaos.", **Journal of Democracy**, C. 34, S. 1, ss.141-155, s.141; LANDAU, David, "Introduction: Symposium on the Chilean Constitutional Referendum", **International Journal of Constitutional Law Blog**, 23.09.2022, <https://www.icconnectblog.com/introduction-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum/> (Erişim Tarihi: 21.07.2024); VERGARA Camila, "The Oligarchic Takeover of the Constituent Process", **NACLA Report on the Americas**, C. 54, S. 4, 2022, ss. 453-457; VERDUGO / GARCIA-HUIDOBRO, s.162.

¹¹ VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.162.

¹² PISCOPO/ SIAVELIS, s.141-155; VERDUGO /GARCIA-HUIDOBRO, s.162.

Konvansiyonu'nun âdem-i merkeziyetçi yapısını gerekçe olarak göstermiştir. Siyasetle ilgisi olmayan bağımsızların domine ettiği anayasa yapım organı, siyasi sağın gerçek değerinin altında temsil edilmesine neden olmuştur. Buna bağlantısız ve şeffaf anayasa yazım süreci de dahil olunca başarısızlık kaçınılmaz olmuştur¹³. Netice olarak başkanın siyaseten desteğinin azalması, giderek kötüleşen ekonomik şartlar, göç ve suç oranlarındaki artışta dahil olmak üzere pek çok farklı faktörün bir araya gelmesi başarısızlık neticesini oluşturmuştur¹⁴.

Bu açıklamaların bir kısmı diğerlerine nazaran üstünde daha çok durulması gerekenler, zira Şili'nin anayasa yapım sürecinde başarısız olmasından çıkarılacak dersler vardır¹⁵. Bu kapsamda hatanın tespitinden ziyade anayasa yapım süreci ve demokrasi tasarımı konusunda karşılaşılan zorlukları tarif ve tasnif etmek çok daha isabetli olacaktır¹⁶.

I. ANAYASA SÜRECİNİN BAŞARISIZ OLMASININ SEBEPLERİ

A. Anayasa Konvansiyonuna Dair Sorunlar

Anayasa Konvansiyonuna ilişkin sorunlar konusunda, Konvansiyon üyelerine göre de en önemli sorun Konvansiyonun bizzatı kendisi, yani tasarımıdır. Konvansiyon her ne kadar demokratik anlamda katılımcı olsa da siyasi temsil bakımından dengesiz olmuştur¹⁷. Konvansiyonun bağımsız üyeleri, esasen halk nezdinde karşılığı olmayan kişilerdir. Ayrıca sağ ve sol kanadın aşırılıkçı uçlarında yer alan siyasi partiler de Konvansiyon içinde hem sayısal hem fonksiyonel anlamda çok güçlenmişlerdir¹⁸.

¹³ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.234.

¹⁴ ALEMAN Eduardo/ NAVIA Patricio, "Chile's Failed Constitution: Democracy Wins", *Journal of Democracy*, C. 34, S. 2, 2023, ss.90-104, s.90; PISCOPO / SIAVELIS, s.141-155.

¹⁵ LARRAIN/ NEGRETTO / VOIGT, s. 233.

¹⁶ ZULUETA-FULSCHER, Kimana, "How Constitution-making Fails and What Can We Learn from It?", *IDEA Discussion Paper*, 2023, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/how-constitution-making-fails-and-what-we-can-learn-from-it.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2024), s.3-6.

¹⁷ ISSACHAROFF Samuel/ VERDUGO, Sergio, "The Uncertain Future of Constitutional Democracy in the Era of Populism: Chile and Beyond", *University of Miami Law Review*, C.78, 2023, ss.1-64, s.53.

¹⁸ LANDAU David, "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America", *Comparative Constitution-making*, Hanna Lerner / David Landau (Editör), 1. Bası, Edward Elgar Press, Cheltenham, 2019, ss. 567-589, s.567; DELUCCHI Adriana Suarez, "The Chilean Constitutional Convention: An Exercise for the Pluriverse", *Global Studies Quarterly*, C. 4,

Yukarıda izah edilenlerin tamamı esasında Konvansiyonun çalışma esaslarını belirleyen prosedürel kurallar ve seçim usulleri ile ilişkilidir. Referandum, halkın katılımına ilişkin mekanizma, yargı ve benzeri kontrol mekanizmaları gibi anayasal kuvvetlerin ve kurumların tasarımı bir dizi siyasi ve iktisadi sonuç doğurmaktadır ki tüm bunlar anayasa yapımının başarısını ciddi bir biçimde etkileme kabiliyetini haizdir¹⁹.

1. Anayasa Meclisinde Temsil Sorunu: Bağımsız Üyeler, Eksik Temsil ve Siyasi Partilerin Süreç Dışında Kalmaları

Anayasa yapım sürecinde siyasi partiler, görüşlerine göre farklı pozisyonları işgal ederler. Siyasi parti liderleri de partilerinin konumlanmalarına göre uzlaşmayı temin etmeye çaba gösterirler. Uzlaşmayı temin etmek için gerekir ise kendi gündem ve menfaatlerinden taviz vermek ve oylamaları idare etmek en önemli vazifeleridir. Partinin süreçteki temsilcileri, anayasa yapım organında gönderilen üyeler olarak anayasanın yapımı ve sürecin tasarımıyla sorumludur. Ayrıca anayasa yapımından sonra da farklı anayasal organlarda görev alarak anayasanın uygulanmasından da sorumludurlar. Eğer taslak metnin halk referandumuna sunulması gerekiyor ise siyasi partiler burada merkezi bir rol oynayacaktır²⁰.

Anayasanın yazımı ise, birden çok mekanizmanın işbirlikçi bir hareket tarzı ile karar alma süreci olup hedefi, bireysel tercihlerin kolektif tercihlere dönüştürülmesi veya bir araya getirilmesidir²¹. Siyasi partiler bu anlamda, anayasal tercihleri belirleyerek anayasa yapımını üstlenen geleneksel organizasyonlardır.

Otoriter rejimin ardından demokrasi evresine geçilmesi ile birlikte Şili’de siyasi partiler halk nezdinde önemli bir desteğe sahip oldular. Küresel bir araştırma organizasyon tarafından yapılan bir ankete göre 1989-1993

S. 3, 2024, ss.1-14, s.7-11; HEISS Claudia/ SUAREZ Julieta, “Constitution-Making in the 21st Century: Lessons from the Chilean Process”, **Political Science & Politics**, C. 57, S. 2, 2024, ss. 282-285, s.284; LANDAU David/ DIXON Rosalind, “Utopian Constitutionalism in Chile”, **Gloal Constitutionalism**, C. 13, S. 1, 2024, ss.228-238, s.232; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.162-163; ZULUETA-FULSCHER, s.14; PISCOPO/ SIAVELIS, s.141-155.

¹⁹ GINSBURG Tom, **Comparative Constitutional Design**, 1.Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s.31-66; ZULUETA-FULSCHER, s.3-6.

²⁰ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.241; ZULUETA-FULSCHER, s.3-6.

²¹ VOIGT Stefan, “Positive constitutional economics-A survey”, **Public Choice**, C. 90, 1997, ss.11-53; ELSTER Jon, “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”. **Duke Law Journal**, C. 45, 1995, ss.364-396, s.364.

yılları arasında ülke nüfusunun yarısı, siyasi partilere karşı güven beslemekteydi. Fakat bu zaman diliminden günümüze gelene kadar söz konusu güven ve destek istikrarlı bir biçimde gerilemeye başladı²². Aynı anket 2017-2022 yılları arasında tekrarlandığında halkın sadece %17.6'sı siyasi partilere güveniyordu.

Anayasa Konvansiyonu seçimleri, 2019 protestolarının yarattığı bir iklimde gerçekleşmiştir. Söz konusu atmosfer, siyaset karşıtlığı ve devletin anayasal kurumlarına karşıt olmak olarak ifade edilebilir. Zira siyaset ve anayasal kurumlar Pinochet diktasının mirası olarak görülmektedir. Her ne kadar siyasi sistemi sarsan büyük çaplı gösteriler olsa da anayasal kuvvetler yapısı çökmemiştir²³. Sosyal baskı ve iklime hâkim olan siyasi belirsizlik, Şili Kongresini Konvansiyonu özel bir takım karakteristik unsurlarla donatmaya sevk etmiştir. Bunlar cinsiyet eşitlikçi meclis yapısı, yerlilere rezerve koltuk ihdas edilmesi ve siyasi partilere ayrılan kontenjana eşit olmak üzere bağımsızların seçimi olarak ifade edilebilir. Ayrıca seçimler, bağımsız listelerin lehine olan ve Şili'nin pek de alışık olmadığı seçim usulleri ile yapılmıştır. Ortaya çıkan sonuç Kongre seçimlerinde siyasi partilerin elde ettikleri temsil oranları ve siyasi partilerin ülkedeki temsil kabiliyetlerine benzer biçimde olmamıştır²⁴. Cinsiyet eşitliği ve yerlilere rezerve edilen koltuklar dışında siyasi, sosyal ve kültürel çeşitliliğin çok daha fazla göze çarptığı ifade edilebilir. Konuyu inceleyenlere göre bu alışık olunmayan seçim usulü taslağa ilişkin sorunları da körüklemiştir. Zira söz konusu seçim usulü, hiçbir siyasi tecrübesi bulunmayan ve/veya çok az tecrübesi bulunan kişilerin Konvansiyona üye olarak seçilmesine sebep olmuştur. Bu ise toplumla aralarında herhangi bir bağ olmadığı yönünde bir algı yaratmıştır²⁵. Ayrıca bağımsız üyelerin, anayasa yapımı ve siyaset hususlarında son derece tecrübesiz olmaları da halkın taleplerini anayasal düzenlemeler haline getirmekte çok zorlanmalarına neden olmuştur²⁶.

²² LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.239.

²³ GARCIA, s. 245.

²⁴ ESCUDERO Maria Cristina, "Institutional resistance: The case of the Chilean Convention 2021-22", **Global Constitutionalism**, C. 13, S. 1, 2024, ss.192-199, s.195; REYES-HOUSHOLDER Catherine/ SUÁREZ-CAO Julieta/ ARCE- RIFFO Javiera, "The Puzzle of Chile's Resilient Support for Gender Parity.", **PS: Political Science & Politics**, C. 57, S.2, 2024, ss.263-266; HEISS/ SUAREZ, s.284; ISSACHAROFF / VERDUGO, s.21-28.

²⁵ ESCUDERO, s. 195; LANDAU/ DIXON, s. 235; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.21-28; HEISS/ SUAREZ, s.284.

²⁶ VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.161.

Konvansiyon üye seçimi ile ilgili bazı kurallar, halkın güvensizliğini daha da körüklemiştir. Bunlardan en önemlisi bağımsızların bir liste halinde seçime girebiliyor olmalarıdır. Söz konusu bağımsız grupların organizasyonel kabiliyetleri olmadığı gibi takip ettikleri bir program da bulunmamaktadır²⁷. Pek çok bağımsız, çevrecilik ve feminizm gibi tek bir konuyu kendisine gündem haline getirmiş birer aktivisttir. Bir müzakere yönetme kabiliyeti veya hedefleri bulunmadığı gibi anayasa yapımı gibi çok boyutlu bir görevi üstlenecek deneyimden de yoksundurlar. Bu sebeplerden ötürü tek bir liste ile seçime girseler bile devam eden süreçte birlikte hareket edemeyerek ayrışmaya mahkûm olmuşlardır²⁸.

Literatüre baktığımızda bazı yazarların, bağımsızların anayasa yapım sürecine girmeleri durumunda, siyasi partilerden daha fazla sürece katkı yapacakları yönünde görüş beyan ettiklerini görebiliyoruz. Burada temel argüman, siyasi partilerin kendi menfaatleri için çalışmalarından dolayı bağımsızların, kolektif faydaya daha çok hizmet edecekleridir²⁹. Fakat Şili örneği göstermiştir ki bağımsız üyelerin tarafsızlığı kesin değildir. Hatta tam tersine, bu üyeler tek bir konunun savunucusu olabilmektedir. Hal böyle iken bir anayasa taslağı üzerinde bu figürler ile uzlaşmak da çok zordur. Zira tek bir konuya ilişkin menfaat temin etmeyi gözüne kestiren birinden taviz almak zor olacağı gibi tatmin edilmediği durumda anlaşmaya varmak da kolay olmayacaktır³⁰.

Eğer üyeler, genel seçimler için herhangi bir amaç taşıyor ise başka kişiler ile koordine halinde hareket etmek konusunda da isteksiz olabilmektedirler. Başka bir deyiş ile siyasi bir beklentilerinin olmayışı, onları kendi odak noktalarını daha sıkı savunmaya itebilmektedir. Oysa teorik olarak siyasi beklentisi olmayan bir kişinin daha uzun vadeli hedefler için hareket etmesi gerektiğine dair bir beklenti vardır. Zira seçmenleri tatmin etmek gibi kısa vadeli menfaatleri gözetmek durumunda değildirler. Fakat parlamento seçimi gibi başkaca seçimlere girmeyecek olmak, söz konusu üyeler bakı-

²⁷ DELUCCHI, s.11; HEISS/ SUAREZ, s.284; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s. 49-55.

²⁸ ESCUDERO, s.195; LANDAU/ DIXON, s.235; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.21-28; HEISS/ SUAREZ, s.284.

²⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bakınız: MULLER Dennis, **Constitutional Democracy**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford, 1996.

³⁰ PLANZA Valeriza/ SOTOMAYOR VALAREZO Patricia, "Chile's Failed Constitutional Intent: Polarization, Fragmentation, Haste and Delegitimization", **Global Constitutionalism**, C. 13, S. 1, 2024, ss.200-209, s.205; LARRAIN/NEGRETTO/VOIGT, s. 241; HEISS/ SUAREZ, s.284.

mından Konvansiyonu son derece değerli kılmaktadır. Anayasa yapım sahası, tekrarı olmayan bir şans olarak görülmektedir. Bundan dolayı da hedefleri konusunda taviz verme eğiliminde değillerdir. Diğer yandan, parlamento üyesi olamayacaklarını bildikleri için gelecek dönemin parlamentosunu bağlayıcı kararlar almaya da meyil vardır³¹. Nihai taslağın, dünyanın en uzun anayasa metni olması da bundandır diye düşünülebilir.

Bu kapsamda iki önemli tespitte bulunmak mümkündür. İlk olarak, Konvansiyon'un yaklaşık üçte biri herhangi bir siyasi partiye üye olmayan ve siyasi kimliği bulunmayan bağımsızlardan oluşmuştur. Bunlara ek olarak 17 koltuk yerlilere rezerve edilmiş olup bu yerliler de bağımsızdır. Sonuç olarak Konvansiyon'un en az % 40'ı geleneksel siyasi zemine mesafeli kişilerden oluşmuştur. Konvansiyon çalışmalarının en başından itibaren bahse konu mesafenin korunmasına çalışılmış ve Konvansiyonun diğer siyasi kurumlar ile benzer bir işlev sergilemesinden kaçınılmıştır. Mesela bütün seçilmiş gruplar, üyelerinin radikalizmine göre ayrılmış ve "13 kolektifler" ortaya çıkmıştır. Fakat bu terimin geleneksel siyasette bir karşılığı yoktur³².

İkinci olarak, Konvansiyon ve Kongrenin formasyonları birbirleri ile paralel değildir. Şili'nin geleneksel siyasi partilerinin süreçteki etkileri muazzam ölçüde azaltılmıştır. Sağ kanat partilerin temsilcilerinden oluşan toplam sayı, Konvansiyonun üçte birine tekabül etmektedir. Fakat bu oran süreçte etkin olmak için yeterli değildir. Konvansiyon çoğunluğunun üçte ikisinin ancak yarısı sağlanabilmiştir. Bu sonuçlar 2017-2021 Kongre seçimleri ile mukayese edildiğinde ilginç bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bahse konu seçim periyodunda sağ kanat Kongrede son derece güçlü konumdadır. 2017'de Kongrenin alt kamarasının %46'sı, üst kamaranın da %44'ü sağ kanat temsilcilerinden oluşmaktadır. Benzer biçimde 2021 seçimlerinde de alt kamaranın %43,8'i ve Senatonun %50'si sağ kanat temsilcilerinden oluşmaktadır. 2021 seçimleriyle Konvansiyon çalışmaya başlamıştır. Dolayısıyla sağ ka-

³¹ LANDAU David, "Constitution-Making Gone Wrong", *Alabama Law Review*, C. 64, S. 5, 2013, ss. 923-980, s.938-958; PARTLETT William, "The Dangers of Popular Constitution Making", *Brooklyn Journal of International Law*, C. 38 S. 1, 2012, ss.193-238, s.209-2", *Brooklyn* NEGRETTO Gabriel, "Democratic Constitution-Making Bodies: The Perils of a Partisan Convention", *International Law Constitutional Law*, C. 16, S. 1, 2018, ss.254-279, s.263-67; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.241.

³² 13 Kolektifler olarak ifade edilen kesim siyasi hayat içerisinde esasen var olmayan ancak Konvansiyon seçimleri neticesinde ortaya çıkan temsil durumuna göre oluşan bir ittifak olarak ifade edilebilir. Bu grup esasen siyasi hayat veya gelenekte bir araya gelmemiş olan genellikle radikal görüşler barındıran daha küçük grupların ve dahi bağımsızların bir araya gelmesi ile oluşmuştur. ESCUDERO, s.195.

nat, aynı zaman diliminde iki farklı organda iki farklı pozisyonda yer almıştır. Diğer yandan geleneksel merkezi solun oranları da Kongre ile kıyaslandığında Konvansiyonda azınlıkta kalmış ve %16'da kalmıştır. 2017'de alt kamarada %31,6, üst kamarada %48'lik bir başarı kazanmış olan merkez sol 2021 seçimlerinde koltuk sayısını %23,8 ve %36 olarak azaltmıştır. Ancak siyaset üzerindeki ağırlığını devam ettirmiştir. Oysa Konvansiyonda sadece aşırılıkçı sol siyasi kanadın ve sosyalist partilerin ağırlığı ve etkileri gözlemlenebilmiştir³³. Fakat Konvansiyon, toplumda oluşan büyük bir anayasal reform beklentisini karşılamak ve toplumu değiştirmek gibi bir görevi yerine getirmek için kurulmuştur³⁴. Bunun için toplumun çok çeşitli unsurlarını ve bunlarını menfaatlerini gözetirken toplumun genelini de kapsamalıydı³⁵.

Geleneksel partilerin aksine, kendisini geleneksel sola rakip olarak tanımlayan sol ittifak, %18 ile ikinci en iyi sonucu elde etmiştir. Oysa bu ittifak 2017'deki parlamento seçimlerinde en az temsil kabiliyeti olan grup olmuştur. 2021 seçimlerinde ise başkanlık seçimlerini kazanarak parlamentonun alt kanadında bir büyüme yakalamış, ancak üst kanatta sayıları hemen hemen aynı kalmıştır. Ayrıca ittifak, Konvansiyondaki ağırlığı bağlamında rezerve temsilciler ile kendilerini geleneksel siyasete mesafeli gören diğer sol hareketlerden faydalanma imkânı da bulmuştur. Konvansiyonun üye tam sayısının 2/3'ü ile normların onaylanması kuralı sebebi ile radikallerden sosyalistlere kadar önemli bir kesim bir araya gelmek durumunda kalmıştır. Başka bir deyiş ile geleneksel siyasi aktörlerin yarısında fazlası Konvansiyonda dışarda kalmıştır³⁶.

Konvansiyon üyelerinin ancak çeyreğe yakını sağ kanadın temsilcisidir. Bu rakamlar ile sağ kanat, herhangi bir hususu veto etmek, tıkmak veya tıkanmış olan bir meseleyi açmak kudretini haiz değildir. Zira Konvansiyon Genel Kurulunda kabul için aranan 2/3 oranındaki nisap bakımından en az %33 oyu konsolide edebilmesi gerekmektedir. Eğer bu rakamlara ulaşabilmiş olsa idi, ortaya çıkan metin daha az radikal olurdu. Ayrıca Konvansiyon

³³ ESCUDERO, s.195; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.51; COUSO Javier, "Chile's 'Procedurally Regulated' Constitution-Making Process", **Hague Journal on the Rule of Law**, C. 13, 2021, ss.235-251, s.247.

³⁴ ESCUDERO, s.195-196; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.49-51; COUSO, s.247.

³⁵ Venedik Komisyonu, Şili'de Yeni Anayasa Yapımı Üzerine Düşünceler, No: 1075/2022, 18-19.03.2022, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)004-e) (Erişim Tarihi: 15.08.2024); ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.42; COUSO, s.247.

³⁶ ESCUDERO, s.195-196; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.50-52; COUSO, s.247; ALEMAN/ NAVIA, s.90.

içindeki ittifakların seyri ve gücü de değişirdi. Fakat bu koltuk sayısı ile imkân ve kabiliyetleri son derece sınırlı kalmıştır³⁷. Üstelik diğer gruplar ile iş birliğini arttırması durumunda kendi içerisinde de hizipleşmelerin doğması tehdidinden dolayı dış ilişkileri de geliştirememiştir³⁸.

Konvansiyonun genel anlamda bir müzakere ortamına sahip olmaması, sağ kanadın eksik temsili ile birleştiğinde sağ kanat açısından yapacak çok fazla bir şey de kalmamıştır. Dolayısı ile savunmacı bir çizgide ilerlemiştir. İçeride dışlanan bu kesim, dışarıda referandum bakımından ise taslağın kabul edilmemesi için çok çaba göstermiştir³⁹. Dahası geleneksel partilerin etkin olamayışı ve sol eğilimli ve anti partizan üyelerin Konvansiyondaki hakimiyeti, Konvansiyonu adem-i merkezi bir havaya bürümüştür⁴⁰. Dolayısı ile halk ve diğer kurumlar ile bağlantısı kesilen Konvansiyon çalışmaları na da bu durumu yansıtmıştır.

2. Konvansiyon Prosedürlerinin Negatif Etkisi: Karmaşık, Çözüm Odaklı Olmayan Kurallar

Konvansiyonun çalışma esas ve usullerini belirleyen prosedürleri, yapının dış dünya ile olan izolasyonunu derinleştirmiştir. Siyasi gruplar veya menfaat gruplarınca koordine edilmesi ve tartışılması için zaman ayrılma imkânı olmayan çok fazla konu, prosedürel bir gereklilik olarak Konvansiyonun önünde kalmıştır. Özellikle zaman kısıtı ve temas kurulması gereken kitlenin büyük olması nedeniyle özellikle Konvansiyon dışında kalan siyasi gruplar ile böylesi bir ilişki kurmak imkânı oluşamamıştır⁴¹.

a. Komite ve Komisyonlar ile Genel Kurulun Farklı Kabul Yeter Sayılarına Tabi Olması

Bazı prosedürel kuralları sebebi ile Konvansiyon çalışmaları karmaşık bir hale gelmiştir. Oysa bunların açık ve teknik anlamda somut olması ge-

³⁷ NEGRETTO Gabriel/ SANCHEZ-TALANQUER Mariano “Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis, 1900-2015”, *American Political Science Review*, C.115, S.: 2, 2021, ss.522-536; ALEMAN/ NAVIA, s.90; ISSACHAROFF / VERDUGO, s.52; COUSO, s.247.

³⁸ LARRAIN/NEGRETTO/VOIGT, s.242.

³⁹ COUSO, s.247; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.242; ESCUDERO, s.196; LANDAU/ DIXON, s.235; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s. 52.

⁴⁰ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.242-245; ESCUDERO, s.196; PISCOPO/ SIABELIS, s.141-155.

⁴¹ ESCUDERO, s.196.

rekmetektedir⁴². Özellikle oylamalara ilişkin karar yeter sayıları burada kaotik ortamın temel sorumlusudur. Komisyonda karar alınması için basit çoğunluk yeterli iken Genel Kurulda üye tam sayısının üçte ikilik çoğunluğu gerekmektedir. Ulaşılması kolay olan karar yeter sayısı nedeniyle komite ve komisyonlarda düzenlemelere ilişkin kararlar, uzlaşa için yeterli çaba sağlanmadan alınmıştır. Fakat bunlar Genel Kurulun önüne geldiğinde üçte ikilik nisaba ulaşma imkânı bulunamadığı için kabul edilmemiştir. Kabul edilmeyen düzenlemeler ise komisyonda tekrar incelenmesi için geri gönderilmektedir. Genel Kurul bunları değiştirerek kabul etme yetkisini haiz değildir. Komisyondaki temsilciler, ait oldukları genel zümreden daha radikaldir ve uygun siyasi senkronizasyondan da yoksundurlar. Kamuoyu için önemli olan konular ilk oylamada düşmüş ve bunlara ilişkin açıklama yazma ihtiyacı duyulmamıştır. Yani kamuoyu reddedilen düzenleme tekliflerine ilişkin bir açıklamaya ulaşamamıştır⁴³. Bunların tamamı Konvansiyon ile halkın arasını daha da açmıştır.

Son olarak Genel Kurulda karar almak için gereken üçte ikilik çoğunluk, başta niyetlenildiği gibi genel bir uzlaşa sağlanmasına hizmet etmemiştir. Konvansiyonun formasyonu göz önüne alındığında üçte ikilik nisap, sağ ve merkez sol siyasi kanadı tamamen sürecin dışında bırakmıştır. Dahası farklı gruplar açısından önemli olan konularda bu nisaba ulaşmak için, kümeleşmeler ile hareket edilmiş olup bir mutabakat veya anlaşma kastı güdülmemiştir. Bir grup için önemli olan konuya ilişkin oy alınması için karşılığında başka bir konu için oy verilmiştir. Yani oluşan kümelerdeki gruplar birbirlerini desteklemişlerdir. Fakat bu destek bir müzakere ya da anlaşmaya dayanmamıştır⁴⁴.

b. Şeffaf Anayasa Yazımı

Anayasa Konvansiyonundaki çalışmaların, şeffaf bir şekilde kamuoyu ile paylaşılmasına dair kural nedeniyle içerideki fikir ve tartışmalar detaylı bir biçimde kamuoyuna yansıtılmıştır. Fakat bunlar belirli şekil altında veya belirli bir formda değil olduğu gibi halka sunulmuştur. Eğer güvensizlik ortamı mevcut ise karar alma süreçlerinde, kamuya açıklık ve şeffaflık önem

⁴² Venedik Komisyonu, s.6-7.

⁴³ COUSO, s.243-247; GARCIA, s.246; HEISS/ SUAREZ, s.284; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.162-163; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.47-49.

⁴⁴ ESCUDERO, s.197; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.243; VERDUGO/GARCIA-HUIDOBRO, s.163. HEISS/ SUAREZ, s.284; GARCIA, s.248.

taşımaktadır. Ancak çalışmalar sırasında tansiyonun oldukça yükseldiği anlar⁴⁵ veya düzensizlik ile lakaytlık gibi hususların gözlemcilerle ulaştığı unutulmamalıdır. Üstelik bunlar kamuoyu tarafından anlaşılabilir kabul edilmeyecek konular da olabilir⁴⁶. Çalışmalar esnasında anlaşmayı temin etmek için ihtiyaç duyulan rahat ve güven anının, halkın gözü önünde yakalanması mümkün değildir⁴⁷. Şili bakımından buna bir ekleme daha yapılabilir: sürecin tamamen şeffaf olması, süreci takip etmeyi ve anlamayı zorlaştırmıştır. Pek çok hadisede, Konvansiyon ve üyeleri kamuoyu nezdinde ciddiyetsiz olarak algılanmıştır⁴⁸.

c. Halkın Doğrudan Katılım Mekanizmalarının Başarısız Olması

Halkın anayasa yapım sürecine katılımı ve prosedürel önlemler gibi diğer mekanizmalar, kurumsal direncin kapasitesini azaltabilirdi. Literatüre baktığımızda halkın katılımının hem menfi hem de müspet etkileri olduğunu görüyoruz. Müspet etki bakımından en mühim olanı, halkta yeni anayasaya dair farkındalığın ve motivasyonun artmasıdır ki bu sayede süreç çok büyük bir meşruiyet kazanmıştır⁴⁹. Anayasa meclisinde alınacak kararlara ilişkin kurallar, unsurlar arası koordinasyonu cesaretlendirebilir veya tartışma esnasındaki menfaatlerin yeni bir dağıtıcı anlaşmaya ulaşmasını temin edebilir⁵⁰.

Halkın doğrudan sürece katılımı bakımından Konvansiyon farklı mekanizmalar deneyerek karar alma süreci ile halk arasında bağ kurmaya çalışmıştır. Konvansiyonun iç regülasyonlarında, halk teşebbüsü, halk oturumları, Konvansiyon üyeleri ile vatandaşların birlikte halka açık forum ve toplantılar tertip etmesi gibi mekanizmalar öngörülmüştür. Kâğıt üzerinde Konvansiyonun niyeti yoğun ve geniş kapsamlı halk katılımını tesis etmektir.

Halk teşebbüsü büyük bir mobilizasyona dönüşmüştür. 6.000'in üzerinde halk teşebbüsü sunulmuş fakat bunlardan ancak 2.500 tanesi yeterli imza sayısına ulaşabilmiştir. 2.500'in de sadece %3.3'ü, Konvansiyonun değerlendiril-

⁴⁵ ZULUETA-FULSCHER, s.7.

⁴⁶ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s. 243; Venedik Komisyonu, s.8.

⁴⁷ ELSTER, 1995, s.364-396; ESCUDERO, s.198-199; LANDAU/ DIXON, s.228; ZULUETA-FULSCHER, s.11.

⁴⁸ HEISS/ SUAREZ, s.284; PISCOPO/ SIABELIS, s.141-155.

⁴⁹ NEGRETTO Gabriel, "Replacing Constitution in Democratic Regimens", **Redrafting Constitution in Democratic Regimes**, Gabriel Negretto (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss.101-128; Venedik Komisyonu, s.8.

⁵⁰ ESCUDERO, s.197.

lebilmesi için resmi olarak kaydedilmiştir. Bunlarında ancak yarısı kısmen onaylanmıştır. Konvansiyona ulaşan halk teşebbüslerinden bir kısmı nihai taslakta düzenlemeye konu olmuştur. Fakat bu hususa ilişkin yaratılan beklenti ile kıyaslandığında, neticede ortaya gerçek etki çok küçük kalmıştır⁵¹.

Mümkün olduğu kadar geniş bir kitleyi kabul etmek için çaba harcayan komisyonların, oturumlarına katılım da oldukça yüksek olmuştur. Fakat bunların etki ve katkılarının ölçülebilmesi güçtür. Benzer zorluk, forum ve toplantılar için de geçerlidir. Çoğu zaman harici katılımcıların girdileri pek de önemli olmamıştır. Zira üyelerin siyasi hesapları, halkın taleplerinin önüne geçmiştir. Mesela, siyasi Siyasi Sistem ve/veya Çevre Komitesindeki tartışmalar, niteliği itibarı ile Konvansiyon üyelerinin menfaatleri bakımından çok önemlidir⁵². Özetle, hiçbir katılım mekanizması, halk ve Konvansiyon arasında köprü olamamış ve bazı üyelerin siyasi saikler ile süreci kullandıkları ve toplumla aralarında herhangi bir bağ olmadığı yönündeki ağır eleştirileri engelleyememiştir⁵³.

Yapılan her iki referandumun farklı usullere bağlanması da sonucu etkilemiştir. Anayasa yapılmasının gerekliliği üzerine halktan görüş istenen ve süreci başlatan referanduma katılım gönüllülük esasına bağlı iken nihai taslağın oylandığı son referanduma katılımın zorunlu olması da sonuca olumsuz yönde etki etmiştir. Zira özel bir seçim usulü ve gönüllü oy verme usulü ile yapılan ilk referandum parti liderliği altında toplanmamış ve organize olamamış olan bir yapı ve çoğunluğu radikal ve bağımsızlardan oluşan bir Konvansiyon meydana getirmiştir. Fakat bu referandumda oy kullanmayan kesim taslak metnin oyladığı referanduma zorunlu olarak katıldıklarında, bir önceki referanduma katılan kitleden farklı bir tercih ortaya koymuştur. Olması gereken ise süreci başlatan ve bitiren referandumların aynı usul ve esaslar ile yapılmasıdır⁵⁴.

B. Kurumsal Direnç

Aslında konuya ilişkin en güzel ve kısa tanım ile görüşü Venedik Komisyonunun verdiğini görüyoruz. Şili tarafında anayasa yapım sürecine gidilirken Venedik Komisyonundan görüş talep edilmiştir. Venedik Komisyonu, Konseyi özellikle kurumsal dirence karşı uyarmıştır.

⁵¹ ESCUDERO, s.197.

⁵² ESCUDERO, s 198.

⁵³ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.239; PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.206-207; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.61;

⁵⁴ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.244.

Rapora göre Konvansiyon yenilikçi çözümler üretmeye odaklanmış ve kendisini mevcut anayasa ile herhangi bir bağ kurma zorunluluğunda hissetmemektedir. Çok açık görüşlü olan bu perspektif ile oluşturulan yeni anayasanın hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından mevcut anayasal düzende var olmayan başkaca kurumlara ihtiyaç duyulmaktadır. Burada ülkenin anayasa kültürünün de göz ardı edilmemesi gerekir. Eğer bu husus dikkate alınmadan bir anayasa yapılır ise bürokratlar, siyasetçiler ve yargıçlar, akademisyenler tarafından onun anlaşılması güç olacağından uygulanması da güç olacaktır. Tüm bunların ışığından Venedik Komisyonu tarafından Şili'nin anayasal ve hukuki kültürünün dikkate alınması gerektiğini vurguladığını ifade edebiliriz⁵⁵.

Sonuç itibarı ile yukarıda özetle belirtilen hususlar çerçevesinde yeni anayasanın kabulüne karşı ciddi bir direnç ortaya çıkmıştır.

1. Kurumsal Direncin Tanımı

Demokrasilerde anayasa yapım süreçleri belirli sınırlamalar dahilinde icra edilir ki bu sınırlar, anayasa yapım iradesini ortaya koyan unsur tarafından çizilir. Sınırlamalar, anayasa yapan organda yer alan dahili unsurlar ile dışında kalan harici unsurların nasıl bir araya geldiğine bağlı olarak değerlendirilir. Dahili unsurlar, kimin karar vereceğini ve kararların nasıl alınacağını belirlerken harici unsurlar; halkın katılımını, hükümet etkisini ve diğer öngörülmeleyen faktörleri içermektedir. Sonuç olarak, bir demokraside ne dahili ne de harici unsurlar, anayasa yapımı hususunda tek başına başarı veya başarısızlıktan sorumlu tutulamazlar. Ortaya çıkan sonuç, bu unsurların birbirleri ile etkileşiminden meydana gelmektedir. Siyasi sistemler ise anayasa yapım süreci ile dahili ve harici unsurlara bütün halinde reaksiyon vermektedir ki söz konusu reaksiyon anayasa taslağını kabul veya ret şeklinde olmaktadır. Dahili ve harici unsur süreçte, yeni bir anayasa yapımı iradesine bağlı kalmayı başaramadığında, değişime karşı kurumsal direncin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir⁵⁶. Bu noktada bir formül çıkarmak da mümkündür. Eğer var olan kurumlar, yeni anayasa yapımına menfi yönde yaklaşarak, sürece bağlı değil ise ve değişime muhalefet etmenin maliyeti de düşük ise kurumsal direnç ihtimali pek kuvvetlidir⁵⁷. Dolayısı ile sürecin unsur-

⁵⁵ Venedik Komisyonu, s.8.

⁵⁶ ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.47-49; ESCUDERO, s.192.

⁵⁷ ESCUDERO, s.192; LANDAU/ DIXON, s.228.

ları, kurumsal direncin ortaya çıkmasını engellemek adına, anayasa yapım sürecine bağlılığın gereklerini temin etmelidir. Şili’de ise Konvansiyonun, bu bakımdan görevini icra etmekte yetersiz kaldığı görülmektedir⁵⁸.

Dahili ve harici unsurlar arasındaki ilişkiyi anlamak için evleviyetle anayasa meclisindeki karar alma dinamiklerine bakmak gerekir. Karar alma dinamiklerini açıklamada faydalanılan teoriler iki gruba ayrılmaktadır. İlk grup koordinasyon yaklaşımını benimsemiştir. Kararların odağı, uzun dönem “kolektif faydaya” hizmet etmek olmalıdır. Beraber ve birlik içinde hareketi engelleyen etmenlerin üstesinden gelecek kuralları ihdas etmek de buna dahildir⁵⁹. Koordinasyonun hedefi, bütün aktörlerden en iyi sonucu almaktır. Esas mesele, asıl sebebe ilişkin motivasyonu sağlamak olup önemli olan halkın menfaatidir. Süreci optimize etmek için yaratılan tarafsız karar alma ve rasyonel motivasyon imkanları iyileştirilmelidir⁶⁰.

Diğer grup olan dağıtıcı yaklaşımın varsayımına göre anayasal kararların değerlendirilmesi bakımından konulan kuralların siyasi rekabette kimin faydasına olacağı hesaba katılmalıdır⁶¹. Elitlerin, siyasilerin ve diğer kurumların davranışları anayasa yapım sürecinin neticesi bakımından açıklayıcı bir rol oynamaktadır⁶². Koordinasyon imajı; müzakere, güç oyunları ve elitlerin menfaatlerinden birisi ile yer değiştirmektedir. Yani bunlar koordinasyon kisvesine bürünmektedir. Bu perspektiften bakıldığında, anayasa yapım sürecinin sonuçlarının, aktörlerin kendi menfaatlerini temin etme niyetinde olduklarını hesaba katan rasyonel tercih teorisi ile açıklamak daha yerinde olacaktır⁶³.

⁵⁸ ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.49-51; ESCUDERO, s.192; Venedik Komisyonu, s.10; LANDAU/ DIXON, s.228.

⁵⁹ HARDIN Russel, “Why Constitution?”, **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss.51-72, s.59-69.

⁶⁰ ELSTER Jon, “Clearing and Strengthening the Channels of Constitution-Making”, 1.Bası, **Comparative Constitutional Design**, Tom Ginsburg (Editör), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, ss.15-30; FISHKIN James, “Democracy When the People Are Thinking: Deliberation and Democratic Renewal”, **Proceedings of the American Philosophical Society**, C. 163 S. 2, 2019, ss.108-121.

⁶¹ ESCUDERO, s.193.

⁶² HIRSCHL Ran, “The Strategic Foundations of Constitutions”, **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg (Editör), 1.Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss. 157-181.

⁶³ NEGRETTO Gabriel, **Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America**, 1.Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, s.45-48.

Anayasa yapım sürecinin başarılı olması için her yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Koordinasyon durumunda yeni anayasa, yeni bir hükümet sistemi kurmalı ve kısa vadede tüm siyasi partilere, kendileri bakımından yeterli bir kazanım sunabilmeli; anayasanın halkın protestosu ile karşılaşmadan kabullenebilmesini temin etmelidir⁶⁴. Sürece bağlı olmak optimum çözümü işaret etmektedir. Optimum çözüm ise herkes için bir kazanım olarak mevcut kuvvetler yapısını aşmak ile olabilecektir. Dağıtıcı yaklaşımda ise, eğer siyasi aktörler, siyasi sitemdeki ağırlıkları açısından fazlaca kayıp yaşamıyor ise yeni metni kabullenme eğiliminde olacaktır⁶⁵. Yeni metinde, mutlak kaybeden olmamalı ve hiçbir aktör siyasi oyundan dışlanmış hissetmemelidir. Kimse muhalefet etmenin, kabul etmekten daha az maliyetli olduğunu düşünmemelidir⁶⁶. Hangi yaklaşım kabul edilir ise edilsin, kurumsal direncin oluşmasını engellemek önem arz etmektedir.

Bütün demokratik senaryolarda kurumsal direnç oluşacak diye bir kaide yoktur. Kuvvetler yapısında değişim yaşandığı durumlarda, genellikle anayasa yapım süreci bir araç olarak, bu yapıları konsolide etme fonksiyonu icra eder⁶⁷. Bu durumlarda kurumsal direnç oluşması için bir neden yoktur, çünkü anayasanın yenilenmesi için muhalefet ya ortadan kalkmıştır ya da asgari seviyeye inmiştir⁶⁸. Fakat zaman zaman anayasa meclisi, kuvvetler yapısındaki değişikliklerin konsolidasyonunu sağlayamaz⁶⁹. Eğer muhalefetin, anayasa meclisinde ve siyasi sistem içerisinde veto etme kabiliyeti var ise kurumsal direnç ihtimali de vardır⁷⁰.

⁶⁴ GALLIGAN Denis/ VERSTEEG Mila, "Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions", **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg (Editör), Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss. 3-48, s.31.

⁶⁵ ESCUDERO, s.193; ZULUETA-FULSCHER, s.13-14.

⁶⁶ COLOMER Josep, "Disequilibrium Institutions and Pluralist Democracy", **Journal of Theoretical Politics**, C. 13, S. 3, 2011, ss.235-247, s.236-247; ZULUETA-FULSCHER, s.13-17.

⁶⁷ LANDAU, 2019, s. 567-589.

⁶⁸ 1999'da Venezüella, 2007-2008'de Ekvador'da yaşanan anayasal süreçler bu kapsamda birer örnek olarak değerlendirilebilir. Bakınız: COLON-RIOS Joel, "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia", **Constellations**, C. 18, S. 3, 2011, ss.365-388; WOLFF Jonas, "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador", **New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices**, Almut Schilling-Vacaflor / Detlef Nolte (Editör), 1.Basım, Routledge, London 2012, ss.183-203.

⁶⁹ 2006-2009'da Bolivya'da yaşanan anayasal süreç bu kapsamda bir örnek olarak değerlendirilebilir. Bakınız: WOLFF, s.183-203.

⁷⁰ BROWN Nathan J., "Reason, Interest, Rationality, and Passion in Constitution Drafting", **Perspectives on Politics**, C. 6, S. 4, 2008, ss. 675-689, s.676; ESCUDERO, s.193-194;

Geleneksel siyasetin çökmediği fakat meşruiyet krizlerinin ortaya çıktığı senaryolarda, genellikle anayasa meclisi en başından bir anlaşma ile sınırlandırılır⁷¹. Şili ve Kolombiya’da süreç bu şekilde izah edilebilir. Bu durumlarda demokratik kurumlar, anayasa meclisi ile birlikte var olmaya devam ederler, fakat kurumsal direnç ortaya çıkabilir. Kurumsal direncin ortaya çıktığı bir demokraside, var olan siyasi kurumlar vasıtası ile anayasa yapım sürecini güçlendirmek için yollar vardır. Burada esas olarak temsil ve katılım ile birlikte yetkin ve yeterli prosedür kuralları üzerinden yapılacak iyileştirmeler önem taşımaktadır⁷².

Şili bakımından şu sonuca ulaşılmaktadır: sürecin unsurları toplumdan ve diğer demokratik kurumlardan izole edilmiştir. Ortaya çıkan anayasa metni toplumsal taleplerin ötesinde aşırılıkçı bulunmuş⁷³ ve bundan dolayı Konvansiyonun teklifi sürece bağlılık yaratamamış ve dışardan gelen kurumsal direnci karşılayamamıştır⁷⁴.

2. Anayasa Konvansiyonuna Karşı Kurumsal Direnç

Şili’deki Anayasa Konvansiyonu, demokrasilerdeki diğer anayasa yapım mekanizmaları gibi işlerini demokratik çerçevede yürütmüştür. Demokrasilerde, anayasa yapımındaki başarı sadece temsil kapasitesi, prosedürel kurallar gibi iç faktörlere bağlı değildir. Katılım, iktidarın rolü ve diğer görülmeyen faktörlere de bağlıdır.

Siyasette, bir hususa kimin karar vereceği sorusu çok önemlidir. Anayasa yapım organı açısından ise tarafsız duruş sergileyen üyelerin seçilmesini makul olarak görmek mümkün ise de demokratik anayasa yapım süreci fıkri, siyasi partiler ile bağlı olmayan bireyler üzerine inşa edilmesi çok ma-

⁷¹ NEGRETTO Gabriel, “New Constitution in Democratic Regimens” **Redrafting Constitution in Democratic Regimes**, Gabriel Negretto (Editör), 1.Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss.1-30, s-1.

⁷² Mesela 1991’de Kolombiya’da, anayasa yapım sürecini temin edecek kurallar ile bir anlaşma yapmak mümkün idi. Anayasa meclisi kendi sınırlarında hareket ederek fonksiyonunu sonuna kadar icra etmiştir. Nihayetinde yeni bir kongre seçimi talep etmiştir. Zira, politik elitlerin muhalefetine rağmen, ortaya çıkan metin üzerinde bir anlaşmaya varılması gerekmektedir. İzlanda örneğinde, süreç parlamentonun verdiği adımları izlemiştir. Fakat en nihayetinde, anayasa konseyi süreci mühürlemek maksadı ile referandum için baskı yapmıştır. Sonuç olarak referandumda halk tarafından kabul edilen taslak parlamentoda uygun bulunmadı. Detaylı bilgi için bakınız: MEUWESE Anne, “Popular Constitution-Making: The Case of Iceland”, **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss.469-496, s.469-492.

⁷³ ALEMAN/ NAVIA, s.90.

⁷⁴ ESCUDERO, s.194; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.162.

kul değildir⁷⁵. Anayasa meclisinde temsil, düalist bir rol oynamakta, vatandaşların ve siyasi sisteme katılımı bulunan siyasi partilerin, anayasa yapım süreci ile bağlantısı kurmaktadır⁷⁶.

Daha önce ifade ettiğimiz gibi 2019 hadiselerinin ortaya çıkardığı Anayasa Konvansiyonu, cinsiyet eşitliği, yerlilere rezerve üyelikler ve siyasi, sosyal ve kültürel çeşitlilik bakımından Şili’de alışlagelmişin dışında bir kompozisyon ile ortaya çıkmıştır. Bağımsızların seçimlere katılımı ile oluşan Konvansiyon kompozisyonu, doğal olarak Kongreye muhalefet anlamına gelmiştir⁷⁷. Bu karşıtlık ve muhalefet, sürecin en başından belirgin olarak görülebilmektedir. Konvansiyon çalışmalarının en başından itibaren Konvansiyonun diğer siyasi kurumlar ile benzer bir işlev sergilemesinden kaçınılarak, var olan anayasal kurumlar ile araya mesafe koyulmasına çalışılmıştır⁷⁸. Ayrıca yine daha önce ifade edildiği üzere siyasi partilerin sürece etkileri de son derece az ve kısıtlı kalmıştır. Kongrede sağ kanat çoğunlukta iken Konvansiyonda sol siyasi kanadın aşırılıkçı unsurlarının hakimiyeti söz konusu olmuştur. Sonuç olarak ortaya çıkan anayasa taslağı toplumu huzursuz eden radikal hususlar içermiştir⁷⁹.

Geleneksel ve merkezi sol kanat olarak Kongrede etkin olan yapıya kendisini rakip olarak tanımlayan sol ittifak seçimde en iyi ikinci sonucu elde etmiştir. Bu ittifakın hareket eksenine rezerve üyeler ile kendilerini siyasete mesafeli gören diğer sol hareketler de girmiştir⁸⁰. Konvansiyonun üye tam sayısının üçte ikisi ile düzenlemelerin onaylanması kuralı göz önüne alındığında geleneksel siyasi aktörlerin yarısından fazlası Konvansiyon dışında kalmıştır⁸¹.

Latin Amerika anayasa meclislerinde, farklı temsil kalıplarının görülmesi olağan dışı değildir⁸². Şili’nin farkı tam olarak buradadır. Konvansiyon,

⁷⁵ ELSTER, 2012, s.15-30.

⁷⁶ ESCUDERO, s.195.

⁷⁷ PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.204; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.242; ESCUDERO, s.195.

⁷⁸ ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.49-55.

⁷⁹ ALEMAN/ NAVIA, s.90; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.2423; DELUCCHI, s.2-11.

⁸⁰ ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.49-55.

⁸¹ ESCUDERO, s.196.

⁸² Mesela Kolombiya Anayasa Meclisi, bir araya gelen siyasi partiler ile münakaşaya girmiştir. Fakat parlamentoda temsil edilmeyen partileri bünyesinde barındırmakta olup bunların bir kısmı silah bırakan gerillalardan oluşmaktadır. 2007-2008 Ekvador Anayasa Meclisi ve 1999

geleneksel siyasi partileri dışlasa da bu partiler Kongre ve diğer kurumlarda güçlü bir şekilde hayatiyetlerini sürdürmüşlerdir. Bu karakteristik durum Şili ve İzlanda için ortak bir hususiyet teşkil eder⁸³.

Yürütme, şartlara göre değişiklik göstermiştir. Kolombiya örneğinde, Başkan GAVIRIA'nın sürece desteği ve aktif katılımından dolayı, yürütmenin rolü çok önemlidir. Sonuç olarak, genellikle demokratik kurumlar Anayasa Meclisi ile bazı bağlarını korumuşlardır. Çünkü yürütme siyasi sistem ile anayasa meclisi arasında köprü vazifesi kurmuştur. Buna karşıt olarak Venezüela'da ve Ekvador'da yürütmenin iradesi ile Anayasa Meclisinin iradesini ayırmak zordur⁸⁴. İzlanda ise bunlardan farklı bir sürece şahitlik etmiştir. Başbakan sürece destek vermiş fakat ana muhalefet partisi karşıt olmuştur. Süreç giderek, parlamentoda dahil olmak üzere siyasi kurumlardan ayrılmıştır⁸⁵.

Şili'de yürütme kuvveti Konvansiyon ve siyasi sistem arasında bağ kurma rolü oynamamıştır. Anayasa yapım süreci tek bir hükümetin girişimi olarak da ortaya çıkmamıştır. Başkan Pinera, mevcut krizden kurtulmak için yeni bir anayasa yapımını önermiş daha sonra başkan değişmiştir. Bu sebeple ne görevde iken ne de daha sonra sürece liderlik edecek veya katılım gösterecek bir kapasitede bulunmamıştır. Hatta Konvansiyon oluşurken dahi ilintili görünmekten kaçınmıştır. Başkan Boric ise sürecin ortasında seçildiğinden dolayı sürece rehberlik etmek, süreci şekillendirme ve diyalog için köprü olma vazifelerine dair yeterince imkân sahibi olamamıştır⁸⁶.

Özetle, geleneksel partilerinin etkilerinin olmayışının yanı sıra Konvansiyonun sol eğilimli ve anti partizan duruşu, Konvansiyonu siyasi olarak izole etmiştir. Bu izolasyon ise koordinasyon ve dağıtıcı bir sonuç ortaya çıkmasını engellemiştir. Şili'de kurumsal dirençten kaçınmak için, siyasi sistem içindeki siyasi partilerin ağırlığı oranında menfaatlerini de yansıtmaları gerektiği iddia edilebilir. Diğer örnekler ile mukayese edildiğinde, yürütme-

Venezüella Anayasa Meclisi, geleneksel siyasi partileri dışlayarak bunları mevcut başkanlar CORREA ve CHAVEZ'e yakın olanlar ile değiştirmiştir. Bu iki ülkede, geleneksel siyasi partiler ile kıyaslandığında temsil dışlayıcı ve zayıf kalmıştır. Bakınız: COLON-RIOS s.365-388; WOLFF, s.183-203.

⁸³ ESCUDERO, s.196; MEUWESE, s.769-496.

⁸⁴ BARCENTEWICZ Mikolaj/ SCHNEIDER Alice "Andrew Arato, the Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?", *The American Journal of Comparative Law*, C. 67, S. 1, 2019, ss.219-225; LANDAU, 2019, s.567

⁸⁵ MEUWESE, s.769-496.

⁸⁶ LARRAIN/NEGRETTO/ VOIGT, s.237; ESCUDERO, s.196; PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.205.

nin oyun dışında kaldığı ve anayasa meclisi ile diğer siyasi sistem arasında köprünün olmadığı da iddia edilebilir⁸⁷.

Genel olarak ifade edilen bu sıkıntıların yanı sıra detaylarda da sorunlar vardır. Geleneksel kurumlara duyulan güvensizlik, Konvansiyon üyelerini, bazı konuları gelecek dönem oluşacak yasa koyuculara bırakmakta isteksiz kılmıştır. Dolayısıyla, Konvansiyon üyelerince, kendi dönüştürücü niyetleri metnin içerisine olabildiğince detaylı yazılmıştır. Geleneksel siyasi sahada-kilerin kurumsal değişime veya kendilerinin katılım sağlayamadığı son derece detaylı düzenlemelere karşı dirençlerinin ortaya çıkması uzun sürmemiştir⁸⁸. Bazı yazarlara göre bu direnç, huzursuz seçmenin kaygıları körüklenerek, dezenformasyon ile başarıya ulaşmıştır⁸⁹. Mesela halkın bir kesimi, yerlilere verilen haklar neticesinde evlerinin ellerinden alınacağına ve ülkede yerlilerin ardından ikinci sınıf vatandaş olacaklarına inanmışlardır. Kısacası kırılgan ve hassas konular üzerinden yapılan propaganda karşısında metni hazırlayanların kendilerini ifade edebilmesi çok da mümkün olmamıştır⁹⁰. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere direnç noktaları yumuşatılabilseydi, böylesi bir karşı kampanyaya da mahal verilmemiş olacaktı.

Dahası taslağın dönüştürücü tarafı ortaya konulur iken bunun nasıl uygulanacağı ve bu dönüşüme ilişkin geçiş düzenlemelerinin neler olacağına da dikkat gösterilmemiştir. Bu ise müphemlik ve belirsizlik karşıtlarının da katılımı ile direnç sahasını daha da genişletmiştir. Senatonun kaldırılması, yargıda değişiklik yapılması, bölgesel eyaletlerin kurulması ve çok uluslu yapıya geçiş gibi kurumsal değişiklikler ise Konvansiyon dışındaki tartışmaları provoke etmiştir⁹¹.

Sonuç olarak Konvansiyonun tasarımı, onun kapasitesini veya potansiyelini geliştirmek için yapılmamıştır. Bu sebeple de bütün siyasi aktör ve kurumların menfaatlerine hitap eden dağıtıcı bir müzakere de yapılamamıştır. Kon-

⁸⁷ ESCUDERO, s.196; LANDAU/ DIXON, s.231; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.161; PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.206-207.

⁸⁸ ESCUDERO, s.198.

⁸⁹ PISCOPO/ SIAVELIS, s.141.

⁹⁰ SIAVELIS Peter / HEISS Claudia / NAVIA Patricio, vd., Chile's **Lessons and Failures in Writing a New Constitution**, 11.12.2023, <https://www.wbur.org/onpoint/2023/12/11/chiles-lessons-and-failures-in-writing-a-new-constitution> (Erişim Tarihi: 23.11.2024)

⁹¹ DELUCCHI, s.11; LANDAU/ DIXON, s.235; ESCUDERO, s.198; PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.204; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.243; HEISS/ SUAREZ, s.284; ISSACHAROFF / VERDUGO, s.49-55.

vansiyon kararlarına karşı muhalif kalmanın maliyetini düşüren faktörlerde olmuştur. Bunlar halkın katılımının çok dar olması, sürecin şeffaflığının menfi etkisi, komisyon ve genel kurul oylamalarındaki formülasyon olarak belirtilebilir. Dahası Anayasa Konvansiyonunun değerlendirmesi gereken konuların fazlalığı, önerilerin oldukça detaylı olması fakat uygulanması bakımından gereken hususları ihtiva etmemesi ve açıklayıcı olmaması gibi faktörler ise sürece desteği azaltan faktörler olarak göze çarpmıştır⁹².

Sonuç olarak, harici desteği olmayan ve dahili anlamda yapay desteğe sahip olan düzenlemeler onaylanarak nihai taslak haline gelmiştir. Tüm bu hususlar bağlılığı engelleyerek kurumsal direncin oluşmasına sebep olmuştur⁹³.

C. Çifte Kaçınmanın Yarattığı Daralma

1. Bolivaryan Yaklaşımdan Kaçınma

1998-1999 Venezüela, 2007-2008 Ekvador ve 2006-2009 Bolivya süreçleri, anayasa yapımından dönüşümcü teoride Bolivaryan yaklaşım olarak ifade edilmektedir⁹⁴. Bu yaklaşım genel olarak karizmatik liderlerin varlığı, post-liberal anayasa fikri ile yerli halkın haklarının restorasyonu ve son derece uzun, ideolojik içerikli anayasa metinlerinden oluşmaktadır⁹⁵. Bazı akademisyenler söz konusu yaklaşımın yukarıda ifade edilen üç unsurunun bir siyasi partinin, siyasi süreci domine etmesine yol açacağı, demokratik anlamda erozyon oluşacağı gerekçesi ile eleştirmişlerdir. Venezüela ve Bolivya süreçleri, anayasa yapım sürecinin kötüye kullanıldığı örnekler olarak değerlendirilmiştir⁹⁶. Ekvador sürecini ise, hak ve özgürlüklerin rüşvet olarak kullandığı bir örnek olarak gören yazarlar vardır. Bunlara göre hak ve özgürlüklere ilişkin talep ile siyasi destek “trade” edilmektedir⁹⁷. Buna göre üç örnekte de siyasi temsil, kurumların kişiselleştirilmesi için kullanılmıştır⁹⁸.

⁹² ALEMAN/ NAVIA, s.90; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.162; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.49-55.

⁹³ ESCUDERO, s.198-199; LANDAU/ DIXON, s. 228; ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.49-55.

⁹⁴ VERDUGO/ PRIETO, s.159.

⁹⁵ ELKINS Zachary, “Constitutional Revolution in the Andes?”, **Comparative Constitutional law In Latin America**, Rosalind Dixon / Tom Ginsburg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, ss.108-125.

⁹⁶ LANDAU, 2013, s.924.

⁹⁷ DIXON Rosalind, “Constitutional Rights as Bribes”, **Connecticut Law Review**, C.: 50, S. 3, 2018 ss.767-818, s.791-801.

⁹⁸ DIAZ de VALDES Jose Manuel / VERDUGO Sergio, “The ALBA Constitutional Project and Political Representation”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 17, S. 2, 2019, ss.479-488.

Kolombiya, Venezüela, Ekvador ve Bolivya örnekleri iki mühim fikrin ileri gitmesine sebep olmuştur: dönüştürücü anayasacılık fikri ve sınırsız yetkili anayasa meclisleri ile mevcut anayasal düzenin tamamı ile değişmesine müsaade eden kurucu iktidar teorisinin devrimci versiyonunun kullanımı⁹⁹. Kurucu iktidar anlayışı sebebiyle daha önceden var olan kurumların herhangi bir şekilde anayasa yapım sürecini sınırlama imkân ve ihtimalleri ortadan kaldırılmaktadır. Kolombiya ve Venezüela süreçleri Schimityen yaklaşım ile kurucu iktidarın limitleyen hususlarını ortadan kaldırması¹⁰⁰; kurucu iktidar doktrininin, liberal demokratik kurumların zayıflamasına yol açacak şekilde kullanılması yönünde eleştirilere konu olmuştur¹⁰¹. Tüm tartışmalar ve eleştiriler Şili’yi Bolivaryan yaklaşımdan kaçınmaya itmiştir. Sürecinin pek çok unsuru bakımından bu kaçınmayı görebiliyoruz.

2. Pinochet Anayasal Düzeninden Kaçınma

1990’dan beri reformlar yapılageliyor olsa bile Anayasa reformu hâlâ, sorunların çözümü için önemini korumaya devam etmektedir¹⁰². Fakat anayasal kurumların bu kapsamda halkın ihtiyacı doğrultusunda kanalize olmadıkları görülmektedir. Halkın hoşnutsuzluğunu gören siyasiler, daha önce kurumları reforme etmekten kaçınmalarına karşın bu sefer anayasal bir reforma ihtiyaç duyulduğunu kabul etmişlerdir. 2019 olayları uzun bir süredir bekleyen siyasi talepleri tekrar gün yüzüne çıkarmıştır: eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik reformu bu taleplerin içerisinde toplumun en büyük kesimi tarafından sahiplenilenlerdir. Ayaklanmanın sebepleri sosyo-ekonomik, yapısal eşitsizlik, kurumların işlevsizliği nedeni ile kamu politikalarının tıkanması olarak ifade edilebilir. Tüm bunları ise Pinochet Anayasası ile ilintili görülmektedir¹⁰³.

Pinochet diktasının ardından demokrasiye geçilmesi halk açısından refah seviyesinin artması beklentisini yaratmış ancak geçen süre içerisinde bu gerçekleşmemiştir. Halkın refahı tanımlama biçimi ise “Avrupa refahı” olarak

⁹⁹ VERDUGO/ PRIETO, s.159.

¹⁰⁰ COLON-RIOS, s.365-388.

¹⁰¹ LANDAU, 2019, s.567.

¹⁰² Venedik Komisyonu, s.3.

¹⁰³ PLANZA/SOTOMAYOR VALAREZO, s.202; SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.; GARCIA, s.241. Detaylı bilgi için bakınız: RUIZ-TAGLE Pablo, **Five Republics and One Tradition: A History of Constitutionalism in Chile 1810-2020**, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

ifade edilmektedir. Kısacası halk, demokrasi ile Avrupa ülkeleri arasında kurduğu bağ gereği bir beklenti içerisinde. Bahse konu sebepler ile yeni bir anayasa yapma fikrinin temelinde devletin içinde bulunduğu neoliberal iktisadi yapıdan vazgeçerek kara Avrupası tarzında sosyal devlet yapısını kurma tahayyülü yatmaktadır. Neoliberal yapının kaynağı ve askeri diktanın mirası olan anayasanın değişmesi ile eşitsizliğin son bulacağı fikri hakimdir¹⁰⁴. Artık bu anayasanın değiştirilmesi ise sembolik bakımdan önemli görülmekte ve demokrasiye tam anlamı ile geçişin son aşaması olarak kabul edilmektedir.

3. Çifte Kaçınma Açısından Sonuç

Çifte kaçınmacılık bakımından sürecin başında iki önemli risk ortaya çıkmıştır. Eğer yeni bir anayasa yapılamaz ise veya yeni anayasa sosyal değişimi sağlayacak şekilde tasarlanmaz ise Pinochet modelinden kaçınma başarısız olacaktır¹⁰⁵. Diğer yandan dönüşümü sağlamada başarılı olmakla birlikte yarışmacı demokrasi zayıflatılır ise Bolivaryan modelden kaçınma hedefi başarısız olacaktır. Dolayısı ile Şili, her iki yoldan da kaçınarak, halk ve siyasi partileri tatmin edecek bir anayasa ortaya çıkarmak zorunda kalmıştır. Fakat çifte kaçınmacılık ile yeni bir anayasa hazırlamak son derece zordur¹⁰⁶. Netice itibarı ile yeni anayasayı yapma konusunda başarısız olunmuştur.

Öncelikle Şili’de kullanılan dönüşümcü anayasacılık söylemi Bolivar-yan yaklaşıma oldukça benzemektedir. Her ne kadar dönüştürücü anayasacılık farklı görünümlere ve formlara sahip olsa da bölgede etkin olan Bolivar-yan yaklaşımla benzeşmiştir. İkinci olarak, Konvansiyonun seçimle iş başına gelen üyeleri yukarıda ifadesini bulan kaçınmaları içselleştirmemiş ve dahi bazıları kabullenmemiştir¹⁰⁷. Kongrenin tutumu açık olsa da Konvansiyon ve Konseyin bunu paylaştığını söylemek zordur. Bazı üyeler Pinochet modelinin esaslarını savunurken, diğer bazıları ise Bolivaryan modeli savunmuştur. Son olarak her iki kaçınma modeli birbirleri ile çelişen hususlar içermektedir. Pinochet modeli bazı kurumların devamını öngörür iken Bolivaryan yaklaşım eski kurumların sürekliliğini reddetmektedir¹⁰⁸. Dolayısı ile bu iki bakış açısını rasyonalize etmek hususunda da başarılı olunmamıştır.

¹⁰⁴ SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.

¹⁰⁵ VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.162.

¹⁰⁶ VERDUGO/ PRIETO, s.165.

¹⁰⁷ VERDUGO/ PRIETO, s.166-167; ALEMAN/ NAVIA, s.90; ESCUDERO, s.195-196.

¹⁰⁸ VERDUGO/ PRIETO, s.166-167; GARCIA, s.245; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s. 242.

D. Dönüşümcü Anayasacılıktan Ütopyanizme

Anayasacılık bakımından dönüşümcü (*transformative*) yaklaşım, sosyal değişimlerin zaman alacağını varsayarak bu dönüşüme ilişkin önemli hususları içermekte iken¹⁰⁹ ütöpik yaklaşım, makul olmayan bir zaman diliminde ulaşılması mümkün olmayan hedefler içermektedir¹¹⁰. Ütopyanizm, iki ilişkinin üretimidir. İlk anayasada yer alan dönüşümcü hedefler ile zorlukların ortaya çıkacağı, kurumsal yol arasındaki dahili ilişkidir. İkincisi ise metindeki hedef ve görüşler ile önemli grupların desteği arasındaki harici ilişkidir¹¹¹. Şili’de her iki ilişki de sorunludur. İlk olarak Konvansiyonun kabul ettiği nihai taslağın programlayıcı içeriği son derece hırslı iken uygulamaya dair hususlar eksiktir. İkinci olarak, Konvansiyon tarafından hazırlana taslak 2019 protestolarınca şaşkına dönmüş olan sivil toplumun kısa süreli desteğini almış olsa da Şili halkı ve siyasi partilerinin görüşlerini dışlamıştır¹¹².

Ütopyanizm, sadece hırslı bir taslağın ürünü değildir. Dahili ve harici ilişkilerin arabuluculuğunda ortaya çıkmıştır. İç ilişkiden kasıt, anayasada yer alan dönüşümcü hedefler ve değişikliğe uğraması planlanan kurumlar arasındaki ilişkidir. Harici ilişki ise metindeki hedef ve görüşler ile siyasi partiler, sivil toplum ve halk arasındaki ilişkidir¹¹³. Yeni ve iyi bir anayasa, toplum içinde mümkün olan en geniş uzlaşma üzerine inşa edilmelidir. Bu uzlaşının oluşumunda politik olmayan aktörler, akademi, medya ve diğer sivil toplum kuruluşlarının dahil edilmesi gerekmektedir¹¹⁴.

Şili bakımından bu iki farklı tip ilişki de derin bir biçimde sorunludur. Anayasa taslağı bir yönü ile dönüşümcü iken diğer bir yönü ile ütöpik karaktere sahiptir. İlk olarak Konvansiyonun kabul ettiği taslağın, içeriği son derece hırslı iken uygulanmasına dair hususlar eksiktir¹¹⁵. İkinci olarak, Konvansiyon tarafından hazırlana taslak 2019 protestolarınca şaşkına dönmüş olan sivil toplumun kısa süreli desteğini almış olsa da Şili halkı ve siyasi

¹⁰⁹ KLUG Heinz, “Transformative Constitutions and the Role of Integrity Institutions in Tempering Power: The Case of Resistance to State Capture in Post-Apartheid South Africa” **Buffalo Law Review**, C. 67, S. 3, 2019, ss.701-742, s.740-742.

¹¹⁰ LOUGHLIN Martin, “Constitutional Imagination”, **The Modern Law Review**, C. 78, S. 1, 2015, ss.1-25, s.12-15.

¹¹¹ LOUGHLIN, s16-19.

¹¹² ESCUDERO, s.192; LANDAU/ DIXON, s.228.

¹¹³ LOUGHLIN, s.2-3.

¹¹⁴ Venedik Komisyonu, s.10.

¹¹⁵ ESCUDERO, s 192-194.

partilerinin görüşlerini dışlamıştır¹¹⁶. Bunlardan bazıları, Konvansiyonun kabul ettiği tuhaf seçim usulünden kaynaklanmıştır¹¹⁷. Fakat bazıları ise dönüşümcü anayasacılığa ilişkin derin bir beklentiyi yansıtmaktadır¹¹⁸.

Ütopik anayasacılık, normlar ile dönüşümü hedeflemek anlamına gelmektedir. Dönüştürücü bir metin vardır ancak yakın bir gelecekte ciddi bir dönüşüm olma ihtimali de bulunmamaktadır. Dönüşümcü anayasacılık bir arzu veya isteği ifade eder. Ütopik anayasacılık ile arasındaki çizgi de iyi tanımlanmalıdır. Zira hedeflere ulaşmada başarısız olma ihtimali vardır¹¹⁹.

Dönüşümcü anayasacılık anlayışında pek çok hak ve özgürlüğün pratikte uygulaması tatmin edici olmamıştır¹²⁰. Dönüşümcü anayasacılık çoğunlukla yargıyı, uygulatma mekanizması olarak görmektedir. Fakat literatürün önemli bir kısmına göre mahkemeler hak ve özgürlerin uygulanmasını istenen seviyeye getirmekte pek çok zorlukla karşılaşmıştır. Özellikle yeni türler bakımından ciddi sorunlar ile karşılaşmıştır. Literatür ve örneklerde, yargısal olmayan kurumların araç olarak kullanılması yönündeki görüşler artmaktadır¹²¹. Az sayıda çalışma, yasama gibi olağan kurumlar ile anayasal hak ve özgürlüklerin uygulanması arasındaki bağa odaklanmaktadır.

İkinci olarak anayasal dönüşüm, siyasi gruplardan destek görmelidir. Bu gruplar, anayasanın yürürlüğe girmesinin ardından siyaset ile irtibatlı olacak kesimin tamamını kapsamaktadır. Aksi takdirde, daha sonra anayasanın ölü bir metinden ibaret olma riski doğacaktır. Bahse konu gruplar muhtelif olabilir, ama başlangıç noktası olarak siyasi partiler, sivil toplum örgütleri ve genel halkın desteği önem taşımaktadır¹²². Siyasi sistemin doğasına bağlı olarak farklı grupların güçleri çeşitli şekilde olabilir. Mesela, siyasi partilerin güçlü ve kurumsal olduğu yerlerde, bunların kabulü olmadan anayasa projesinin başarılı olması zordur. Çünkü bunlar, anayasa projesini yasama ve yürütme organlarında da sahiplenecek olanlardır. İzlanda örneğinde olduğu

¹¹⁶ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.242; LANDAU/ DIXON, s.228.

¹¹⁷ PISCOPO/ SIAVELIS, s.141-155; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.162.

¹¹⁸ LANDAU/ DIXON, s.229; ESCUDERO, s.195.

¹¹⁹ LOUGHLIN, s.21-23; LANDAU/ DIXON, s.230;

¹²⁰ CHILTON Adam / VERSTEEG Mila, **How Constitutional Rights Matter**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2020, s.167-206.

¹²¹ TUSHNET Mark, **The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Democracy**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 8-24; KLUG, s.740-742.

¹²² LOUGHLIN, s.21-23; LANDAU/ DIXON, s.230; ZULUETA-FULSCHER, s.23-27.

gibi, sürecin tasarımına bağlı olarak köklü ve kurumsal partiler anayasa taslağının yürürlüğe girmesinden önce süreci sona erdirebilirler¹²³. Veya anayasa taslağı kabul edilse bile uygulanmasını zorlaştırabilir veya engelleyebilirler¹²⁴. Mutlak uzlaşa beklenmemelidir. Beklentiler, siyasi programlar ve vizyon bakımından farklılık ve çeşitlilikler muhakkak olacaktır. Fakat temel haklar üzerinde geniş bir uzlaşa da önem taşımaktadır¹²⁵.

Ütopik anayasacılığın yapısal ve sosyolojik olmak üzere iki formu bulunmakta olup bazı durumlarda bu iki türün bir araya gelmesi ile de karşılaşabiliriz¹²⁶. Bir anayasa taslağı yapmak ile görevli olarak, ciddi bir tecrübesi olmayan bağımsız aktörler seçilir ise bunlar hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi için veya siyasi arzunun hayata geçirilmesi için gerekli olan yapı ve kurumların önemini kavrayamayabilirler. Ayrıca bu aktörler, referandumda oy kullanacak olanların bakış açısını algılamak bakımından da eksik olabilirler. Bunun doğal sonucu ise seçmen ile kurulması gereken bağın kopmasıdır¹²⁷.

Bir anayasanın ütopik olarak karakterize edebilmesi için bazı unsurlardan da söz etmek gerekir. Pek çok anayasa; koruyucu, dönüştürücü ve ütopik unsurların karışımını içermektedir. Bir anayasanın tamamen ütopik karakterde olduğunu ifade etmek zordur. Ek olarak, yargı belirtmek için uygun “zaman” bakımından da bazı kompleks meseleler gündeme gelebilmektedir. Başlangıçta ve kısa vadede toplumsal desteğe sahip olmayan programatik siyasi ve ekonomik değişiklikler zamanla daha fazla destek kazanabilir. Böylelikle bir anayasa dönüştürücü bir kimlik kazanabilir ve ütopik tarafı azalabilir. Benzer şekilde, bazı anayasal fikirler başta anayasal yapılar ile bağlantılı değil iken zamanla veya kademeli olarak bu yapılar kurulabilir. Bu ise yapısal anlamda ütopik olmayı azaltacaktır. Ya da dönüştürücü bir şekilde başlayan anayasal hareket, siyasi vizyonun kayması ile ütopik bir hale de gelebilir. Ya da ütopik yaklaşım ile anayasal yapı bozulabilir¹²⁸.

Ütopik bir anayasa veya anayasa taslağı, uzun vadede hiçbir siyasi, toplumsal veya ekonomik değişime sebebiyet vermeyebilir. Bundan dolayı da

¹²³ ZULUETA-FULSCHER, s.13.

¹²⁴ HUDSON Alexander, “Political Parties and Public Participation in Constitution Making”, *Comparative Politics*, C. 53, S. 3, 2021, ss. 501-524, s.516-518.

¹²⁵ Venedik Komisyonu, s.9.

¹²⁶ LOUGHLIN, s.24-25.

¹²⁷ LANDAU/ DIXON, s.231; VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.161; ESCUDERO, s.195.

¹²⁸ LOUGHLIN, s.24-25; LANDAU/ DIXON, s.231.

halkın iradesini yansıtmı bakımından bir araç olarak demokratik anayasacılık ile bağı azalır. Kısa vadede ise yasama ve yürütme de bazı ivedi değişiklikleri yapmaya çalışır. Oysa bir anayasa tarafsız ve genel tarafından kabul edilmiş hükümler barındırmalıdır. Politika ve siyasetin bir parçası olmamalı ve fakat onun herkese aynı derecede dürüst olması için çaba göstermelidir. Anayasa tarafından toplumda bir anayasa olduğuna ve diğer her şeyin bunun üzerine bina edildiğine dair bir kanaat uyandırılmalıdır. Politik bir deklarasyondan öteye gitmesi gerekmektedir¹²⁹.

Farklı faktörlerin sonuçları ütöpik bir çıktı olabilir. Bazı durumlarda ütopyanizm, dönüşümcü anayasacılığın kasıtlı olarak suistimali ile demokratik olmayan bir sonuç elde etme iradesini yansıtmaktadır¹³⁰. 2008’de Ekvador’da anayasa taslağı Başkan CARRERA’nın istediğı gibi yazılmıştır. İnovatif yapısı takdir gören anayasa, geniş çevre hakları ve çevresel haklar tanımlaması ile ön plana çıkmıştır. Oysa daha sonra ortaya çıkacaktır ki, bunlar göz boyamaktan ibarettir. Anayasa’da kontrol mekanizmaları azaltılarak, yürütme kuvvetinin gücü artırılmıştır. Bahse konu hak ve özgürlükler ise uygulanmamıştır¹³¹. Şili’de ise durum farklıdır. Taslaktaki ütöpik unsurlar, bağımsızların domine ettiğı Konvansiyonun birer ürünüdür¹³². Sonuçta ortaya çıkan taslak ise siyasiler ve halktan son derece uzak bir mahiyet kazanmış ve siyasi anlamda gerçekleştirilebilir olamamıştır.

Konvansiyon, devletin kurumları açısından reform yapmak bakımından, hak ve özgürlüklere nispetle çok az düzenleme yapmıştır¹³³. Devletin işleyişi ve kurumları üzerindeki reformlar “motor odası” olarak nitelendirilmektedir¹³⁴. Ancak çok daha özele inmek gerekir ise böylesi hak tanımlamalarının yapılmasına karşın bunları uygulayacak kurumlara dair “bağı” kurmak adına çok az şey yapılmıştır. Taslağın kendisi bir yana, geçici hükümler de bu

¹²⁹ Venedik Komisyonu, s.8.

¹³⁰ LOUGHLIN, s.24-25; LANDAU/ DIXON, s.231.

¹³¹ DIXON Rosalind/ LANDAU David, **Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy**, 1.Bası, Oxford University Press, Oxford, 2021, s.74-80; DIXON, s.792-793.

¹³² ISSACHAROFF/ VERDUGO, s. 58-61.

¹³³ DIXON Rosalind/ GINSBURG Tom, “Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design”, **International Journal of Constitutional Law**, C. 9, S. 3-4, 2012, ss.636-672, s.636.

¹³⁴ GARGARELLA Roberto, **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution**, 1.Bası, Oxford University Press, Oxford, 2013, s.185-187; KLUG, s.702; SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.

anlamda yetersiz kalmıştır. Hiç şüphe yok ki geçici hükümlerin, sürecin neredeyse tamamlanmasına yakın hızlıca yazılmasının bunda büyüktür¹³⁵. Şili örneğinde bu açıkça görülmüştür ki hak ve hürriyetlerin metne konulması dışında bunları gerçekleştirecek mekanizmalara yer verilmediği aşıkardır. Böylelikle bunlara sadece beyan olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁶.

Şili'nin 2022 taslağı yasama bakımından irade ve kapasite meselelerinin bir araya geldiği ciddi bir uygulanma sorunu altında kalmıştır. Yasama organının, bu taslak yürürlüğe girse dahi pek çok hükmün uygulamasını hayata geçirmek için isteksiz olacağı şüphe götürmemektedir¹³⁷. Velev ki, bunları hayata geçirme iradesi gösterse bile, bunların yasama faaliyetleri ile hayata geçmesi çok uzun yıllar alacaktır¹³⁸. Yasama, anayasasının uygulanması bakımından tek organ değildir. Anayasa yargısının da bu anlamda üzerine düşenler oldukça fazladır¹³⁹. Anayasa Mahkemesi, sosyoekonomik hakların ciddi biçimde ihlal edilmesi ihtimaline karşın ciddi ve yapısal nitelikli karar alabilmektedir¹⁴⁰. Şili'de benzer bir süreç yaşanma ihtimali ise Şili yargısının muhafazakâr tarihi göz önüne alındığında pek zayıf görülmektedir¹⁴¹. Geçtiğimiz yıllarda yargının, özellikle de Yüksek Yargının daha progresif bir yaklaşım benimsemesinden dolayı muhafazakâr vasfında değişiklikler gözlemlenmekteyse¹⁴² de yukarıda ifade edilen hususları etkileyecek boyutta olmadığı ifade edilebilir.

Ortaya çıkan 2022 anayasa taslağında, anayasa yargısına ilişkin zıtlıklar gözlemlenmektedir. Zıtlıkla ifade edilen bu hususlar Konvansiyonun tavrından kaynaklanmaktadır. Tarihi bakımdan anayasa yargısının ülkede oynadığı role bağlı olarak özellikle sol siyasetin bu kuruma güvenmemesi ve Kon-

¹³⁵ LANDAU/ DIXON, s.232-234.

¹³⁶ SIAVELIS/ HEISS/NAVIA, vd.

¹³⁷ DIXON/ GINSBURG, s.636-672; ZULUETA-FULSCHER, s.24.

¹³⁸ ZULUETA-FULSCHER, s.24.

¹³⁹ Kolombiya'da 1991 Anayasası'nın ardından yeni Anayasa Mahkemesi, yargıçlara tanınan yeni yetkiler ve yeni rol konsepti ile bu kapsamda çok ciddi bir rol oynamıştır. Detaylı bilgi için bakınız: CEPEDA-ESPINOSA Manuel Jose, "Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court", **Washington University Global Studies Law Review**, C.: 3, S. 4, 2004, ss.529-699, s.649-667; KLUG, s.701-742.

¹⁴⁰ CEPEDA-ESPINOSA, s. 649-667.

¹⁴¹ HILBINK Lisa, **Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile**, 1.Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s.177-222.

¹⁴² LANDAU/ DIXON, s.234.

vansiyon içinde baskın olan siyasi atmosfer anayasa taslağına, birbiri ile çelişen hükümler girmesine neden olmuştur¹⁴³. Anayasa yargısına atanma mekanizmasına ilişkin iyileştirmeler yapılmış ve mahkemenin kanunların yürürlüğe girmesinden evvel *apriori* olarak denetim yapma yetkisi kaldırılmış, itiraz yolu ile yaptığı denetime ilişkinlerde sınırlandırılmış¹⁴⁴, böylelikle de gücü azaltılmıştır. Esasen yapılan değişiklikler bakımından bir sorun yoktur. Ancak bu hali ile anayasa yargısının, anayasanın genelinde öngörülen değişime öncülük yapma imkânı da yoktur. Mahkeme kapsamında yapılan bu değişiklikler ile mahkemenin değişim sürecine öncülük etmesi değil ona engel olmaması sağlanmak istenmiştir¹⁴⁵.

Ombudsmanlık, Verilerin Korunması Ulusal Ajansı, Ulusal Su Ajansı gibi yeni bazı anayasal kurumlar ihdas edilmiştir¹⁴⁶. Söz konusu yeni kurumlara, geçici hükümler bağlamında anayasayı uygulama bakımından herhangi bir rol tanımlanmamıştır. Dolayısı ile yasama organının konu hakkında düzenleme yapması zaruridir. Yani bunların kurulması için Kongrenin karar alması gerekmektedir. Bu hususun başlı başına bir sorun oluşturacağı aşikardır. Bunlardan bir kısmının veya tamamının hiçbir zaman kurulmaması ihtimali vardır¹⁴⁷. Kurulanların ise kapasiteleri ve fonksiyonlarının, anayasa koyucunun iradesi ile uyumlu olmaması ihtimal dahilindedir. Üstelik Şili bu bakımdan benzer bir tecrübe de yaşanmıştır. Şili Anayasası'nın 87. maddesi uyarınca idari yargı kurulması öngörülmüştür. Fakat anayasanın bu açık hükmüne karşı idari yargı hiçbir zaman kurulamamış ve icrai olmayan bir düzenleme olarak kalmıştır¹⁴⁸.

2019 protestolarını organize eden sivil toplum örgütlerine kıyasla 2022 taslağının ortaya koyduğu fikirlerin önemli bir kısmının son derece kompleks olduğu görülmektedir. Sivil toplum örgütleri, çevre gibi belli başlı konulara ilişkin bir kanal açmışlardır. Fakat bunları bir kısmı, protestoların sönmesi ile iddialarını da bir köşeye bırakmışlardır¹⁴⁹. Netice olarak Eylül 2022'de yapılan refe-

¹⁴³ FUENTES Claudio, "Shifting the Status Quo: Constitutional Reforms in Chile", **Latin American Politics and Society**, C. 57 S. 1, 2015, ss.99-122; GARCIA, s.246.

¹⁴⁴ Şili 2022 Anayasa Taslağı 378 ve 381. Madde.

¹⁴⁵ LANDAU/ DIXON, s.234.

¹⁴⁶ 2022 Anayasa Taslağı 126, 144, 148-150.maddeler

¹⁴⁷ DIXON/ GINSBURG, s.636-672; ZULUETA-FULSCHER, s.24; LANDAU/ DIXON, s.235.

¹⁴⁸ GARCIA-HUIDOBRO Eugenio / GUIDI Sebastián, "Bertoldo's Court: Constitutional Delegation in the Design of Judicial Institutions", **Latin American Legal Studies**, C. 9, 2021, ss.166-202, s.184-187.

¹⁴⁹ LANDAU/ DIXON, s.236.

randumdan çok önce siyasi partiler, taslağa karşı tavırlarını açıkça ortaya koyarak taslağın başarısız olmasını büyük bir katkı sağlamışlardır. Bu şartlar altında, taslak referandumdan geçmiş olsaydı dahi uygulanması bakımından ciddi bir direnç ile oluşacağı yönünde şüphe bulunmamaktadır¹⁵⁰.

2022 referandumu göstermiştir ki, taslak ve halkın bakışı arasında eşleşme sağlanamamıştır. Müphem bir anayasal dil kullanarak ya da özel bir anayasal dil kullanarak; açıkça sorun oluşturan meseleler gelecekteki yasa yapıcılara delege edilmektedir¹⁵¹. Karar alma süreçlerinde kasıtlı bir ötelemeye rastlanamamaktadır. Sadece konsensus tesis edilmesi mümkün olmamıştır¹⁵². Yerlilere sağlanan haklardan bazıları, müphem ve açık uçlu bir şekilde düzenlenen kürtaj hakkı, sağlık sistemi, emekliliğe ilişkin haklar ve eğitim sistemi gibi belli başlı konular, halk nazarındaki ihtilafın en önemlilerini oluşturmuştur¹⁵³. Bu düzenlemeler o kadar net olmayan bir şekilde kaleme alınmıştır ki eğer anayasa yürürlüğe girmiş olsaydı Kongre bunlara ilişkin yasa yaparken bunları istediği şekle çevirebilirdi. Fakat esnek ve müphem olduğu için yoruma açık olan hükümlerin hiç tercih edilmemesi gerekirdi¹⁵⁴. Bu müphemlik, taslağın hayata geçmesine muhalif olanlara önemli bir silah sunmuştur¹⁵⁵.

Konvansiyonda yer alan üyelerin önemli bir kısmı daha önce böylesi bir görevde bulunmamış, yetki ve sorumluluk almamış kişilerdir. Dolayısı ile burada bulunmak ve böylesi bir güç içinde bulunmak bu insanları maksimalist yapmıştır diyebiliriz. Mesela Konvansiyonda yer alan yerli üyeler ve kadın üyeler, taleplerini karşılamak için başka bir mecra bulamayabileceklerinin farkındadır. Dolayısı ile fırsat bulmuşken bütün taleplerini anayasaya dahil etmeyi arzu etmişlerdir. Sonuç olarak çok sayıda hak ve hürriyetin son derece

¹⁵⁰ ESCUDERO, s.192-199.

¹⁵¹ Anayasa yapımında bilinçli olarak müphem bir dil kullanılarak sorunların gelecek dönem yasa yapıcılara delege edilmesi için bakınız: DIXON/ GINSBURG, s.636-672; ZULUETA-FULSCHER, s.24.

¹⁵² PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.201.

¹⁵³ VERDUGO Sergio, "The Paradox of Constitution-Making in Democratic Settings: A Tradeoff between Party Renewal and Political Representation?", **International Journal of Constitutional Law Blog**, 24.09.2022, <https://www.iconnectblog.com/i-connect-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum-the-paradox-of-constitution-making-in-democratic-settings-a-tradeoff-between-party-renewal-and-political-representation/> (Erişim tarihi: 01.07.2024.). 09.2022, <https://www.iconnectblog.com/i-connect-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum-the-paradox-of-constitution-making-in-democratic-settings-a-tradeoff-between-party-renewal-and-political-representation/> (Erişim tarihi: 01.07.2024.)

¹⁵⁴ Venedik Komisyonu, s.7; ZULUETA-FULSCHER, s.20-24; DIXON/ GINSBURG, s. 636-672.

¹⁵⁵ LANDAU/ DIXON, s. 236; Venedik Komisyonu, s.6-7.

detaylı tanımlamalar ile teklife girmesi söz konusu olmuştur. Fakat yine de bu yeni tanımlanan hakların nasıl gerçeğe dönüşeceği yani yürürlüğe gireceğine dair hükümlere rastlanılamamaktadır. Niyet beyanı ve/veya deklarasyon olarak ifade edilebilecek bir metin ortaya çıkmıştır. Zira hakların muhtevası konusunda bir mutabakat olmadığı için soyut bırakıldığını ve yürürlüğünün kanunlara bırakıldığını da görebiliyoruz. Yani müzakere ederek mutabakata ulaşmak mümkün olmadığı için mutabık olunabildiği kadarıyla tanımlamalara gidilmiştir. Bu ise müphem bir tablo oluşmasına sebep olmuştur¹⁵⁶.

Bahse konu düzenlemelerin varlığı tekraren göstermektedir ki Konvansiyonun pek çok üyesi Şili'nin genelinden farklı bir siyasi gerekçeler üzerine hareket etmiş, bazıları ise süreçte siyasi menfaat edinmeye çalışmıştır. En azından şunu söylemek pek mümkündür: Konvansiyon üyeleri halkın referandumda neyi destekleyeceğine dair öngörüye sahip olamamış ve toplum ile aralarındaki bağın sıhhatini tespit edememiştir¹⁵⁷. Fakat süreçte yapılan anketlere reaksiyon gösterip, tartışmalı konuları geri çekebilir veya bunlara ilişkin uzlaşa sağlayabilirlerdi. Belli ki anketlere rağmen, hiçbir üye nihai taslağın halk oyundan geçemeyeceğini tasavvur etmemiştir. Belki de 1980 Anayasası'nın devam etmesine toplumun hiçbir şekilde razı olmayacağını düşünmüşlerdir. Zira 2020'de yapılan referandumda halkın önemli bir kısmı yeni bir anayasa istediğini ortaya koymuştur.¹⁵⁸

2022 taslağı da göstermektedir ki, ütopyanist bir yaklaşımın ortaya koyduğu neticenin çok da üretken olmadığı aşıkardır. Hedefler ile bu hedefleri gerçekleştirecek yollar birbiri ile bağdaşmamaktadır. Ya da hedefler ile des-teği aranan kesim arasında da ortak bir yol bulma imkânı olmamıştır.

II. ŞİLİ SÜRECİNDEN ÇIKARILACAK DERSLER

1980 Anayasası ile Şili'de tesis edilen siyasi sistem başkana muazzam prerogatif yetkileri vermekte ve yasamanın kanun yapma faaliyetleri üzerinde de mühim kısıtlar getirmektedir¹⁵⁹. Özellikle diğer Latin Amerika ülkeleri ve ABD ile mukayese edildiğinde bu durum gözler önüne serilmektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd..

¹⁵⁷ VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.161.

¹⁵⁸ LARRAIN/ NEGRETTO/VOIGT, s.239.

¹⁵⁹ CAREY John M., "Parties, Coalitions, and the Chilean Congressin the 1990s", **Legislative Politics in Latin America**, Scott Morgenstern / Benito Nacif (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ss.222-253.

¹⁶⁰ CAREY, s.222-253.

Ayrıca kurulu bulunan sistem, karar yeter sayısı bakımından pek çok hususta özel nitelikli çoğunluk aramak sureti ile standartları yükseltmek suretiyle konsensus oluşumunu da zorlaştırmaktadır. Dolayısı ile önemli konularda reform yapabilmek adına aranan uzlaş sağlanamadığı için *status quo* devam etmektedir¹⁶¹. Tüm bunlar ise GUZMAN'ın çizdiği oyun sahasından çıkılmasını güçleştirmiştir¹⁶².

Fakat 2022 ve 2023 anayasa süreçleri bakımından sorumluluğu Pinochet'in kurgusuna atmak imkanı bulunmamaktadır. Zira anayasal düzeni değiştirmek adına ihtiyaç duyulan her şey anayasa yapım sürecindeki aktörlere verilmiştir. Halk bu kapsamda tavrını net bir şekilde belirtmiş ve siyasi partilerle mutabakata varmıştır. Beklenenin aksine anayasa yapımının başarısız olması bakımından bütün sorumluluk sürecin içindekilerdedir. Referandumda oy kullananların çoğunluğunun 1980 Anayasası'nın devam etmesini istediğini düşünmek de doğru olmaz. Zira referandum sonrasında yapılan anketlerde halkın %79'unun değişim istediği görülmüştür. Halk, üçüncü bir yol arzu etmektedir. Mevcut anayasa metni memnuniyet uyandırmasa da vardır ve işlemektedir. Yani yeni bir anayasa arzusu zorunluluk olmadığı için daha iyisi gelene kadar beklenmesi sorun olarak görülmemiştir¹⁶³.

Sonuç olarak Şili sürecinden çıkarılacak dersler önem taşımaktadır. Bunun sadece Şili açısından değil benzer süreçleri tecrübe etmesi imkân dahilinde olan ülkeler açısından da dikkate değer olduğu kanaatindeyiz. Zira bazı hususlar Şili ölçeğinde subjektif bir karakterde olsa da objektif unsurlar daha fazladır. Çıkarılacak dersler de bu minvalde evrensel anlam taşımaktadır.

A. Siyasi Partilere Dair Hususlar

1. Siyasi Partilerin Anayasa Yapım Sürecine Yeterli Seviyede Dahil Edilmesi Gerekmemektedir

Anayasa yapım süreci, siyasi kurumlar üzerine şekillendirilmiştir. Fakat Şili'de siyasi kurumlara duyulan güvensizlik sebebiyle, anayasa yapım görevinin bağımsız bir yapıya verilmesinin çok daha uygun olacağı, böylelikle halkın taleplerinin çok daha iyi yansıtılacağı düşünülmüştür. Fakat bu yeni yapıda bir grup bağımsız ve tarafsız üye topluluğu ortaya çıkmıştır. Delege-

¹⁶¹ PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.202.

¹⁶² CASTRO, s.25-46; PISCOPO/ SIAVELIS, s.45.

¹⁶³ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.239.

lerin %90'ının hiçbir siyasi parti ve politik yapı ile bağlantısı yoktur. Netice olarak da halk ile bağı olmayan üyeler, halkın taleplerini yansıtmak da başarısız olmuşlardır. Anayasa yapım sürecine ilişkin bu yeni ortodoks yaklaşım netice olarak başarısız olmuştur¹⁶⁴.

Şili sürecinden alınması gereken ilk ve en önemli ders, siyasi partilerin anayasa yapım organında ve sürecin merkezinde yer almaları olarak ifade edilebilir. Eğer bir anayasa yapım sürecinin sonunda, nihai taslağın halk oyna sunulması gerekiyor ise siyasi partiler anayasa yapım organında uzlaşmayı temin ederken bu organ dışında, halkın metne desteğini yöneteceklerdir¹⁶⁵.

Bachelet'in anayasa yapım süreci¹⁶⁶ ve yukarıda izah edilmiş olan 15 Kasım Mutabakatı süreçleri mukayese edildiğinde siyasi elitler arasındaki güvenin ne kadar önemli olduğu görülmüştür. Zira güven, ihtiyaç duyulan uzlaşmanın müzakere zemininde sağlanmasına yardımcı olmaktadır¹⁶⁷. 2019-2022 ve Bachelet süreçleri şunu göstermiştir ki siyasi partiler anayasa yapım sürecinin olmazsa olmaz bileşenleridir¹⁶⁸. Ayrıca politik elitler ile kurumsal güçleri kapsam dışı bırakmak; siyasi partilere rağmen sosyal, ekonomik ve siyasi dönüşüm yapmak gibi bazı fikirlerin de başarısız olacağını göstermiştir.

2. Siyasi Kutuplaşma Asgari Düzeye İndirilmelidir

Şili'de olduğu gibi birden çok sürecin yer aldığı anayasa yapım yöntemlerinde bir metnin taslak haline gelmesinde pek çok dışsal kısıt ile karşılaşmak mümkündür¹⁶⁹. İlk olarak 15 Kasım Mutabakatı neticesinde anayasa yapım sürecinin Kongrede dizayn edilmesini ve siyasi elitler meselesini ele almak gereklidir. Zira siyasi elitler tarafından referanduma iki farklı yöntem konularak seçmenin son derece karmaşık bir konuda karar vermesi talep edilmiştir. Birbiri ile iş birliği halinde olması gereken siyasi elitler, bir ayrışma içine girmişlerdir. Böylelikle anayasa yapım süreci henüz başlamadan, siyasi elitler arasında bir kutuplaşma meydana gelmiştir. Netice olarak siyasi elitler arasın-

¹⁶⁴ SIAVELIS/ HEISS/NAVIA, vd.

¹⁶⁵ HUDSON Alexander, **The Veil of Participation: Citizens and Political Parties in Constitution-Making Processes**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s.12-38; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.234; ZULUETA-FULSCHER, s.13.

¹⁶⁶ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.235; HEISS/ SUAREZ, s.282; GARCIA, s.244.

¹⁶⁷ ZULUETA-FULSCHER, s.13.

¹⁶⁸ ISSACHAROFF/ VERDUGO, s.42-58.

¹⁶⁹ ELSTER, 1995, s.364-396.

da meydana gelen bu ayrışma, zaten kendi içerisinde birbiri ile çatışan farklı unsurlar içeren bu taslağın kabul edilebilir olmasını zayıflatmıştır¹⁷⁰.

Konvansiyonda kadın ve erkek delege sayısının eşit olması, çok sayıda yerlinin bulunması gibi anayasa yapımı ile doğrudan bağlantılı olmayan belli başlı hususlar ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak süreç büyük oranda siyasi partilerin kontrolü dışında ilerlemiştir. Bir tarafı ile yeni fikirlerin ortaya çıkması bakımından iyi olmuştur. Fakat anayasa yapımında ihtiyaç olan müzakerenin yapılması mümkün olmamıştır. Zira delegelerin pek çoğu, pek çok farklı fikrin önceliğine ve önemine inanmaktadır¹⁷¹. Konsensus sağlama imkânı bulunmayan bir kutuplaşma neticesinde ciddi zarar görmüştür¹⁷².

3. Siyasi Partilere Dair Sonuç

Mesele şudur ki bir anayasa yapım sürecine kimlerin dahil edilmesi ve süreçten kimlerin hariç tutulması gerektiği iyi tespit edilmelidir. Toplumu, yapılmak istenen anayasal reform lehinde veya aleyhinde ikna ederek onları yönlendirebilecek olan gruplar önem taşımaktadır¹⁷³. Yeni anayasa yapım sürecine bunların katılımının sağlanması da önemlidir. Bu husus, Şili’de 2021-2022 sürecinde alınması gereken derslerin en önemlisi olarak ifade edilebilir. Şili’de Anayasa Konvansiyonundaki müzakerelerden muhafazakâr partilerin dışlanması, referandumda anayasa taslağının reddedilmesine yol açmıştır¹⁷⁴.

Siyasi partiler temsil kabiliyetleri oranında, anayasa yapım süreci bakımından anahtar rolündedir. Çünkü genel itibarı ile bunlar siyasetin çok boyutlu yapısını kucaklayıcı bir programa sahiptirler. Müzakere ve karşılıklı taviz için bu program çok önemlidir. Partilerin gönderdiği üyeler, anayasa yapımının sona ermesinden sonra parlamentoda görev alması düşünülebilecek olan kişiler olarak tek seferlik bir misyon edinmiş olmazlar. Bundan

¹⁷⁰ VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.163.

¹⁷¹ SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.

¹⁷² Bu kutuplaşmanın kökleri ise 2019 hadiselerine kadar dayanmaktadır. Komünist Parti, kurulan mutabakattan şüphe duyması sebebi ile 15 Kasım anlaşmasını imzalamayı reddetmiştir. Bağımsız Demokratlar Birliği ise son anda anlaşmaya dahil olmuştur. Fakat burada da herhangi bir siyasi parti ile bağı bulunmayan bağımsızların Anayasa Konvansiyonu’na girmesi hususunda mutabık kalınmıştır. Fakat Anayasa Konvansiyonu üyelerinin sorunları konusundaki görüşleri o kadar çeşitlilik arz ediyordu ki sonuca ulaşmak pek mümkün gözüküyordu. Dolayısı ile kutuplaşma giderek artmıştır. PLANZA/SOTOMAYOR VALAREZO, s.202.

¹⁷³ ZULUETA-FULSCHER, s.13.

¹⁷⁴ ZULUETA-FULSCHER, s.14; HUDSON, 2021b, s.113-137.

dolayı süreç içerisindeki aksiyonlarının sonuçlarını öngörerek hareket etme eğiliminde olacaklardır ki bu ise fonksiyonel bir taslağın ortaya çıkma ihtimalini kuvvetlendirecektir¹⁷⁵.

B. Anayasa Yapım Sürecinin Tasarımında Dikkat Edilecek Hususlar

1. Katılım Mekanizmaları, Prosedürler ve Şeffaflık

Anayasa yapım sürecinde, özellikle de çok aşamalı süreçlerin belirlenmesinde, prosedürel ve kurumsal anlamda tasarımının ne kadar önemli olduğu Şili örneğinde görülmektedir. Başarısızlıkla sonuçlanan referandumun, nihai taslak metin ve o dönemin siyasi atmosferinin bir araya gelmesi ile oluştuğunda şüphe yoktur. Süreç başlamadan önce, üyelerin seçimi ve taslağın yazımına ilişkin bazı kurallar, uzlaşma ve katılımı arttırmaya uygun olacağı öngörülerek regüle edilmiştir.

Fakat bu kuralların bazıları, Konvansiyon'da yer alan bazı siyasi unsurlar tarafından araçsallaştırılınca ortaya istenmeyen menfi sonuçlar çıkmıştır. Bu kurallar Konvansiyonun hiçbir grup veya organizasyon ile bağı bulunmayan bağımsızlar tarafından domine edilmesine yol açmıştır. Belirli bir yönde adım atmaya sevk edilemeyen bu bağımsızlara liderlik edecek bir mekanizmada bulunmamıştır. Netice olarak halk ve anayasa yapım organının tercihlerini bir araya getirilememiştir. Böylelikle halk sürece yabancılaşmıştır. Son olarak son derece bağımsız ve şeffaf olan yazım süreci halkın nazarında çatışmalı ve organize olmamış bir Konvansiyon olarak kalmıştır.

Anayasa yapım prosedürlerinin bazıları dışsal bir etki oluşturmak ile birlikte oldukça önemli neticeler doğurmuştur. Bunlar zaman kısıtı, karar yeter sayısı olarak nitelikli çoğunluk aranması, Genel Kurul ve komiteler arasındaki döngüsel prosedürler olarak ifade edilebilir. Konvansiyonun siyasi partiler ile bağı bulunmayan üyelerinin süreç içerisindeki önemli rolü bunlar ile ele alındığında, esasen ve zımnen demokratik olma adına anayasa yapım sürecindeki başarısızlığın kişisel olarak siyasi aktörlere mal edilmemesi gerekmektedir. Bunun yerine, bu başarısızlık birden çok kurumsal aktörün dahlinin sonucu olarak görülmelidir. Bu aktörlerin rolünün anlaşılması; gelecekte, daha etkin ve başarılı bir anayasa yapım dizaynı oluşturmak bakımından önemli olacaktır.

¹⁷⁵ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.245.

Anayasa yapım süreci son derece kaotik ve problematiktir ama bunun da ötesinde “aşırı demokratiktir”. Mesela bir grup delege Şili’nin milli marşını değiştirmek istemiştir. Bu konu ise diğer bütün konular gibi konuşulup tartışılmıştır. Netice olarak halk tarafından “absürt” olarak görülen ve bir ihtiyaç olduğuna dair herhangi yaygın bir kanaat olmayan bu hadise, Konvansiyonun ciddiyetini son derece düşürmüştür¹⁷⁶. Âdem-i merkezîyetçi ve şeffaf yazım yöntemi ise felaket olmuştur. Komisyonlarda basit çoğunluk ile kabul edilen radikal düzenlemeler, Genel Kuruldan nitelikli çoğunluk ile geçememiştir. Halk bu duruma şahitlik ederken durumu Konvansiyonun organize olmaması ve ihtilafli bir yapıda olmasına yormuştur¹⁷⁷.

Sürece katılım mekanizmalarındaki kusurlar ve çok kompleks prosedürler, halkın desteğini almayı imkânsız hale getirmiştir. Konvansiyonunun iç işleyiş kuralları onun izolasyonunu arttırmıştır. Konvansiyonun zaten çok geniş olan ajandası komisyon çalışmaları ile daha da yüklü hale gelmiştir¹⁷⁸. Fakat bu ajanda, uygulayıcılara güven duyamayan üyelerce oluşturulmuştur. Öneriler son derece detaylı olduğu için düzenlemelerden etkilenmesi muhtemel olan aktör ve kurumlardan da o derece de güçlü bir direnç ortaya çıkmıştır. Konvansiyonun şeffaflığı, ona duyulan güveni azaltmıştır. Prosedürleri ise geleneksel aktör ve kurumlar için belirsizliği arttırmıştır.

Üçte ikilik nisap oranı beklenen anlaşmayı yaratmaya hizmet etmemiştir. Sağ ve merkez sol partilerin etkin olmayışı, bu partilerin kendilerini etkileyecek değişim karşısındaki reaksiyonlarını arttırmıştır. Konvansiyonun Kongre ile taban tabana zıt bir temsil formasyonunda oluşu ve prosedürel kuralları, Konvansiyonu demokratik anlamda güçlü kılma görevlerinde başarısız olmuştur. Sonuç olarak anayasa meclisinin teklifine olan direnç başarılı olmuştur.

Şili ve İzlanda örnekleri pek çok benzerlik göstermiştir. Bunlardan belki de en önemlisi demokratik inovasyonlar ve halkın doğrudan katılımı müesseseleri ile anayasa yapım organının aldığı kararlardaki bağlantıyı kuramamış olma. Şili örneğinde, mekanizmaya büyük anlamlar yüklendiğini görüyoruz. Yani halkın katılımından beklenti onun kapasitesinin üstünde olmuştur. Konvansiyonun eksikliklerini kapatabileceği düşünülmüştür. Oysa Konvansiyonun zafiyet gösterdiği hususların çokluğu ve büyüklüğü dikkate alındığından bunun müm-

¹⁷⁶ SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.

¹⁷⁷ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.234

¹⁷⁸ PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.200.

kün olmadığı da anlaşılabacaktır. Çağdaş demokratik sistemlerde meşruiyetin inşasının karmaşık olması halkın katılımını bir ihtiyaç olarak doğurmuştur¹⁷⁹. Fakat bu mekanizma, etkili bir arabuluculuk ve müzakerenin yerini alamaz¹⁸⁰.

Anayasa yapım sürecinin meşruiyetinin sağlanması için gereken demokratik olma, bağımsız olma ve şeffaf olma gibi kriterler makul seviyede olmalıdır. Bunlarda aşırıya kaçılmaması gerekmektedir. Müzakerelerin geliştirilmesi, anayasal kuvvetler ile koordinasyonun sağlanması ve mahremiyetin tesisi de önemlidir. Mahremiyet ve kamuya açıklık arasında bir denge bulunmalıdır. Anayasa meclisinin çalışmalarının şeffaf olması konusundaki lehte ve aleyhte hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Halkın gözü önünde çalışmak üyeler bakımından uzlaşmaya ulaşmayı teşvik etmemektedir. Belirli bir konunun savunuculuğuna kendisini adanmış olan bağımsız üyelerin, tamamen şeffaf olan bir süreç içerisinde yarattığı kaos ve toksik durum gözden kaçmamalıdır¹⁸¹. Anayasa yapım organı, halkın gözünde beceriksiz gözükmemeli ve halkın sürece dair güveni ayakta tutulmalıdır.

Prosedürel kurallar, önemli görülen azınlık grupların dışlanması anlamına gelecek şekilde oluşturulmamalıdır. Konvansiyonun karar alma nisabının 2/3 olması makuldür. Fakat seçimlerin uygun bir usul ile yapılmamış olmasından dolayı sağ siyasi görüş eksik temsilde kalarak, veto kuvvetini haiz olamamıştır. Konvansiyonda ve komitelerde, her gruba siyasi gücü oranında idari görevler verilmesi ile bu sorun aşılabilirdi. Böylelikle sağ kanatta kendi tekliflerini sunabilir ve görüşlerini beyan edebilirdi¹⁸².

2. Bağlam ve Zaman Kısıtı

İfade edilen sorunların hepsine ek olarak Konvansiyon, son derece sınırlı bir süre ile kısıtlanmıştır. Olağan bir yasama süreci bile yıllarca sürebilmekte, birden çok kez uzlaşma maksadı ile pazarlıkların yapılması gerekebilmekte en nihayetinde yeni bir siyasi çözüm üzerinde mutabık kalılabilmektedir¹⁸³. Şili'deki 2020-2022 Anayasa Konvansiyonuna sadece 9 ay ve 3 ay uzatma süresi tanınmıştır. Bu süre zarfında uzman görüşlerini toplamak, üyelerden gelen ilk teklifleri almak, komite bazında anlaşma içeren düzen-

¹⁷⁹ HUDSON, 2021b, s.12-38.

¹⁸⁰ HEISS/ SUAREZ, s.284.

¹⁸¹ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.245; PISCOPO/ SIAVELIS, s.141-155.

¹⁸² NEGRETTO/ SANCHEZ-TALANQUER s. 522-536.

¹⁸³ ZULUETA-FULSCHER, s.15-16.

lemeleri tesis etmek ve komitelerin tekliflerinin Konvansiyonda oylanması ve en nihayetinde son taslağın oluşması gerekmektedir. Bu iş kalemleri göz önüne alındığında sürenin yeterli olduğu düşünülebilir ancak Bolivya gibi Anayasa Meclisinin 16 ay faaliyet gösterdiği örnekler¹⁸⁴ ile mukayese edildiğinde sürenin oldukça kısa olduğu daha net gözler önüne serilecektir. Konuyu başka bir ölçekten mukayese edebilmek adına meclis aritmetiği üzerinden yaklaşıldığında dahi sürenin kısalığına ilişkin kanaatin değişmesi zordur. Bolivya örneğinde anayasa meclisinin 255 üyesinin 137'si siyasi partilerin aday gösterdiği isimlerden oluşmaktadır, oysa Şili'de 154 üyeden 104'ü bağımsızdır. Dolayısı ile bağımsız üyeler ile uzlaşma sağlamanın, siyasi üyelerle nazaran çok daha fazla zaman aldığı da göz önünde bulundurulduğunda, zaten kısa olan süre verimli kullanılması bakımından da kısa olacaktır¹⁸⁵.

Bağlam ve zaman kısıtının taslağı şekillendiren temel iki mesele olduğunda şüphe yoktur. Taslakta yer alana sosyal hakların ve bunların düzenlenme biçimleri bakımından bir dayanak destek öngörülmemiştir. Sorunlar ile bunların çözümüne ilişkin bir önceliklendirme olmadan anayasanın sorunları çözmesi beklenmiştir. Sosyal haklar bakımından ileri gitmek fikri ile yeni bazı haklar yaratmak ve bunların nasıl ne şekilde uygulanacaklarını göstermeden metne dahil etmek sosyal talepler bakımından bir dönüşüm ve ilerleme olarak değerlendirilememektedir. Şili bakımından ise en önemli husus sosyal hakların uygulanmasını temin etmektir ki esasından anayasa yapımının temel taşıyıcı unsuru budur.

Anayasa yapımı için belirtilen süre bir mutabakata varmak için kısadır. Yasama faaliyetleri ve uzlaşma konusunda tecrübesiz olan bağımsız üyeler tarafından domine edilmiş bir Konvansiyonun varlığı göz önüne alındığında sürenin kullanımı bakımından da etkin olmayan bir sonuç ortaya çıkmıştır.

3. Koordinasyon Komitesi

Anayasal bir reform yapmanın olağan zorluklarına ek olarak Şili Anayasa Konvansiyonu, ayrışma gibi ek zorluklar ile de uğraşmak zorunda kalmıştır. Bunların en başında ise uzlaşma ve uzlaşmayı tesis edici kurumların oluşumu noktasındaki zorluklar gelmektedir¹⁸⁶.

¹⁸⁴ WOLFF, s.183-203.

¹⁸⁵ PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.203; LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.243; ALEMAN/ NAVIA, s.90-95; ESCUDERO, s.196.

¹⁸⁶ PLANZA/ SOTOMAYOR VALAREZO, s.203.

Komitelerin gönüllülük esası ile oluşturulması, aktivistlerin rolünü artırmıştır. Söz konusu aktivistlerin genel olarak müzakerede bulunmak gibi bir eğilimde olmadıkları da görülmektedir. Koordinasyon komiteleri, farklı komitelerden çıkan ve birbirleri ile uyuşmazlık içeren teklifler bakımından arabuluculuk rolü oynamaktadır. Taslağın bütününe odaklanmak sureti ile tutarlılığı arttırmayı ve reddedilmesi muhtemel radikal önerileri ayıklamayı hedeflemektedir. Şili’de bu komisyonun kurulmasında çok geç kalındığı için komisyonun bahse konu işlevleri yerine getirilememiştir¹⁸⁷.

4. Süreci Başlatan ve Sonlandıran Referandumların Aynı Usullere Dayanması Gerekmemektedir.

Anayasa sürecini başlatan ve bitiren referandumların birlikte uygulanması nadiren karşılaşılan durumlardandır. Eğer böyle bir durum var ise her ikisi için uygulanacak seçim kuralları da aynı olmalıdır. Başlangıç referandumu ve Konvansiyon seçimi için oylama gönüllülük esasına dayanmıştır. Ancak süreci bitiren nihai taslağa ilişkin oylama zorunlu oy verme esasına göre yapılmıştır. Bu durumun ise doğru olmadığı ifade edilmektedir. Başlangıç referandumuna katılım düşük iken süreci bitiren referanduma katılım son derece yüksek olmuştur. Sonuç olarak anayasa yapımına ilişkin başlangıçtaki ve sondaki iradenin de farklı tecelli etmesine neden olmuştur¹⁸⁸.

Bazı yazarlar Eylül 2022’deki referandumun ardından, Şili’de siyasi sorun ve sorunların esas anayasa meselesinden ayrıştırması zor olduğundan, referandum marifeti ile anayasa yapılması fikrinden vazgeçilmesi gerektiğini dahi tavsiye etmiştir¹⁸⁹.

Fakat referandumdan vazgeçmek yerine, anayasa yapımı ve anayasacılık konusunda daha geniş ve toplumu kapsayıcı bir anlayışın üzerinde çalışılması gerekmektedir. Anayasa’nın hukuk sistemi içerisindeki özel durumu ve ona ilişkin temel karakteristik özellikler ve siyasete ilişkin rolünün daha iyi anlaşılması gerekmektedir. Genel siyaset ve anayasacılık birbirinin dışında iki farklı sahadır. Anayasa’nın siyasetten arındırılması, anayasal demokratik sistemin korunması için tam da bu sebeple bir zaruret olarak ortaya çıkmaktadır. Bir anayasa değişikliğinde temel olan husus anayasal kurumların

¹⁸⁷ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s. 246.

¹⁸⁸ DELUCHI, s.3.

¹⁸⁹ KAUFMANN Rodrigo, “Chile or the Impossibility of a Constitution”, **VerfBlog**, 2023.05.09 <https://verfassungsblog.de/chile-or-the-impossibility-of-a-constitution/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2024.)

doğru ve düzgün bir şekilde kurulmasıdır, siyasi mesele ve sorunlara çözüm önerisi sunmak değildir.

C. Kurumsal Direncin Azaltılması ve İzolasyondan Kaçınmak

Şili’de Anayasa Konvansiyonu sosyal, kültürel ve siyasi çeşitlilik üzerine inşa edilmiştir. Fakat, onun radikalizme kayan ve siyasi partilere mesafeli duruşuna ek olarak geleneksel siyasi partilerin etkisinin az oluşu sebebi ile Konvansiyon siyasi anlamda izole hale gelmiştir. Bu izolasyon, halkın ve kurumların sürece bağlılığının düşük olmasının ve kurumsal direncin varlığını açıklamak için önemli olsa da başarısızlık için tek sebep değildir. Dahası yürütme organı da halk ve Konvansiyon arasında köprü olamamıştır. Diğer bir deyişle sürecin dahili ve harici unsurları, başarılı bir koordinasyon veya dağıtıcı siyaset için gereken şartları oluşturamamıştır. Nihai olarak sürece güçlü bir bağlılık yaratılabilmiş olsa idi kurumsal direnç ortaya çıkmazdı.

Başarısızlık birden çok kurumsal aktörün dahlinin sonucu olarak görülmelidir. Bu aktörlerin rolünün anlaşılması; gelecekte, daha etkin ve başarılı bir anayasa yapım dizaynı oluşturmak bakımından önemli olacaktır. Konvansiyon dışındaki önemli siyasi aktörlerin, yani yargıçlar, yasama üyeleri ve siyasi partilerin sürece ilişkin tutum ve tavırları önemlidir¹⁹⁰. Anayasa yapım prosedürleri neticesinde oluşan direnç, Konvansiyon ile diğer demokratik kurumlar arasında bir izolasyon yarattığını yaratmıştır. Buradan çıkartılan sonuç ise anayasal reform ve kurumsal sürekliliğin dengelenmesi gerektiğidir. Esasen bu denge sürecin başında var idiyse de zamanla bozulmuş ve sonuç olarak tamamen kaybolmuştur.

Anayasa yapım sürecini tamamen tasarlamak mümkün değildir. Anayasa yapan organın oluşumu üzerindeki en önemli etken seçim kuralları değildir. Başkaca harici etkenlerin varlığı da gözden kaçmamalıdır. Siyasi partiler, seçmen sayısı ve her bir grubun sahip olduğu kaynaklar bu anlamda önem taşımaktadır. Böylelikle anayasa yapmak ile görevli organ oluşmaktadır.

Söz konusu harici faktörler, bazı kurallar ile etkileşime girerek siyasi partilerin temsilini, siyasi tavizleri, organize bir çalışmayı ve kamu gözündeki imajı menfi yönde etkilemiştir.

¹⁹⁰ ZULUETA-FULSCHER, s.13-14.

D. Nihai Taslak Metnin Esasına Dair Hususlar

1. Halkın Talepleri Üzerine İnşa Edilen Ön Mutabakata Dayalı Anayasa Yazımı Esas Alınmalıdır

Şili 1980 Anayasası zaman içinde bir hedef tahtasına dönmüştür. Zira zaman zaman yapılan değişiklikler ile içeriği dengeli olmayan bir hale dönmüştür. Bu ise anayasal problemlerin kısmen değişmesine yol açmıştır. Yeniden bir çerçeve yaratarak reform düşüncesini belirli bir mantığa oturtmak ise son derece zorlaşmıştır. 1989-2023 yılları arasında pek çok anayasa değişikliği yapılmıştır. Dolayısı ile güncel süreçte tartışılan pek çok mesele ya daha önce çözülmüş ya da eleştirilenin bir kısmı güncelliğini yitirmiştir.

2019 gösterileri, devlet ve halk arasında yeni bir sosyal anlaşma yapılması gereğini işaret etmiş, fakat halkın verdiği mesajın anlaşılması kolay olmamıştır. Zira gösterilere katılanların birbiri ile ilintili olmayan taleplerini bir anayasa aktarabilmek kolay değildir.

Bu sebepler ile Konvansiyon tarafından oluşturulan taslağın esası da sorun barındırmaktadır. Konvansiyonun ademi merkezîyetçi yapısı ve hazırlık için öngörülen sürelerin kısalığı ve Konvansiyon kompozisyonunun dengesiz dağılımı gibi bazı prosedürel meseleler bir sorun olarak kabul edilmelidir. Ancak başarısızlığın en önemli sebebi olarak taslağın esası görülmelidir. Anayasa yapan iradenin unsurları ortak bir anlayış etrafında toplanamamaktadır. Siyasi sistemin nasıl ve ne şekilde yapılması konusunda bir uzlaşma olmadığı gibi uzlaşmayı temin ve teşvik edici herhangi bir güç de bulunmamaktadır. Özellikle anayasal reformdan ne beklendiği konusu üzerinde bir fikir birliği oluşmamıştır. Neyin ne kadar dönüştürülüp düzeltileceği konusunda herkes farklı bir bakış açısı sunmuştur. Netice olarak böylesi önemli bir konunun çözülememesi nihai olarak ortaya çıkan metni de menfi yönde etkilemiştir.

İhtilafli ve/veya üzerinde yoğun bir mutabakat oluşmayan konulara ilişkin anayasal düzenleme yapmaktan kaçınılması gerekmektedir. Zira amaç mutabakat oluşturmaktır. Tersî durumda kutuplaşma ve ayrışma artacağı gibi uzlaşmaya dayanmayan metnin kimseyi memnun etmeme ihtimali de her daim mevcuttur. Mesela cinsiyet eşitliği meselesini savunanlar bakımından yapılan reformlar yetersiz ve hayata geçirilme kabiliyetinden yoksundur. Konunun aksini savunanlar bakımından ise yapılan düzenlemelerin kabulü mümkün değildir. Benzer biçimde çok uluslu devlete geçiş de genel kabul görmemiştir. Referandum bakımından yerlilerin oyu ile çoğunluk oyu karşı-

laştırıldığında durumun nezaketi daha çok ortaya çıkmaktadır. Bu hususa dair yapılan düzenlemeler yerlilerin dahi anayasa taslağına destek veremelerine yardımcı olmamıştır¹⁹¹. Nihai olarak geniş bir mutabakat ve destekten yoksun olarak yapılan düzenlemeler konunun taraftarları ve aleyhtarlarını rahatsız etmiştir. Hal böyle olunca nasıl olup böylesi bir düzenleme yapıldığı sorusu akla gelmekte ve konu yine Konvansiyon prosedürleri ve tasarının da birleşmektedir.

Çok uluslu devlete geçiş düzenlemesi son derece tuhaf olmuştur. İlk olarak yerlilerin oyunun ülke geneli oy ile mukayese edilmesi durumunda çok düşük kaldığı ifade edilmelidir. İkinci olarak yerliler de anayasa taslağına destek vermemiştir. Sonuç olarak hem genel seçmen kitlesini hem de çok uluslu yapının odağı olan kitleyi memnun etmeyen bir düzenleme yapılmıştır.

Halk ve anayasa yapım organının tercihlerini bir araya getirmekteki zorluk göz önüne alındığında, en baştan açık ve ortak hedeflere sahip olmak böylece öngörülme reform girişimleri ile sürecin yabancılaşmasını azaltmak en doğrusu olacaktır.

Anayasa metninin dili bir başka mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Şili sürecinde anayasa taslağında kullanılan dil klasik anlamda bir anayasa yapım dilinden daha farklı olup halkın gözünde metnin olduğundan çok daha radikal olduğu algısı yaratmıştır¹⁹². Lafzi anlamda, düzenlemelerin özellikle diline dikkat etmek gerekmektedir.

2. Sosyal Hakların Gerçekçi Tanımı Yapılmalı ve Uygulanabilir Olması Temin Edilmelidir

Sosyal haklar söz konusu olunca siyasilerin anayasayı suçlaması işin kolayına kaçmak olarak değerlendirilmektedir¹⁹³. Zira siyasiler konu hakkında çokça vaatte bulunabilmekte ama iş bunları yerine getirmeye geldiğinde pek çok sorun ile karşılaşabilmektedirler. Hal böyle olunca doğrudan anayasayı suçlamak kolaydır. Sosyal hakların anayasada düzenlenmesi ve siyasetin onları algılama biçimi birlikte ele alındığından sosyal hakların hayata geçmesi mümkün olabilir.

¹⁹¹ HEISS/ SUAREZ, s.284.

¹⁹² SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.

¹⁹³ VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.165.

Şili’de toplumun, sosyal hak ve anayasa reformu talepleri anayasayı “bir sihirli değnek¹⁹⁴” olarak algılamaktan kaynaklanmaktadır. Halk, hemen her konunun anayasa ile çözüme kavuşacağına inanma eğilimindedir¹⁹⁵. Ancak tek başına bu durum anayasa yapımı bakımından sorun olmamıştır. Buna ilaveten “ütopik bir anayasacılık¹⁹⁶” anlayışı da hâkim olmuştur. Konvansiyon, Latin Amerika’da yaygın olan dönüşümcü anayasacılık kavramının da ötesine geçmiştir. Böylelikle ütopik bir yaklaşım belirlemiş olup bu ise toplumun beklentileri ve siyasi partilerin menfaatlerin menfaatlerinden oldukça başka ve uzak bir taslak metin çıkmasına sebep olmuştur. Üstelik metin ütopik olan yapısını kabul ettirebilmek için toplumun sosyal hak taleplerini “bir rüşvet olarak” görerek metne dahil etmiştir¹⁹⁷.

Diğer tüm örnekler ile kıyaslandığında 2022 taslağı en dönüşümcü olanıdır. Fakat onun temel hatası metnin yazımı ile metnin uygulanması bakımından barizdir¹⁹⁸. Nihai olarak yeni bir anayasa yapımı başarısız olmuştur. Şili halkının kendi öz iradesinden doğan yeni bir anayasa yapımı başarıya ulaşamamıştır. Belli ki halkın arzuladığı anayasanın ne olduğu tam olarak anlaşılamamıştır.

30 yıllık demokrasi idaresi esnasında siyasete ve siyasetçilere karşı oluşan her türlü olumsuz kanaat ve sosyal devletin kurulamayışındaki başarısızlık anayasaya bağlanmaktadır. Dolayısı ile halk topyekûn bir anayasal düzen değişikliğinden ziyade kendi beklentilerini karşılayacak bir anayasa talep etmektedir. Bu beklenti ise, temel haklara daha iyi erişim ve/veya temel hakların kullanılabilir olmasının yasal olarak temin edilmesidir. Fakat bu temayül anayasanın kökten değiştirilmesi yönüne evrilmek istenmişse de başarısız olmuştur¹⁹⁹.

Bütün önemli siyasi grupların açık talepleri, anayasa yazımı esnasında hesaba katılmalıdır²⁰⁰. Burada önemli olan anayasa yazım dönemindeki siyasi grupların durumu değil, genel olarak toplum üzerindeki etkileridir²⁰¹.

¹⁹⁴ VERDUGO/ GARCIA-HUIDOBRO, s.165.

¹⁹⁵ SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.

¹⁹⁶ DIXON, 2018, s.767.

¹⁹⁷ DIXON, 2018, s.767.

¹⁹⁸ LANDAU/ DIXON s.237.

¹⁹⁹ SIAVELIS/ HEISS/ NAVIA, vd.

²⁰⁰ ZULUETA-FULSCHER, s.13.

²⁰¹ LARRAIN/ NEGRETTO/ VOIGT, s.234.

E. Başarısız Olan Süreç İrdelenmeden Yenisine Başlanması

Bir diğer önemli ders ise başarısız olan bir anayasa değişikliği sürecinin nedenleri henüz tahlil edilmeden bir başka sürecin başlatılmaması olarak kabul edilebilir. İşte bu noktada şu açıkça görünmektedir ki siyasi partilerin anayasa yapım sürecinin dışına itilmesi böylesi bir trajik bir neticenin doğmasına yol açmıştır. Eğer başarısız olan ilk deneme iyi bir biçimde tahlil edilebilmiş olsa idi ikinci demede başarısızlık ortadan kaldırılabilirdi ve/veya hatalar azaltılarak istenen sonuç peki ala elde edilebilirdi.

F. Post-Egemençi Yaklaşım ile Dönüşümcü Anayasacılık Araçsallaştırılmamalıdır

Latin Amerika’da kullanılan biçimi ile kurucu iktidar kuramında var olan egemen anayasa meclislerine alternatif olarak Arato’nun post-egemençi paradigmasının ortaya çıktığını görüyoruz²⁰². Arato, Güney Afrika, İspanya ve Doğu Avrupa ülkelerini inceleyerek, anayasa yapım süreçlerinin tasarımı bazı yenilikler yapmak sureti ile çok daha uzun süre meşru kalacak anayasaların yapılmasının mümkün olması yönünde çalışmalarda bulunmuştur²⁰³. Arato’nun yenilikleri arasında, yuvarlak masa müzakerelerinin kullanımı da vardır. Anayasa yapıcılar, muhtelif aktör ve kurumları da anayasa yapım müzakerelerine dahil etmektedir. Bir başka yenilik ise geçici anayasadır; yazara göre anayasa yapım sürecinin çok katmanlı aşamalarının içerisine, geçici bir anayasa koymak sürecin sıhhati için önemlidir. Uzlaşma ve kurumlara yetki paylaştıran bir anayasa yapım modelinde aktörler, halkın temsili noktasında ayrıcalık iddiasında bulunamayacaklardır²⁰⁴.

Şili anayasa sürecinin partiler arası bir mutabakat ile başlaması Arato modeline uyum gösterirken Bolivaryan yaklaşıma aykırılık teşkil etmektedir. Bazı aşırı partiler mutabakatı imzalamaktan geri dursa da mutabakat metni ve içeriği süreç boyunca saygı ve değer görmüştür²⁰⁵.

²⁰² GARCIA, s.248.

²⁰³ BARCENTEWICZ Mikolaj/ SCHNEIDER Alice”Andrew Arato, the Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?”, *The American Journal of Comparative Law*, C. 67, S. 1, 2019, ss.219-225; ARATO Andrew, “Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution-Making and Latin America”, *Wake Forest Law Review*, C. 50, 2015, ss. 891-914, s.83.1

²⁰⁴ ARATO, Andrew “Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making”, *Int’l J. Pol. Culture & Soc’y*, C. 22, 2009, ss.427-443, s.428.

²⁰⁵ VERDUGO/ PRIETO, s. 161.

Post-egemenci yaklaşımda demokratik düzeni oturtmanın zorlukları göz önüne serilmiştir. Azınlıkların seslerinin çok yüksek tonda çıkması ve anayasal kurumların gösterdikleri direnç bu kapsamda ele alınabilir. Dolayısı ile süreç anayasa yapımını üstlenen kurumu, baskı yapmaya zorlamakta veya yoldan çıkmaya itmektedir. Yani halk ve anayasa yapım organının tercihlerini bir araya getirmekte zorlanılmıştır.

Şili’de olduğu gibi parlamentonun toplumun güvenini kaybettiği durumlarda anayasa yapımı ile görevli bir anayasa meclisinin toplanması kaçınılmazdır. Fakat anayasa meclisinin görevi ileriki süreçte yasma organını zora sokacak yaklaşımlarda bulunmak değil devletin genel esaslarını çizmektir. Yasama organından rol çalması doğru değildir. Yasama organına güven duyulmasa bile sürecin tamamen dışında olduğu düşünülmemelidir. Zira anayasa yapım süreci bakımından hâlâ en önemli paydaş konumundadır.

Dönüşümcü siyasi aktörler, seçim dönemlerinde iktidara gelmek için yeni anayasa vaatlerini kullanmışlardır²⁰⁶. Netice olarak 2021-2022 sürecinde ortaya çıkan taslak pek çok dönüşümcü ve sol ideoloji temelli siyasi hedefleri olan, bir ölçüde devrim yapma gayesini de barındıran bir ihtivaya bürünmüştür. Konvansiyon üyesi Daniel STINGO’nun şu sözleri durumu basit bir biçimde özetlemektedir. “Büyük Anlaşma²⁰⁷ bizim tarafımızdan tanımlanacaktır. Geri kalan herkes ise buna uymak zorundadır. Biz ise Sağ dışındaki herkesi ifade etmektedir.” Böylelikle amaçtan sapılarak GUZMAN’ın tarif ettiği “siyasi yol” tanımına²⁰⁸ uygun düşen bir hareket kabul görmüştür. Bu durum son derece ironiktir. Zira PİNOCHET’in kurduğu sistemi değiştirmek isteyenler gücü eline geçirince aynı sistemi kendi dizaynları ile kurmaya çaba göstermişlerdir. Sonuç olarak bir anlamda “intikam” alınmaya çalışılmıştır²⁰⁹.

G. Bachelet Trilojisinin Eksikleri ve Faydaları

Konvansiyona biraz uzaktan baktığımızda, Konvansiyonun Şili’de yeni olan bir ideolojik bir söylem ile hareket ettiğini ifade edebiliriz. İşte bu durum Konvansiyonun niçin siyasi sistemin sorunlarını giderecek makul çözümler getiremediğini anlamada yardımcı olacaktır.

²⁰⁶ KAUFMANN.

²⁰⁷ Anayasa kaset edilmektedir.

²⁰⁸ CASTRO, s.25-46; PISCOPO/SIAVELIS, s.45.

²⁰⁹ KAUFMANN.

Süreç esasen Bachelet trilojisi olarak ifade edilen prensipler üzerine şekillenmiştir. 2013 yılında sol kanadın temsilcisi olan Bachelet, %60'ın üzerinde bir oy ile başkanlık seçimini kazanınca anayasayı tamamı ile yenilemek konusunda vaatlerini tutmak bakımından bir süreç başlatmıştır. Fakat süreci tamamlayamadan başkanlık süresi bitmiş ve kendisinden sonra bahse konu anayasa süreci devam ettirilmemiştir. Fakat geride onun adı ile anılacak ve kamuoyu tarafından kabul edilmiş bazı prensipler kalmıştır²¹⁰. Bachelet'in trilojisi sadece 2022 değil 2023 sürecinde de son derece etkili olmuştur. Bachelet ağırlıklı olarak katılımcı, kurumsal ve demokratik anayasa olarak ifade edilebilecek üç temel meselede ilerlemeci hareket ederek çözüm üretmeye odaklanmıştır. Anayasa yapım süreci kampanyasını da bunları destekleyici mahiyette yürütmüştür. Fakat Bachelet'in etkilendiği siyasi düşünce ve söylemler sürece ilişkin prosedürlerde hatalara yol açmıştır. 15 Kasım Mutabakatı ile başlayan anayasa yapım sürecinde ise Bachelet'in eksikleri dikkate alınmayarak doğrudan tatbik edilmesi, Konvansiyonun da hatalı çalışmasına yol açmıştır.

Diğer yandan 15 Kasım Mutabakatının tarafları ve anlaşmaya ilişkin anayasa değişikliklerini yapan Teknik Komite üyeleri, Bachelet'in trilojisi ve kullandığı mekanizmalardan etkilenmişlerdir. Özellikle kutuplaşmanın baş gösterdiği ve çokça yüksek hararetili siyasi kriz durumlarında ortak bir noktada buluşmayı sağlayacak çözümlerde uzlaşma zordur. Fakat Bachelet modeli ortak bir çözüm olarak kabul edilerek son derece kullanışlı olduğunu ispat etmiştir²¹¹.

Bachelet trilojisi, egemen anayasa meclisi modeline akla yatkın ve etkin bir alternatif sunmaktadır. Arato'nun çok aşamalı anayasacılık modeli²¹² ile post egemen anayasa yapım modeline benzemektedir²¹³. Bachelet süreci özellikle kurucu iktidar teorisinin hala kullanışlı olup olmadığı soru ile birlikte irdelenmelidir²¹⁴.

²¹⁰ GARCIA, s.242.

²¹¹ GARCIA, s.248.

²¹² ARATO Andrew, "Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt", *Constellations*, C. 18, S. 3, 2011, ss.324-351.

²¹³ ARATO Andrew, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, 1.Bası, Oxford University Press, Oxford, 2016.

²¹⁴ VERDUGO Sergio, "Is It Time to Abandon the Theory of Constituent Power?", *International Journal of Constitutional Law*, C. 21, S. 1, 2023, ss.14-79.

SONUÇ

2020-2022 yılları arasında Şili’de gerçekleştirilen anayasa yapım süreci, akademik camia açısından adeta teorinin pratiğine dair deney ve gözlem alanı oluşturmıştır. Süreci hazırlayanların iradi olarak ulusal ve uluslararası akademik dünyadan destek almaları son derece takdire şayandır. Teorik anlamda post egemen anayasacılık ve dönüşümcü anayasacılığa ilişkin hemen her husus özellikle sürecin tasarlanması esnasında uygulanmıştır. Fakat sürecin demokratik olması ve meşruiyetin azami seviyeye çıkarılması adına, süreç tasarlanırken yapılan bazı hatalar süreç içinde başkaca hatalar doğmasına sebep olmuş, netice itibarı ile de yeni anayasa yapım süreci başarısızlık ile sonuçlanmıştır. Henüz bu başarısızlığın nedenleri irdelenmeden ikinci deneme de aynı şekilde hüsrana ile noktalanmıştır.

Sürecin menfi sonuçlanmasına en çok katkısı yapan husus Anayasa Konvansiyonunun kompozisyonu olmuştur. Burada yapılan hata zincirleme bir reaksiyon olarak başka sorunların doğmasına ve/veya diğer sorunların büyümesine yol açmıştır. Bağımsız üyeler tarafından domine edilen Konvansiyon, halkın taleplerini okuyamadığı gibi siyasetin de gerçeklerini hesaba katamamıştır. Dahası yasama faaliyetleri bakımından tecrübesi olan üyeler, geleceğe dair de siyasi bir hedef beslemediği için ortaya çıkan metin, siyasi bir manifestodan öteye geçememiştir. Siyasetin eksik temsili, bu hususlar ile birleştğinde kurumsal direncin ortaya çıkması gecikmemiştir. Konvansiyon oturumlarının fazlasıyla şeffaf bir biçimde kamuoyu ile paylaşılması hem halkın sürece yabancılaşmasına hem de kurumsal direncin güçlenmesine neden olmuştur. Diğer yandan halkın sürece katılımına dair yaratılan beklenti ile netice arasındaki uçurum da halkın sürece olan desteğini çekmesinde pay sahibi olmuştur. Yasama faaliyetlerinde tecrübesi olmayan bağımsızlar, bir de Komite ve Komisyonlarda farklı kabul yeter sayıları ile karşılaştıklarında ortaya çıkan metnin hem akademik kalitesi hem de kamuoyu ile siyaset nezdindeki durumu son derece iç karartıcı olmuştur. Tüm bu hususlar bir araya gelerek, anayasa yapım sürecinin başarısızlığa uğramasına neden olmuştur.

Şili sürecinden çıkarılabilecek dersler ise son derece önem arz etmektedir. Zira teorinin pratiğe döndüğü bahse konu süreç diğer bütün uygulamalara veri temin etmek bakımından objektif çıktılar vermeye mezdur. Öncelikle ve ilk olarak alınacak dersin siyasi elitleri ve siyasi partileri sürece yeterince ve aktif katmak olacağı ifade edilebilir. Zira politik tecrübe, sürecin başında, içinde ve sonunda son derece önemlidir. Anayasa yazımı bir mesele

olduğu gibi bunun referandumda halka kabul ettirilmesi ayrı bir meseledir. Bunlar siyasi katılım olmadan altından kalkılması son derece güç işlere dönüşebilmektedir. İkinci olarak anayasa yapım sürecinin tasarımı, süre, konu, anayasa meclisinin yapısı, uygulama prosedürleri, tıkanmaları açıcı mekanizmalar ve halkın katılımına ilişkin mekanizmalar isabetli bir şekilde tayin edilmelidir. Aksi takdirde süreç ölü doğmuş olabilir. Yeni bir anayasanın nasıl ve hangi sınırlar dahilinde yapılacağı hususunda mutabakat en başta yok ise 12 veya 18 ay içinde gelecek vaat eden bir metnin çıkma ihtimali çok düşüktür. Diğer yandan süre çok uzun tutulur ise anayasa yapımının kendisi politik bir malzemeye dönüşebilir. Komite ve Genel Kurul çalışmalarının paralellik arz etmesi ve Genel Kurulun Komite çalışmalarını yönlendirmesi de son derece önemlidir. Üçüncü olarak, özellikle sosyal hakların dönüşümcü anayasacılık yaklaşımı ile ele alındığı süreçlerde, anayasa metninin esasına ve lafzına ayrıca önem vermek gerekmektedir. Uygulanması mümkün olmayacak hak ve hürriyet tanımlamaları yapılmamalıdır. Ya da uygulanması mümkün olmak ile birlikte uygulanma mekanizmalarını anayasa metnine koymamak da kaçınılması gereken bir husustur. Zira bir hakkın varlığı onun uygulanabilmesi ile doğru orantılıdır. Metnin esasında siyasi manifestoyu aşmak zaruridir. Dördüncü olarak post egemen demokratik anayasa yapımının zorlukları göz önünde bulundurulmalıdır. Bir anayasa yapım yöntemi olarak makul olmakla birlikte uygulamada başarısızlık ile sonuçlanan örnekler ile karşılaşmaktadır. İzlanda ve Şili örneği bu bakımdan en bariz olanlarıdır. Benzer şekilde dönüşümcü anayasacılık da başarılı ve başarısız sonuçlar doğurabilmektedir. Son olarak Başkan Bachelet tarafından ortaya konulan prensiplerin işlediği ve kullanışlı olduğu görülmektedir. Özellikle uzlaşma yaratma ve tıkanıklıkları çözme bakımından oldukça verimli olması ile demokratik meşruiyetin azami seviyede oluşmasına katkısı sağlaması takdire şayandır. Fakat halkın sürece doğrudan katılımı ve sürecin şeffaflığı hususları bakımından aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Bir anayasa yapım süreci şeffaf olmalı ve fakat uzlaşma için gereken pazarlıkların da yürütülmesine izin vermelidir ki bunların kamuoyu önünde yapılması pek de mümkün olamayabilir.

KAYNAKÇA

- ALEMAN Eduardo / NAVIA Patricio, “Chile’s Failed Constitution: Democracy Wins”, **Journal of Democracy**, C. 34, S. 2, 2023, ss.90-104.
- ARATO Andrew, **Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- ARATO Andrew, “Beyond the Alternative Reform or Revolution: Post Sovereign Constitution-Making and Latin America”, C. 50, 2015, **Wake Forest Law Review**, ss. 891-914, s.83.1
- ARATO Andrew, “Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt”, **Constellations**, C. 18, S. 3, 2011, ss.324-351.
- ARATO, Andrew “Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making”, **Int’l J. Pol. Culture & Soc’y**, C. 22, 2009, ss.427-443.
- BARCENTEWICZ Mikolaj/ SCHNEIDER Alice “Andrew Arato, the Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?”, **The American Journal of Comparative Law**, C. 67, S. 1, 2019, ss.219-225.
- BROWN Nathan J., “Reason, Interest, Rationality, and Passion in Constitution Drafting”, **Perspectives on Politics**, C. 6, S. 4, 2008, ss. 675-689,
- CAREY John M., “Parties, Coalitions, and the Chilean Congressin the 1990s”, **Legislative Politics in Latin America**, Scott Morgenstern / Benito Nacif (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ss. 222-253.
- CASTRO Jose M., “Jaime Guzmán, Gremialismo, and the Ideological Origins of the 1980 Constitution”, **Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe**, C. 33, S. 2, 2022, ss. 25-46.
- CEPEDA-ESPINOSA Manuel Jose, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, **Washington University Global Studies Law Review**, C.3, S. 4, 2004, ss.529-699.
- CHILTON Adam / VERSTEEG Mila, **How Constitutional Rights Matter**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- COLOMER Josep, “Disequilibrium Institutions and Pluralist Democracy”, **Journal of Theoretical Politics**, C. 13, S. 3, 2011, ss. 235-247.
- COLON-RIOS Joel, “Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia,” **Constellations**, C. 18, S. 3, 2011, ss. 365-388.
- CONTRERAS Pablo / LOVERA Domingo, “A Constituent Process? Chile’s Failed Attempt to Replace Pinochet’s Constitution (2013-2019)”, **Recht**, C. 13, S. 3, ss. 297-314.
- COUSO Javier, ““Chile’s ‘Procedurally Regulated’ Constitution-Making Process”, **Hague Journal on the Rule of Law**, C. 13, 2021, ss. 235-251.
- DELUCCHI Adriana Suarez “The Chilean Constitutional Convention: An Exercise for the Pluriverse”, **Global Studies Quarterly**, C. 4, S. 3, 2024, ss.1-14.

- DIAZ de VALDES Jose Manuel / VERDUGO Sergio, "The ALBA Constitutional Project and Political Representation", **International Journal of Constitutional Law**, C. 17, S. 2, 2019, ss. 479-488.
- DIXON Rosalind/ LANDAU David, **Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy**, 1. Bası Oxford University Press, Oxford, 2021.
- DIXON Rosalind, "Constitutional Rights as Bribes", **Connecticut Law Review**, C.: 50, S. 3, 2018, ss.767-818.
- DIXON Rosalind / GINSBURG Tom, "Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design", **International Journal of Constitutional Law**, C. 9, S. 3-4, 2012, ss. 636-672.
- ELSTER Jon, "Clearing and Strengthening the Channels of Constitution-Making", **Comparative Constitutional Design**, Tom Ginsburg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, ss.15-30.
- ELSTER, Jon, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process". **Duke Law Journal**, C. 45, 1995, ss. 364-396.
- ELKINS Zachary, "Constitutional Revolution in the Andes?", **Comparative Constitutional law In Latin America**, Rosalind Dixon / Tom Ginsburg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, ss.108-125.
- ESCUADERO Maria Cristina, "Institutional resistance: The case of the Chilean Convention 2021-22", **Global Constitutionalism** C. 13, S. 1, 2024, ss.192-199.
- FISHKIN James, "Democracy When the People Are Thinking: Deliberation and Democratic Renewal", **Proceedings of the American Philosophical Society**, C. 163 S. 2, 2019, ss.108-121.
- FUENTES Claudio, "Shifting the Status Quo: Constitutional Reforms in Chile", **Latin American Politics and Society**, C. 57 S. 1, 2015, ss.99-122.
- GALLIGAN Denis/VERSTEEG Mila, "Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions", **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss. 3-48.
- GARCIA Jose, "A failed but useful constitution-making process: How Bachelet's process contributed to constitution-making in Chile", **Global Constitutionalism**, C. 13, S. 1, 2024, ss.239-249.
- GARCIA-HUIDOBRO Eugenio /GUIDI Sebastián, "Bertoldo's Court: Constitutional Delegation in the Design of Judicial Institutions", **Latin American Legal Studies**, C. 9, 2021, ss.166-202.
- GARGARELLA Roberto, **Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GINSBURG Tom, **Comparative Constitutional Design**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

- HARDIN Russel, “Why Constitution?”, **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss.51-72.
- HEISS Claudia / SUAREZ Julieta, “Constitution-Making in the 21st Century: Lessons from the Chilean Process”, **Political Science & Politics**, C. 57, S. 2, 2024, ss. 282-285.
- HILBINK Lisa, **Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- HIRSCHL Ran, “The Strategic Foundations of Constitutions”, **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss. 157-181.
- HUDSON Alexander, “Political Parties and Public Participation in Constitution Making”, **Comparative Politics**, C. 53, S. 3, 2021, ss.501-524
- HUDSON Alexander, **The Veil of Participation: Citizens and Political Parties in Constitution-Making Processes**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- KLUG Heinz, “Transformative Constitutions and the Role of Integrity Institutions in Tempering Power: The Case of Resistance to State Capture in Post-Apartheid South Africa”, **Buffalo Law Review**, C. 6 7, S. 3, 2019, ss.701-742.
- LANDAU David/ DIXON, Rosalind, “Utopian Constitutionalism in Chile”, **Gloal Constitutionalism**, C. 13, S. 1, 2024, ss.228-238.
- LANDAU David, “Constituent Power and Constitution-Making in Latin America”, **Comparative Constitution-making**, Hanna Lerner / David Landau (Editör), 1. Bası, Edward Elgar Press, Cheltenham, 2019, ss. 567-589.
- LANDAU David, “Constitution-Making Gone Wrong”, **Alabama Law Review**, C. 64, S. 5, 2013, ss. 923-980.
- LARRAIN Guillermo/ NEGRETTO Gabriel/VOIGT Stefan “How Not to Write a Constitution: Lessons from Chile”, **Public Choice**, C. 194, 2023, ss.233-247.
- LOUGHLIN Martin, “Constitutional Imagination “, **The Modern Law Review**, C. 78, S. 1, 2015, ss.1-25.
- MEUWESE Anne, “Popular Constitution-Making: The Case of Iceland”, **Social and Political Foundation of Constitutions**, Denis Galligan /Mila Versteeg (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, ss.469-496.
- MULLER Dennis, **Constitutional Democracy**, 1. Bası, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- NEGRETTO Gabriel/ SANCHEZ-TALANQUER Mariano, “Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis, 1900-2015”, **American Political Science Review**, C.115, S.: 2, 2021, ss.522-536.
- NEGRETTO Gabriel, “New Constitution in Democratic Regimens”, **Redrafting Constitution in Democratic Regimes**, Gabriel Negretto (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss.1-30.

- NEGRETTO Gabriel, "Replacing Constitution in Democratic Regimens", **Redrafting Constitution in Democratic Regimes**, Gabriel Negretto (Editör), 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, ss.101-128.
- NEGRETTO Gabriel, "Democratic Constitution-Making Bodies: The Perils of a Partisan Convention", **International Law Constitutional Law**, C. 16, S. 1, 2018, ss.254-279.
- NEGRETTO Gabriel, **Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America**, 1. Bası Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- PARTLETT William, "The Dangers of Popular Constitution Making", **Brooklyn Journal of International Law**, C. 38 S. 1, 2012, ss.193-238
- PLANZA Valeriza/ SOTOMAYOR VALAREZO, Patricia, "Chile's failed constitutional intent: Polarization, fragmentation, haste and delegitimization", **Global Constitutionalism**, C. 13, S. 1, 2024, ss. 200-209.
- RUIZ-TAGLE Pablo, **Five Republics and One Tradition: A History of Constitutionalism in Chile 1810-2020**, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- PISCOPO Jennifer / SIAVELIS Peter, "Chile's Constitutional Chaos.", **Journal of Democracy**, C. 34, S. 1, ss.141-155.
- ISSACHAROFF Samuel/ VERDUGO, Sergio, "The Uncertain Future of Constitutional Democracy in the Era of Populism: Chile and Beyond", **University of Miami Law Review**, C.78, 2023, ss.1-64.
- REYES-HOUSHOLDER Catherine / SUÁREZ-CAO Julieta / ARCE- RIFFO Javiera, "The Puzzle of Chile's Resilient Support for Gender Parity.", **PS: Political Science & Politics**, C. 57, S.2, 2024, ss.263-266.
- TUSHNET Mark, **The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Democracy**, 1. Bası, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- VERDUGO Sergio, "Is It Time to Abandon the Theory of Constituent Power?", **International Journal of Constitutional Law**, C. 21, S. 1, 2023, ss.14-79.
- VERDUGO Sergio/ PRIETO Marcela, "The Dual Aversion of Chile's Constitution-making Process", **International Journal of Constitutional Law**, C. 19, S. 1, 2021, ss. 265-293.
- VERDUGO Sergio/GARCIA-HUIDOBRO Luis Eugenio, "How do constitution-making processes fail? The case of Chile's Constitutional Convention (2021-22)", **Global Constitutionalism**, C. 13, S. 1, 2023, ss.154-167.
- VERGARA Camila, "The Oligarchic Takeover of the Constituent Process", **NACLA Report on the Americas**, C. 54, S. 4, 2022, ss. 453-457.
- VOIGT Stefan, "Positive Constitutional Economics: A survey", **Public Choice**, C. 90, 1997, ss.11-53.
- WOLFF Jonas, "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador", **New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices**, Almut Schilling-Vacaflor / Detlef Nolte (Editör), 1. Bası, Routledge, London 2012, ss.183-203.

İnternet Kaynakları

- KAUFMANN Rodrigo, “Chile or the Impossibility of a Constitution”, **VerfBlog**, 2023.05.09,
<https://verfassungsblog.de/chile-or-the-impossibility-of-a-constitution/>, (Erişim Tarihi: 12.11.2024.)
- LANDAU, David, “Introduction: Symposium on the Chilean Constitutional Referendum”, **International Journal of Constitutional Law Blog**, 23.09.2022, <https://www.iconnectblog.com/introduction-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum/> (Erişim Tarihi: 21.07.2024)
- VERDUGO Sergio, “The Paradox of Constitution-Making in Democratic Settings: A Tradeoff between Party Renewal and Political Representation?”, **International Journal of Constitutional Law Blog**, 24.09.2022, <https://www.iconnectblog.com/iconnect-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum-the-paradox-of-constitution-making-in-democratic-settings-a-tradeoff-between-party-renewal-and-political-representation/> (Erişim tarihi: 01.07.2024.),
- Venedik Komisyonu, Şili’de Yeni Anayasa Yapımı Üzerine Düşünceler, No: 1075/2022, 18-19.03.2022, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)004-e) (Erişim Tarihi: 15.08.2024)
- SIAVELIS Peter / HEISS Claudia / NAVIA Patricio, vd., Chile’s **Lessons and Failures in Writing a New Constitution**, 11.12.2023, <https://www.wbur.org/onpoint/2023/12/11/chiles-lessons-and-failures-in-writing-a-new-constitution> (Erişim Tarihi: 23.11.2024)
- ZULUETA-FULSCHER, Kimana, “How Constitution-making Fails and What Can We Learn from It?”, **IDEA Discussion Paper**, 2023, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/how-constitutionmaking-fails-and-what-we-can-learn-from-it.pdf> (Erişim Tarihi: 17.09.2024)

EŞYA MÜSADERESİ BAKIMINDAN SUÇLA BAĞLANTILI OLMA KOŞULU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Buket SOYGÜT**^(**)

Öz: Eşya Müsaderesi, suç işleyen kişinin malvarlığının suçla ilgili kısmının mahkeme kararıyla alınarak devlet hazinesine geçirilmesi sonucunu doğuran bir ceza hukuku yaptırımıdır. Kişinin suçla ilgisi kurulamayan malvarlığının müsaderesi ise genel müsadere niteliğinde olup evrensel bir yasaktır. Bu nedenle eşya ile suç arasındaki bağlantının kurulması müsaderenin en önemli koşuludur. Türk Ceza Kanunu'nun 54. Maddesine göre eşya müsaderesine hükmedilebilmesi için eşyanın suçta kullanılması, suça tahsis edilmesi, suçtan meydana gelmesi; suçun işlenmesinde kullanmak üzere hazırlanması (aynı zamanda kamusal tehlikelilik taşıması) veya son olarak eşyanın bizzatı suç konusunu oluşturması gerekir. Bunlardan özellikle tahsis edilme ve suçta kullanılmak üzere hazırlanma ibareleri suçla bağlantının kurulması bakımından sorunludur. Bu çalışmada kanunen müsadereye tabi kılınmış eşyanın suçla olan bağlantı türleri ele alınıp hem mülkiyet hakkı hem de belirlilik ilkesi bakımından değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Müsadere, Eşya Müsaderesi, Belirlilik İlkesi, Genel Müsadere Yasağı.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 20.05.2025.

^(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: buket.soygut@bilgi.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4382-9754>.

CONDITION OF CONNECTION WITH THE CRIME IN TERMS OF CONFISCATION OF GOODS

Abstract: Confiscation of goods is a criminal law sanction that results in the seizure of the part of the property of the person who committed the crime by court order and its transfer to the state treasury. The confiscation of the property of the person whose connection to the crime cannot be established is a general confiscation and is a universal prohibition. Therefore, establishing the connection between the property and the crime is the most important condition of confiscation. According to Article 54 of the Turkish Penal Code, in order to rule on the confiscation of property, the property must be used in a crime, allocated to a crime, originate from a crime; prepared for use in committing a crime (also carries a public danger) or finally, the property itself must constitute the subject of a crime. Of these, the phrases of allocation and preparation for use in a crime are particularly problematic in terms of establishing a connection with the crime. In this study, the types of connections of the property subject to confiscation by law to the crime are discussed and evaluated in terms of both the right of ownership and the principle of certainty.

Keywords: Confiscation, Confiscation of Goods, Principle of Certainty, Prohibition of General Confiscation.

GİRİŞ

Müsadere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 54 ve 55. maddelerinde bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olup en geniş anlamıyla bir suç nedeniyle kişinin malvarlığının ilgili kısmının mahkeme kararıyla kalıcı olarak hazineye geçirilmesini ifade eder. 54. maddede eşya müsadere, 55. maddede ise kazanç müsadere düzenlenmiştir. Hukukumuz bakımından her ikisini de kapsayacak biçimde bir tanım yapmak gerekirse, müsadere, *“bizatihi suç oluşturan eşya ile kanunda belirtildiği şekilde bir suçla ilgili olan eşya ve malvarlığının veya bunların karşılık değerlerinin ve varsa semerelerinin mahkeme kararı ile fail veya bazı hallerde üçüncü kişilerden alınarak devletin mülkiyetine geçirilmesini sonuçlayan bir ceza hukuku yaptırımı”* olduğunu söyleyebiliriz.¹

Klasik müsadere diyebileceğimiz “bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere” yıllar içerisinde hem kapsam olarak genişletilmiş hem de uygulama kurallarının esnetilmeye başlandığı gözlemlenmiştir. Bu itibarla hukuki niteliği ve koşulları konusunda tartışmalar devam etmektedir. Özellikle örgütlü suçlulukla mücadele amacıyla kazanç müsadere, eşdeğer müsadere, tüzelkişilerin malvarlığının müsadere, kazancın meşruluğunun ispatı yükümlülüğünün tersine çevrilmesi gibi uygulamalar getirilerek müsadere etkin bir araç haline getirilmeye çalışılmaktadır. Bu konuda Avrupa’da da ciddi kodifikasyon çalışmaları yapılmıştır. Ancak bu genişleme ceza hukukunun geneli için de söyleyebileceğimiz gibi, müdahale alanını geriye çekmekte ve temel ilkeleri bakımından da sorunlar yaratabilmektedir.

Söz konusu genişleme daha çok kazanç müsadere ile ilişkin olmakla birlikte müsadere temelinin oluşturan eşya müsadere bakımından suçla bağlantılı olma koşulu tam da bu nedenle ve aynı derecede önem teşkil etmektedir. Nitekim, bir kimsenin malvarlığının herhangi bir suçla bağlantı kurulmaksızın müsadere edilmesi evrensel bir yasak olan genel müsadere teşkil edecek; bu durum da kişinin malvarlığı başta olmak üzere diğer bazı temel hakları bakımından da ihlal yaratabilecektir.²

¹ Tanım ve müsadere hakkında geniş bilgi için bkz. SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Haziran. 2014, s. 7 vd.

² Son yıllarda müsadere örgütlü suçla mücadele bakımından çok önemli bir araç haline gelmiş; klasik anlamda “suç eşyasının müsadere” dönüşmeye ve çeşitlenmeye başlamıştır. Bu yön-deki gelişmeler için bkz. PRADEL Jean, Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11.3, December 2007; SOYGÜT ARSLAN, s. 2 vd.

Eşya müsadereyi Türk Ceza Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiş olup genel müsadere yasağı gereğince eşyanın suçla bağlantılı olmasına ilişkin düzenlemeler m. 54/1'de yer alan "İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereye hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir." hükmü ile m. 54/4'te yer alan "Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir" fıkrasından ibarettir. Buna göre eşyanın suçta kullanılması, suça tahsis edilmesi, suçtan meydana gelmesi; suçun işlenmesindeki kullanılmak üzere hazırlanması (aynı zamanda kamusal tehlikelilik taşıması) ve son olarak eşyanın bizzatı suç konusunu oluşturması gerekir. Bunlardan özellikle tahsis edilme ve suçta kullanılmak üzere hazırlanma ibareleri suçla bağlantının kurulması bakımından sorunludur. Bu çalışmada 54. maddede müsadereye tabi kılınmış eşyanın suçla olan bağlantı türleri ele alınıp hem mülkiyet hakkı hem de belirlilik ilkesi bakımından değerlendirilmesi yapılmaktadır.

I. EŞYANIN SUÇLA BAĞLANTISININ KURULMASININ ÖNEMİ

Fail veya şeriklerin, suçu işledikleri sırada üzerlerinde veya yanlarında bulunan her türlü eşya müsadereye tabi değildir. Ceza hukukunun bir yaptırımını olan müsadereyi uygulaması ancak eşya ile suç arasında kanunda öngörüldüğü biçimde bir bağlantının bulunması halinde mümkündür. Yargıtay'a göre de suçun niteliği de gözönünde bulundurularak bu bağlantının doğru biçimde kurulması gereklidir.

"Dava, kasten yaralama ve tehdit suçuna ilişkindir. Olayda, sanık hakkında tehdit ve kasten yaralama suçlarından mahkumiyet hükümleri kurulması ve sanığa ait iki adet bulundurma ruhsatlı silah ile bu silahlara ait iki adet şarjörün müsadereye karar verilmesi karşısında, sanık soruşturma aşamasında bulundurma ruhsatlı iki silahını da kolluğa teslim etmişse de, hangi silahın suçta kullanıldığının belli olmadığı, öncelikle hangi silahı kullandığının tespit edilmesi ve silahlar ruhsatlı ise suçta kullanılmayan silahın bulundurma ruhsat süresinin geçip geçmediği gözetilerek, süresinin geçmediğinin anlaşılması halinde sanığa iadesine karar verilmesi gerekir".³

³ Y.4.CD, E 2022/10835 K 2022/24582, 06.12.2022 (Makaledeki bütün kararlar için bkz. lexpera.com (Erişim Tarihi: 10.03.2025))

TCK m. 54 bakımından sadece suçun işlenmesinde kullanılan değil, kullanılmak üzere hazırlanan eşya ile suça tahsis edilen eşyanın da müsadere- nin öngörölmüş olması nedeniyle suçun tipik hareketleri bakımından kullanılması zorunlu olmamakla birlikte, suçun işlenmesini veya sonucun gerçekleşmesini kolaylaştıran şeylerin de müsadere- sinin gerektiği anlaşılmaktadır.⁴

Eşya ile suç arasında kanunda belirtilen bir şekilde bağlantı kurulamıyorsa ve eşyanın üretimi, bulundurulması veya ticareti suç değilse müsadere uygulanamaz. Aksi durum genel müsadere yasağına aykırılık oluşturmaktadır. Genel müsadere öğretide hemen bütün yazarlar genel müsadereyi tanımlarken müsadere- nin failin tüm malvarlığına ilişkin olarak gerçekleştirilmesine vurgu yapmaktadırlar.⁵ Kanaatimizce bu ölçüt genel müsadere- nin esasını ortaya koymak bakımından yeterli değildir. Genel müsadere- nin varlığından söz edebilmek için kişinin bir suç işlemesi yeterli olup, müsadere edilecek olan eşyanın suçla ilgisinin bulunması aranmaz. Fail, malvarlığının bir kısmını veya bir eşyasını suçta kullanmış, suça özgülemiş veya suçtan elde etmişse, sadece söz konusu eşya veya malvarlığı değeri değil, bütün malvarlığı müsadere ediliyorsa genel müsadere- den söz edilebilir.

Fail, sahip olduğu veya yanında bulundurduğu eşyalardan hangisi ile suçu işlemişse sadece onun müsadere- si gerekir. Örneğin, iki adet ruhsatlı av tüfeğine sahip olan kişi bir keklik avladığına göre sadece bir av tüfeğinin müsadere- si ile yetinilmelidir.⁶ Nitekim Yargıtay bir olayda, göçmenlerin tekneye bindirilmek üzere bekledikleri kamyon- da ele geçirilmesi ve sanıkların da yakalanması nedeniyle teşebbüs aşamasında kalmış olan göçmen kaçakçılığı suçunda fiilen kullanılmamış olan Paradise adlı teknenin “suçta kullanılmamış olduğu” gerekçesiyle iadesi gerektiğine karar vermiştir. Kararın karşıoyunda ise “*bütün bu oluş içinde anlaşmaya bağlı olarak bu suç için hazırlanan teknenin de zorunluluğun doğru olduğu*” savunulmuştur.⁷ Gerçekten 5237 sayılı TCK bağlantıyı genişleterek suç için hazırlanan eşya ile tahsis edilen eşyayı da müsadere kapsamında düzenlemiştir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu tekne suçta fiilen kullanılmamış olsa da suça tahsis edildiği kabul edilebileceğinden müsadere- si mümkündür.

⁴ 765 sayılı kanun döneminde benzer bir yorum için bkz. AYDIN Öykü Didem, Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 1993, s.191.

⁵ SOYASLAN Doğan, **Kriminoloji: Suç ve Ceza Bilimleri**, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2003, s. 575.

⁶ Y.7.CD, E. 2002/12086, K. 2002/11715, 16.09.2002. Buna karşılık diğer silahın suça tahsis edildiği anlaşılmakta ise onun da müsadere- si gerekir.

⁷ Y.8.CD, E. 2005/341, K. 2005/2011, 05.04.2005

Suçun işlenmesi veya sonucun gerçekleşmesi bakımından hiçbir etkisi olmayan eşyanın sırf failin yanında veya suç mahallinde bulunması nedeniyle suçta kullanıldığı veya suça tahsis edildiğinden bahisle müsadere mümkün değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında izinsiz kazı yapılacak olan yere gitmek için kullanılan otomobilin “*olayda kullanılma zorunluluğu olmayıp neticenin elde edilmesine de bir katkıda bulunmayan, yalnızca kazı yapılan yere gelmek için kullanılan ve olay yerine 2 kilometre uzaklıkta bulunan aracın*” müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir.⁸ Görüldüğü gibi otomobil izinsiz kazı yapmak suçunun işlenmesini kolaylaştıran ya da bu suçun işlenmesini sağlayan bir araç olmadığından müsadere edilemeyecektir. Buna karşılık Yargıtay’ın kaçak emvalin kesilmesi ve nakli gibi orman suçlarında içinde gözcülük yapmakta kullanılan araçların müsadere edilmesi gerektiğini belirttiği çeşitli kararları bulunmaktadır.⁹

Suçla doğrudan veya dolaylı olarak bağlantı, “suç yolu”nun (*iter criminis*) herhangi bir aşamasında olabilir. Söz konusu eşya, suçun icrası sırasında veya icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra veya neticenin gerçekleşmesi aşamasında kullanılabileceği gibi suçun sadece hazırlık aşamasında da kullanılmış olabilir. Ancak hazırlık aşamasında kullanılan eşyanın müsadere edilebilmesi için eylemin teşebbüs aşamasına varmış olması, bir başka deyişle suçun icra hareketlerinin başlamış olması gerekir.¹⁰

II. EŞYANIN SUÇUN İŞLENMESİNDE KULLANILMASI

Eşya ile suç arasındaki bağlantının kanundaki ilk görünümü “kullanma”dır. TCK’nın 54. maddesinin 1. fıkrasına göre “suçun işlenmesinde kullanılan eşya” müsadereye tabidir. Aşağıda kullanmanın belirlenmesine dair ölçütler açıklanmaktadır.¹¹

A. Doğrudan Bağlantı Ölçütü

İtalyan öğretisi ve uygulamasına göre, suç ile eşya arasında doğrudan, yamsal, acil ve etkili bir bağ bulunması gerekmektedir. Bu ölçüte göre, o eşya olmasaydı suçun işlenemeyeceği kabul edilmedikçe müsadere söz konusu olmamalıdır. İtalyan Yargıtay’ı fahişelik yapmakta kullanılan veya hırsızlık suç-

⁸ Y.11.CD, E. 2003/10364, K. 2003/ 8377. 19.11.2003,

⁹ Y.3.CD, E. 1999/9100, K. 1999/15410, 29.11.1999; Y.3.CD, E. 1998/6832, K. 1998/7907, 06.07.1998,

¹⁰ SÖZÜER Adem, “Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı”, **İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi**, Cumhuriyetin 80.Yılına Armağan, 2003, s. 36, ss. 397-406. s. 398

¹¹ 5607 sayılı Kaçakçılıkla Müsadere Kanunu bakımından taşıma aracının müsadere özel kriterlere bağlanmıştır. Bunlar için bkz. SOYGÜT ARSLAN, s.332 vd.

nu işledikten sonra kaçmakta kullanılan otomobilin müsadere edilemeyeceğine karar vermiştir.¹² Yargıtay'ımızın da bu yönde vermiş olduğu bir karara göre, Federal Almanya'dan gelen otobüste yapılan aramada, ele geçen kaçak eşyaların fazla miktarda olması ve yurda insan gücüyle taşınmasının mümkün olmaması göz önünde tutulduğunda, otobüsün müsadereesine karar verilmesi gerekir.¹³ Bir başka kararda da, köyün içme suyu deposunda kullanılan bakır kablo ve paratoneri, hırsızlık suretiyle alıp satmak amacıyla işlenen suçta kullanılan aracın - üçüncü bir kimseye ait olmasının yanı sıra- "suça konu eşyanın taşınması için kullanılmasının da zorunlu bulunmadığı gözetilmeden müsadereesine karar verilmesi"ni kanuna aykırı bulmuştur.¹⁴ Bakıcı'ya göre de cinsel saldırı suçunun içinde işlendiği otomobil veya ev bu suçun işlenmesinde vasıta olmadığı için müsadere edilemez.¹⁵ Buna karşılık, Yargıtay, zorla kadın kaçırılması suçunda kullanılan vasıtanın müsadere edilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁶ O halde, aracın suça olan katkısı somut olayda suçun niteliğine göre değerlendirilecektir.¹⁷

¹² AYDIN, s. 192-193

¹³ YCGK, E. 1983/83, K. 1983/180. 18.4.1983. 2001 tarihli bir kararında ise Yargıtay, "nakil aracı olmaksızın bu miktar mazotun çalınamayacağından bahisle müsadereesine" hükmeden yerel mahkemenin kararını "sanıkların kamyonette bulunan bidonlara mazot doldururken yakalanmış olmalarına ve henüz kamyonetin kullanılmayıp neticenin elde edilmesine bir katkıda bulunmamış olması" nedeniyle bozmuştur (Y.11.CD, E. 2001/7795, K. 2001/9025, 04.10.2001) Benzer biçimde "mağdurenin, içinde ırzına geçilmesine kalkışılan otomobilin suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya niteliğinde bulunmadığı" kabul edilmiştir (Y5CD, 31.3.1978, 117/1085 bkz. YILMAZ Zekeriya, **Teori ve Uygulamada Müsadere**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 s. 47). Görüldüğü üzere, eylemin teşebbüs aşamasında kalması halinde müsadere mümkün olmakla birlikte eşya ile suç arasındaki bağ kurulamayabilmektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 54.maddesinin 1. fıkrası kapsamında bunlar "tahsis" edilen eşya olarak müsadere edilebilir.

¹⁴ Y.15C.D, E. 2012/18874, K. 2012/46072, 20.12.2012,. "Suçta kullanıldığı iddia edilen 33 ... plakalı aracın trafikte ruhsat sahibi İbrahim adına kayıtlı olduğu anlaşılmakla, bu kişinin usulüne uygun şekilde duruşmaya davet edilerek dinlenilmesi, var ise katılma talebi karara bağlandıktan sonra aracın müsadereesi yönünden sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile aracın 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsadereesine karar verilerek 5271 sayılı CMK'nın 234 vd., 257/2. maddelerine aykırı davranılması, Kabule göre de; Trafik tescil kaydına göre mülkiyeti İbrahim'e ait olan, noter tarafından yapılmış satış ve devri bulunmayan 33 ... plakalı aracın 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunun 5942 sayılı Kanunla değişik 20/d fıkrasının "noterce" yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir, hükmü karşısında suçta iştirak etmeyen ve suçta konu eşyanın taşınması için kullanılmasının da zorunlu bulunmadığı gözetilmeden müsadereesine karar verilmesi" kanuna aykırıdır.

¹⁵ BAKICI Sedat, **5237 Sayılı Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, 2007, s. 1239

¹⁶ Y.5CD, E. 1983/ 3319, K. 1983//4274, 13.12.1983

¹⁷ "Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmadığı halde, silah taşıma ruhsatının olması nedeniyle bulundurulması bizatihi suç teşkil etmeyen tabanca ve şarjörünün sanığa iadesi yerine, suçta kullanıldığından bahisle TCK'nın 54.maddesi gereğince müsadereesine karar verilmesi..." Y.3.CD. E. 2017/7037, K.2018/2884, 21.02.2018.

Alman hukukunda da kullanma bakımından eşya ve suç arasında doğrudan bir ilişkinin varlığı aranmaktadır. Hakaret içeriği olan bir mektubun yazılmasında kullanılan bilgisayarın müsadere konusunda Düsseldorf Eyalet Mahkemesi'nin 31.08.1992 tarihli kararı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Mahkeme, hakaret suçunun işlenmesinde bilgisayarın sadece mektubun yazılmasında kullanıldığını belirterek Alm. CK'nun 74. maddesinde belirtilen koşulların oluşmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, müsadere edilecek eşyanın, işlediği fiil açısından asıl araç olması ve fiille doğrudan bir ilişkisi olması gerektiğini belirtmektedir. Olayda ise bilgisayar fail tarafından asıl araç olarak kullanılmamıştır.¹⁸ Bilgisayar olmasaydı da mektubun elle yazılması mümkün olduğundan suç ile eşya arasında doğrudan ve yamsal bir bağ söz konusu değildir.

İtalyan Yargıtay'ının bir dönem aramakta olduğu yamsal nedensellik ilişkisinin, suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyayı kapsamaması nedeniyle sağlam bir ölçü olmadığı ileri sürülmüştür. Yargıtay sonraki bir kararında buna işaret etmiştir. Aydın'a göre de suçun işlenmesinde anormal biçimde ve yalnızca tesadüfi olarak kullanılan araçların da müsadere edilmesi gerekir.¹⁹

B. Kolaylaştırma Ölçütü

Yargıtay'ın eski tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre “suçun işlenmesinde kullanılan eşya” suçun işlenmesini kolaylaştıran ve suçtan beklenen sonucu elde etmeye yardımcı olan dısal araçlardır.²⁰ Bu tür eşya suçun işlenmesi bakımından zorunlu olmamakla birlikte faile yardımcı olan eşyadır. Örneğin, üçüncü kattaki bir daireye girmek için kullanılan merdiven hırsızlık suçunun işlenmesi bakımından zorunlu bir araç iken, zemin kattaki dairenin penceresine tırmanmak için suçu kolaylaştıran bir araç olarak kabul edilebilir.

¹⁸ OLG Düsseldorf, 31-08-1992 tarihli kararı - 1 Ws 790/92, NJW 1992, Sh. 3050. <https://dejure.org/impressum> (Erişim Tarihi: 27.04.2025)

¹⁹ AYDIN, s. 193

²⁰ AYDIN, s. 191; ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 3, İstanbul, Beta Yayınevi, 1989, s. 95; EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985 s. 387; Gökçen'e göre ise suçun işlenmesinde kullanılan eşyadan anlaşılması gereken, suçun işlenmesini kolaylaştıran, suçun işlenmesi ile doğrudan ilişkisi olan şeydir. GÖKCEN Ahmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara 1994, s. 94

Öğreti ve uygulamada, öldürme suçunda kullanılan silah, örgüt toplantılarının yapıldığı veya fidye almak için kaçırılan kişilerin saklandığı daireler, suçun işlenmesinde kullanılan otomobiller, kaçak malların taşınması için kullanılan gemiler,²¹ yaralama suçunun işlenmesinde kullanılan bıçak, hırsızlık suçunun işlenmesinde kullanılan otomobil,²² bir binaya girmeye yarayan merdiven, sandık kıran veya çivi söken alet, kilit açan maymuncuk veya alet, kaçak maddeyi tartan terazi,²³ sarhoşluk suçunda saldırı aracı olarak av tüfeği²⁴ veya tabanca,²⁵ çevre ve insan sağlığı için zararlı nitelikte olan atıkların nehre dökülmesi için bu atıkların taşınmasında kullanılan kamyon, yasadışı atık ticaretinde kullanılan gemi, fabrikadan çıkan zehirli atıkların toprağa gömülmesinde toprağı kazmak için kullanılan kepçe, kazma, kürek ve benzeri araçlar²⁶ suçta kullanılan eşya kapsamına girmektedir. Görüldüğü üzere bu kritere göre, suçu kolaylaştıran ve yardımcı olan herhangi bir aracın, sınırlandırma olmaksızın suçta kullanıldığı kabul edilebilecektir.

C. Suçun İcrası Sırasında (Tipik Hareketlerin Gerçekleştirilmesinde) Kullanma Ölçütü

Suçun işlenmesine katkıda bulunan eşya, “suç yolu”nda (iter criminis) farklı aşamalarda kullanılmış olabilir. Bir görüşe göre, TCK’nın 54. maddesinin 1. fıkrası kapsamında “suça tahsis edilen eşya” suçun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra kullanılan araçlardır. Buna göre, suçun icrası sırasında katkı sağlayan araçlar ise “suçta kullanılan eşya” olarak müsadere edilmelidir.²⁷

Bu görüşe göre, suçun işlenmesinde kullanılan eşya, suçun kendileriyle işlendiği, suçun gerçekleşmesinde fiilen kullanılan şeylerdir.²⁸ “Suçun iş-

²¹ DARAGENLİ EVİK Vesile Sonay, **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 341

²² SÖZÜER, 2003, s. 399

²³ YİBK, E. 1943/33, K. 1944/1, 5.1.1944.

²⁴ YCGK, E. 200/ K. 255, 23.06.1980,

²⁵ Y.2.CD, E. 1996/966, K. 1996/1255, 09.02.1996,

²⁶ ÖZCAN Onur, Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s. 170.

²⁷ BAKICI, s. 1240; ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat/BACAKSIZ Pınar vd., **Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 593; CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2023, s.457

²⁸ SÖZÜER, 2000, s. 204, 259.

lenmesinde kullanma”dan, sonucun gerçekleştirilmesine yönelik tipik hareketin gerçekleştirilmesi anlaşılmaktadır.²⁹ Kasten öldürme suçunda maktûlün yaşam hakkını sona erdiren bıçak buna örnek olarak gösterilebilir. Yine failin yolda yürüyen bir kadına arkadan yaklaşıp çantasının sapını kopardığı bıçağın -tipik olan “faydalanma amacıyla alma”yı sağlamaya yönelik olduğu ve- suçta kullanılmış sayılacağına tereddüt yoktur. Hırsızlık amacıyla kasanın açılmasında kullanılan matkap veya çalınanların evden çıkartılması için kullanılan çuvallar tipik hareketlerin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Buna karşılık, öldürmek amacıyla maktûlün evine girmek için kullanılan maymuncuk, tipik hareket düşünüldüğünde suçta kullanılan eşya sayılmayacaktır. Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin bir kararda Yargıtay, “suçun icra hareketlerinde doğrudan kullanılmayan 2 adet cep telefonu ve 1 adet sim kartın iadesi yerine müsadereesine karar verilmesi” bozma nedeni sayılmıştır.³⁰

III. EŞYANIN SUÇA TAHSİS EDİLMESİ

Kanun koyucu 54. maddede eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmasını yeterli görmemiş, suçun işlenmesine “tahsis edilen eşya”yı da eşya müsadereresi kapsamında düzenlemiştir. Ancak tahsisten ne anlaşılması gerektiği ne kanunda ne de gerekçede açıklanmamıştır. Bu nedenle tahsis edilen eşyanın gerek “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”dan gerekse bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz ve yine 54. madde kapsamında düzenlenen “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya”dan farkını ortaya koyacak biçimde açıklamak gerekir.

Mehaz Alman Ceza Kanunu’nun 74. maddesine göre, kasıtlı bir suçun hazırlanmasında veya işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya müsadere edilir. Kanunda tahsis kavramı kullanılmamakla beraber, “işlenmiş bir suçun hazırlığında kullanılan” veya “o suçta fiilen kullanılmaya da kullanılmak üzere hazırlanan eşya”, eşya müsadereresi kapsamında değerlendirilmektedir. Öğreti ve içtihadın bu konuda kullandığı ölçüt “eşyanın suçun işlenmesine herhangi bir biçimde yarayışlı olması, bir nedensellik değeri taşıması”dır. Failin suç işleme kararını psikolojik olarak destekleyen şeylerin dahi suçta kullanılan eşya olarak müsadereesi gerektiği

²⁹ HAFIZOĞULLARI Zeki, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, 1987, s. 97; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ vd., *Ceza Hukuku*, s. 593; TAN Mehmet, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2011, s. 2078.

³⁰ Y.9.CD, E. 2012/3702, 2013/1785, K 10.02.2013.

belirlenmektedir. Failin olası bir trafik kontrolünden sıyrılmak amacıyla geçiriliğini yitirmiş bir sürücü belgesi ile otomobil kullanması olayında, mahkeme geçersiz sürücü belgesinin failde yakalanma riskini azaltacağı düşüncesini doğrulduğu, bunun ise suç kararını güçlendirdiği gerekçesiyle müsadereesine karar vermiştir.³¹ Görüldüğü üzere, Alman Ceza Kanunu'nda müsadere oldukça geniş bir kapsamda uygulanmaktadır.

765 sayılı TCK'nın 36. maddesinde sadece suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan elde edilen eşyanın müsadereesi öngörülmüştü. Bununla birlikte, uygulamada özellikle kaçak eşyanın taşınmasında faydalanan aracın "suça tahsis edildiği" gerekçesiyle müsadereesine karar verildiği görülmüştür. Tahsis kavramı bakımından aranan temel ölçüt, müsadereesi talep edilen aracın suçun gerçekleşmesi bakımından gerekli veya zorunlu bir ihtiyaç oluşturması olarak belirlenmiştir. Yargıtay nakil aracının müsadereesi için miktar, hacim, ağırlık, mesafe kriterlerini göz önünde bulundurarak aracın kaçak malları taşımada gerekli olup olmadığını araştırmıştır.³² Bununla birlikte Yargıtay, kaçak malların taşınmasında kullanılan aracın zorunlu bir ihtiyaç niteliğinde olmamakla birlikte kaçak eşyayı gizlemek amacıyla kullanıldığı hallerde de eşyanın suça tahsis edilmiş olduğunu belirtmektedir.³³

³¹ SÖZÜER, 2003, s. 398. Suçun konusunu oluşturan eşya ise (sürücü belgesi olmayan kişinin kullandığı otomobil, ruhsatsız taşınan silah, yurda kaçak sokulan eşya gibi) Alm. CK'nun 74.maddesi kapsamında değil, özel hükümlerle müsadere edilmektedir.

³² "Tahsis keyfiyeti hiçbir zaman vasıtanın sadece kaçak eşyanın nakli için kullanılması anlamını taşımayacağı, miktar, hacim, ağırlık, mesafe bakımından eşyanın nakli için gerekli, aracın kaçak eşyanın nakline tahsis edilmiş sayılacağı" yönündeki karar için bkz. YCGK, E.1981/205, K. 1981/369, 09.11.1981.

³³ "Mahkemece miktar ve ağırlıkları itibarıyla oyun kağıtları ve ham afyonların taşınması için bir vasıtaya ve hele bir kamyonu ihtiyaç bulunmadığı, sözü geçen kaçak kağıtlarla ham afyonların nakline tahsis edilmiş sayılamayacağı gerekçesiyle bunların taşınmasında kullanılan kamyonun zorunlu yoluna gidilemeyeceği belirtilerek ceza genel kurulunun 04.04.1982 gün ve beşinci ceza dairesinin 28/27 sayılı kararına dayanılmakta ise de, yukarıda açıklandığı üzere oyun kağıtları ile ham afyon bu kamyonu gelişigüzel ve kolaylıkla görülüp elde edilebilecek şekilde konup taşınmamış, bilhassa oyun kağıtları kamyonun şoför mahalli kanepesi altına konup gizlenmek suretiyle kamyon bu eşyanın taşınmasına tahsis edilmiş sayılacağından zorunlu karar verilmesi icap eder." YCGK, E. 1968/137, K. 1968/224, 01.07.1968.

Fransız Temyiz Mahkemesi, bir kamyonun kasasında ele geçirilen uyuşturucu ve kaçak malları kamufler etmek amacıyla kullanılan oyuncak dolu kutuların müsadereesini onaylamıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi'nin 7 Temmuz 2005 tarih ve 03-85359 sayılı kararı için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007069470&dateTexte=> (Erişim Tarihi: 30.11.2009)

Yargıtay'ın kararlarından “tahsis” kavramının, nakil aracının kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesini ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla “kullanma” ile “tahsis” arasında esaslı bir farkın ortaya konduğu söylenemez. Nitekim, “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” kavramı, “suçun işlenmesinde kullanılan eşya” kavramları çoğu zaman iç içe olup ayrılması güçlük arz etmektedir.³⁴ Bu nedenle aşağıda görüşümüzü açıklamadan önce “tahsis edilme”den ne anlaşılması gerektiğine yönelik düşünce ve eğilimler açıklanacaktır.

A. Süreklilik Ölçütü

Öğretide, “tahsis” edilmenin kelime anlamı gereği, eşyanın bir suç veya suçlar için ayrılması veya özgülenmesi gerektiği belirtilmektedir. Suçun işlenmesine tahsis edilmiş olan eşyanın müsadere edilebilmesi için suçun işlenmesinde kullanılması gerekmemektedir.³⁵ Ancak, tahsis için sürekliliğin aranması, hatta eşyanın başka bir amaçla kullanılmaması gerekmektedir.³⁶ Özgenç'e göre, suça tahsis edilen eşyayı belirlemek için devamlılık aramak gerekir. Örneğin, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün işlerinin gördürülmesine tahsis edilmiş olan eşya, müsadere edilebilecektir.³⁷ Öztürk ve Erdem'e göre de kanunun lafzından yola çıkarak tahsis edilmeyi “suça özgüleme” olarak anlamak gerekir. Bunun için eşyanın doğrudan suçta kullanılması gerekmemekle birlikte suçun işlenmesi amacıyla sürekli olarak hazır bulundurulmaları gerekir.³⁸ Malkoç'a göre ise tahsis etme bir süreç içinde kullanmayı gerektirmektedir.³⁹

Bu görüş, suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine sadece örgütlü suçlarda imkân vereceği ve uygulama alanını daralttığı gerekçesiyle

³⁴ BAKICI, s. 1240

³⁵ ÖZGENÇ, 2005, s. 695

³⁶ YCGK, 27.03.2012, 2011/346, 2012/124, “...saniğin kendisine ait olan ve daha önce de kaçakçılıkta kullandığı araçta, suça konu kaçak sigaraların dışında başka bir yük bulunmaması ve saniğin da kaçak olduğunu bildiği sigaraları para karşılığı taşıdığını kabul etmesi karşısında aracın kaçak eşyanın taşınmasına özgülendiğinin kabulünde de zorunluluk bulunmaktadır.”

³⁷ ÖZGENÇ, 2013, s. 662. Aynı yönde KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2024, s. 483. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.1023; YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, “Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, C. 2, **Adalet Yayınevi**, 2010, s. 1764.

³⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, 2005, s. 306.

³⁹ MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı, İctihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza kanunu Madde (1-187)**, 1.Cilt, Malkoç Kitabevi, s. 356

eleştirilmiştir. Buna göre, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suçta, suçun işlenmesinde kullanılan eşya dışında kalan ve fakat suçun işlenmesini kolaylaştıran veya suçun işlenmesine yarayışlı olan eşya suçun işlenmesine tahsis edilen eşya olup bunun için sürekliliğin aranmaması gerekir.⁴⁰ Suçun işlenmesinden sonra kaçmak için kullanılan araç veya öldürülmek istenen kişinin pusu mahalline getirilmesinde kullanılan otomobil, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya sayılarak müsadere edilmelidir. Gerçekten tahsis için süreklilik arandığı takdirde, bu hüküm sadece devamlılık gösteren suç örgütleri bakımından uygulanabilecektir.⁴¹ Eşya bir suç için veya sürekli işlenen bir dizi suç için tahsis edilmiş olabileceğinden süreklilik şartını aramamak gerekir.⁴²

B. Suçun İcra Hareketlerinin Öncesinde veya Sonrasında Kullanma (Tipik Olmayan Hareketleri Gerçekleştirme) Ölçütü

Bu görüşe göre, suçun işlenmesine tahsis edilen eşya da suçta kullanılan eşyadır. Ancak suçun işlenmesinde kullanılan eşyaya göre kullanıldığı zaman farklıdır; bu tür eşya tipik olmayan hareketlerin yapılmasını sağlar.

Bakıcı'ya göre yasadışı bir örgütün işlerinde gördürülmek üzere tahsis edilen eşya suçta kullanılan eşya olarak, suçun icra hareketlerinde kullanılmayıp suçun işlenmesinden önce veya sonrası için kullanılmak üzere tahsis edilen örgüte ait eşyaların da bu hüküm gereğince müsaderesine hükmolunacaktır.⁴³ Benzer bir görüşe göre tahsis edilen eşyanın, “suçta kullanılan eşya”dan farkı, -olay yerinden kaçmak için kullanılan araç gibi- tipte yazılı hareketin yapılmasından sonra veya önce kullanılmasıdır.⁴⁴

Tan'a göre de sonucu ortaya çıkartan bir başka ifadeyle sonuçla arasında doğrudan illiyet bağı bulunan eşya suçun işlenmesinde kullanılan eşya olarak müsadere edilecekken, sonucun ortaya çıkmasını kolaylaştıran, sonuçla arasında dolaylı illiyet bağı olan eşya ise suça tahsis edilen eşyadır.⁴⁵ Centel, Zafer ve Çakmut'a göre de suça tahsis edilen eşya, olay mahalline gidilirken kullanılan araç gibi suçun işlenmesi aşamasında kullanılmamakla

⁴⁰ BAKICI, s. 1240; GEDİK, s. 122

⁴¹ BAKICI, s. 1240

⁴² Aynı yönde TAN, s. 2082

⁴³ BAKICI, s. 1240, dn. 1

⁴⁴ ÖZBEK ve diğ., s. 593

⁴⁵ TAN, s. 2081

birlikte suçun işlenmesini kolaylaştıran eşyadır.⁴⁶ Örneğin hırsızlıkta kullanılan merdiven suça tahsis edilen eşya iken, öldürme suçunda kullanılan tabanca suçta kullanılan eşyadır.

C. “Tahsis”in “Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanma” Olarak Kabul Edilmesi

Bir görüşe göre bu kavram 765 sayılı TCK’daki “suçta kullanılmak üzere hazırlanma” ile aynı biçimde anlaşılmalıdır.⁴⁷ Hafızoğulları’ya göre tahsis etme, *ayırma* anlamına geldiğinden suçun işlenmesine ayrılan eşya olarak anlaşılması gereken kavram 765 sayılı kanundaki “... cürümde ... kullanılmak üzere hazırlanan eşya “ifadesinden başka bir şey değildir. Bu nedenle eski öğreti ve içtihadı bakılmalıdır.⁴⁸ Failce kullanılmak istenmiş olmasına karşın etkili olarak kullanılamamış veya yetersiz kalmış veya suçta kullanılan diğer araçlara göre ikinci planda, yardımcı nitelikte kalmış olan eşyadır.⁴⁹ O dönemde, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinde geçen “suçun işlenmesine ayrılan eşya” da “failin suçun gerçekleştirilmesinde kullanmak düşüncesiyle hazırladığı şeyler” olarak kabul edilmekteydi. Öğretide bu kavram, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak da anlaşılmakta, örgütün hazır bulundurduğu silahlar, toplantılarını yapmak üzere satın aldığı daire gibi örnekler verilmektedir.⁵⁰

IV. EŞYANIN SUÇTAN MEYDANA GELMESİ

Eşya ile suç arasındaki bağlantının üçüncü biçimi eşyanın suçtan meydana gelmesi şeklinde olabilir.⁵¹ Kanunda “suçtan meydana gelen eşya” olarak adlandırılan bu tür eşya, daha önce mevcut olmayıp suç nedeniyle, diğer bir deyişle suçun işlenmesiyle oluşan eşyadır.⁵² Gözübüyük ise suçtan meydana gelen eşyayı “kendisinde suçun yer aldığı eşya” olarak tanımlamakta-

⁴⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 757

⁴⁷ ÖZBEK ve diğ., s. 593

⁴⁸ HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, USA Yayıncılık, 2011, s. 501

⁴⁹ EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 909

⁵⁰ EVİK, s. 341

⁵¹ Suçtan meydana gelen eşya ile kazanç müsadereğine tabi eşya arasındaki fark için bkz. SOYGÜT ARSLAN, s. 347-349.

⁵² EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 909, GÖKCEN, s. 96, AYDIN, s. 149,

dır.⁵³ Sahte veya tahrif edilen kağıtlar, tehlikeli ve bozuk maddeler, basılan sahte para veya belgeler, tereyağına patates nişasta, margarin karıştırılarak elde edilen yağ, pamuk yağı katılarak hazırlanan zeytinyağı, suçtan oluşan boş kovanlar,⁵⁴ 6831 sayılı Kanuna aykırı olarak açılan tarladan sağlanan mahsul,⁵⁵ sakatat katılarak yapılan salam, sucuk gibi değiştirilmiş veya bozulmuş yiyecek maddeleri,⁵⁶ yabancı madde katılan un,⁵⁷ izinsiz haşhaş üretimi sonucu elde edilen bitkiler,⁵⁸ kalp (sahte) para, eroin, izinsiz hint keneveri ekiminden elde edilen kenevir suçtan elde edilen eşyadır. Bu örneklerden yola çıkılarak “üretimi izne bağlı olan zehirli maddeyi izinsiz olarak üretme” (TCK m.193) veya “ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde imalatı” (TCK m.188) suçlarının işlenmesi sonucu meydana gelen “ilaç ve uyuşturucu”nun da bu kapsamda olduğu söylenebilir. Hemen belirtelim ki, suçtan meydana gelen eşya çoğunlukla aynı zamanda üretimi, bulundurulması, alım-satımı suç oluşturan eşyadır. Bu halde, eşya 54. maddenin 1. fıkrasına göre değil, bir suçun işlenmesi veya eşyanın tehlikeli olması aranmaksızın ve kime ait olduğuna da bakılmaksızın TCK’nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere edilir.

Buna karşın suçtan meydana gelen bir eşya, aynı zamanda suçun konusu yani üzerinde işlendiği şey olup⁵⁹ delil olarak saklanması da gerekebilir. Böyle durumlarda sözkonusu eşya müsadere edilmeyip dosyada saklanmalıdır. Örneğin sahte belge, sahte nüfus cüzdanı gibi delil değeri olan şeyler dosyada saklanarak bunların Yargıtay tarafından da denetlenmesi sağlanmalıdır. Karar kesinleştikten sonra yargılamanın yenilenmesi istendiğinde deliller yeniden değerlendirilebilmelidir.⁶⁰ Gıda maddeleri gibi bazıları zaten bozuk olan veya bozulacak olan maddelerin ise derhal imhası gerekir. Bunların delil niteliği, imhadan önce alınacak olan numunelerle sağlanır.

⁵³ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt I (Madde 1-124), 5.Basım, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s. 335

⁵⁴ Y.8.CD, E.1982/1549, K. 1982/1926, 16.04.1985.

⁵⁵ YCGK, E. 1976/11, K. 1976/44, 09.02.1976.

⁵⁶ YCGK, E. 1987/5-464, K. 1987/85, 02.03.1987.

⁵⁷ TAN, s. 2082

⁵⁸ AYDIN, s. 194

⁵⁹ TAN, s. 2082

⁶⁰ BAKICI, s. 1241

V. EŞYANIN ÜRETİLMESİ BULUNDURULMASI, KULLANILMASI, TAŞINMASI, ALIM VE SATIMININ SUÇ OLUŞTURMASI

Bazı eşyaların üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı kanunlarda suç olarak düzenlenmiş olabilir. Bu tür eşyanın müsadere-sinin nedeni “eşyanın bizatihi kendisinin konu itibariyle suç teşkil etmesi”⁶¹ başka bir ifadeyle eşyanın mutlak ve objektif bir suçluluk teşkil etmesidir. Bu halde eşyanın varlığının bir yandan suç olarak düzenlenmesi, diğer yan-dan ise failde veya bir başkasında bırakılması düşünülemez. 5237 sayılı TCK’nın 54. maddesinin 4. fıkrasına göre “*Üretimi, bulundurulması, kulla-nılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.*” Hükmün amacı, suç oluşturan ve faili belli olan eylemlerle bağlantısı kanıt-lanamasa dahi, yasaların kullanılmasını, taşınmasını, alım ve satımını suç olarak tanımladığı eşyanın da müsadere edilebilmesini sağlamaktır.⁶²

765 sayılı mülga TCK’nın 36. maddesinin 2. fıkrasında ise “kullanılma-sı, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya” kavramı kullanılmaktaydı.⁶³ 2005 yılında kabahatların suç olmaktan çıkarılması ile uyumlu olarak yeni TCK’nın 54 ve 55. maddelerin-de kabahat oluşturan eşyanın müsadere-si de yer almamış, kabahat oluşturan eşya bakımından Kabahatler Kanunu’nda mülkiyetin kamuya geçirilmesi öngörülmüştür.

“Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya” kavramı, öğreti ve uygulamada hem kısaltmak ihtiyacı hem de eşyayı müsadereye tabi diğer eşyadan ayırmak amacıyla “*kendisi suç teşkil eden eşya*”,⁶⁴ “*konusu suç teşkil eden eşya*”, “*bizatihi suç teşkil eden eşya*” veya “*münhasıran müsadereye tabi eşya*”⁶⁵ gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında “*varlığı suç oluşturan eş-ya*” tabirini kullanmıştır.⁶⁶ Yargıtay’ın da bazı kararlarında “*suç konusu*

⁶¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 484. Aynı yönde BAYTAZ Batuhan, Türk Ceza Hukukunda Müsade-re, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İs-tanbul 2009, s. 78

⁶² EREM, 1993, s. 260; AYDIN, s. 155; YILMAZ, s. 58; İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2025, s. 408

⁶³ Mehaz İtalyan ceza kanununda müsadere sadece cürümlere özgülenmiştir. Bkz. GÖZÜBÜ-YÜK, s. 335

⁶⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 503

⁶⁵ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.1766

⁶⁶ AYM, E. 1987/28, K. 1988/16, 03.06.1988.

olduğu belirlenen eşya” tabirinin kullanıldığı görülmektedir.⁶⁷ Biz de bu kavramlardan diğerlerine göre daha kapsamlı olduğunu düşündüğümüz “*konusu suç oluşturan eşya*” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

TCK’nın 54. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki eşya genellikle toplum için tehlikeli olduğundan, sadece üretimi değil, her türlü dolaşımı suç olarak düzenlenmektedir. Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler bunların başında gelmektedir. Bu kapsamda örneğin “kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikteki ilaçlar”ın üretimi ve satımı suç oluşturduğundan (TCK m.187) üretilen ilaçlar müsadere ve imha edilir.

Bir eşyanın üretimi, taşınması, bulundurulması, alınıp satılması Türk Ceza Kanunu’nda veya diğer kanunlarda suç olarak öngörölmüş olabilir. Kanunilik ilkesi gereğince açıkça suç olarak düzenlenmediği takdirde bu fıkra uyarınca müsadere mümkün değildir.⁶⁸ Ayrıca bir eşyanın varlığı veya dolaşımı ceza kanunlarına göre suç teşkil edebileceği gibi Anayasanın 90. maddesi nedeniyle kanuna eşdeğer olan uluslararası sözleşmelerce de suç olarak öngörölmüş olabilir.⁶⁹ Buna karşılık KHK’larla ve diğer düzenleyici işlemlerle suç yaratılması mümkün olmadığından üretimi, bulundurulması, alınıp satılması suç teşkil etmeyip kabahat teşkil eden eşya da müsadere edilmez, koşulları varsa mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir. Yivsiz av tüfeği bulundurmamak artık kabahat haline geldiğinden bulundurulması müsadere değil Kabahatler Kanunu’nu gereğince mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmesini gerektirmektedir.⁷⁰ Yine suç olmaktan çıkarıl-

⁶⁷ Y.7.CD, 2007/20753, 2007/2424, 09.04.2007. Y.7.CD, E. 2010/6264, K. 2010/1040, 03.02.2010; Y.7.CD, E. 2007/14350, K. 2007/6242, 19.09.2007.

⁶⁸ Bu nedenle TCK’nın 297.maddesinin “*Birinci fıkrafta sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki 2. fıkrası Anayasa Mahkemesinin 7/7/2011 tarihli ve E. 2010/69, K. 2011/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Bkz. 21.10.2011 Tarih ve 28091 sayılı RG, resmigazete.org (Erişim Tarihi: 8.8.2020)

⁶⁹ Nitekim Yargıtay bir kararında, arızalı olması nedeniyle 6136 sayılı Yasa kapsamında olmayan yabancı menşeli 10 milimetre çaplı silahın, 5095 sayılı Yasa ile onaylanan ve Bakanlar Kurulu’nun 30 Mart 2004 gün ve 709 sayılı kararı ile 26.04.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamaları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün 6. ve 9. maddeleri karşısında müsadere gerektigine karar vermiştir. Y.8.CD, E. 2009/7271, K. 2011/5021, 15.06.2011

⁷⁰ Yani, ruhsatsız av tüfeği bulundurma eylemi ceza hukuku alanından çıkartılıp kabahatler hukukuna bırakılmış, ayrıca ilgilie gerekli işlemleri yaptırmaması için 1 aylık da süre tanınmıştır. 2521 sayılı Kanun’un 13.maddesi için bkz. mevzuat.gov.tr (Erişim Tarihi: 20.04.2025)

ma halinde müsadere mümkün değildir. 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde suç teşkil eden eylemlerin düzenlenmesi kanunilik ilkesine aykırı olup iptal edilmiştir. Yargıtay da iptal edilen hükme dayanılarak verilmiş olan müsadere kararlarını bozmaktadır. Bu halde taklit olarak üretilen Fenerbahçe armalı eşofman takımı, forma, barbi marka çocuk kol saati,⁷¹ Beşiktaş logosu, forması, logolu çorap ve bayrak⁷² gibi ürünlerin üretimi veya bulundurulmasını suç olarak düzenleyen bir hüküm bulunmadığından iadesine karar verilmektedir.

Suçta kullanılmayan veya bizzatı suç teşkil etmeyen dolu av fişekleri, tabanca kılıfı, tabanca temizleme fırçası, boş fişek ve fişek kütüğü, bir silahla beraber bulunmadıkları sürece şarjörler, barut, saçma, arma ve tüfek kılıfı, avcı yeleği gibi malzemeler müsadere edilemez.⁷³ Bir eşyanın üretimi, bulundurulması, taşınması, imal ve ticareti belirli bir süre için yasaklanıp suç haline getirilebilmesi de mümkündür. Örneğin, ruhsatlı olarak silah taşımak yasal olsa da 298 sayılı Seçim Kanunu'nun 79. maddesine göre seçimler sırasında silah taşımak yasaktır ve bu yasağa uymayanlara Kanun'un 171. maddesi uyarınca adli para cezası uygulanır. Bu itibarla TCK'nın 54. maddesi 4. fıkrası gereğince seçim günü taşınması suç oluşturan ruhsatlı silah müsadere edilir.⁷⁴

Üretimi suç teşkil eden eşya, üretimi yasak olan veya belli ruhsat ile üretilmesi gerekirken gerekli izinler alınmadan imal edilen şeylerdir.⁷⁵ Üretim, “belirli faaliyet ve işlemler sonucu yeni bir mal veya hizmet meydana getirme” anlamına gelmekte olup, uyuşturucu ve uyarı maddeler, sahte belgeler ve taklit ürünler örneğin sahte paralar, pornografik yayınlar; taklit altın sikkeler en yaygın örneklerdir.⁷⁶ Uygulamada yayımı da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, TCK'nın 226. maddesinin 2. fıkrası gere-

⁷¹ Y.7.CD, E. 2009/2257, K. 2011/20208, 21.11.2011, benzer yönde, Y.7.CD, E. 2008/10654, K. 2011/4485, 20.04.2011

⁷² Y.7.CD, E. 2011/2009, K. 2011/2018, 21.11.2011. 7.Ceza Dairesi'nin benzer yönde kararlarına göre iadesi gereken ürünler, Diesel kot pantolon ve şort (2009/2330, 2011, 20199, 21.11.2011), Elbise askısı, kürklü deri ceket (2009/2252, 2011/20212, 21.11.2011), taklit Çocuk çantası (2011/11560, 2011/20792, 23.11.2011)

⁷³ Bu yöndeki kararlar için bkz. YILMAZ, s. 58-59

⁷⁴ YCGK, E. 1993/8/244, K. 1993/261, 18.10.1993

⁷⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 484

⁷⁶ Y.8.CD, E. 1989/9878, K.1989/1398, 21.02.1989. Taklit üretiminde kullanılan araç ve gereçlerin ise kendi başına suç oluşturan nitelikleri bulunmamaktadır. Bu bakımdan bu türden eşya ancak suçta kullanıldıysa müsadere edilebilir. GÜNEŞ, s. 347.

ğince müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlama veya yayınlanmasına aracılık etme halinde söz konusu materyaller önce toplatılır ardından m. 54/4 uyarınca müsadere edilir.⁷⁷

Bulundurulması yasak olan eşya, kişinin yanında veya hakimiyet alanında eli altında bulundurulması suç olan eşyadır.⁷⁸ Ruhsatlı tabancı bulundurmak suç teşkil etmez. Ancak süresi içinde ruhsat işlemleri tamamlanmazsa tabanca bulundurulması suç teşkil eden bir eşya haline gelir.⁷⁹ Örneğin Valilikten silah alma yetki belgesi ile Makine Kimya Endüstrisi Kurumu'ndan alınan silah süresi içinde ruhsat işlemleri tamamlanmadığında ruhsatsız silah olarak müsadereye tabidir.⁸⁰ Yine, ruhsatın verilmiş sebebinin ortadan kalkması nedeniyle geçersiz hale gelmesi durumunda da eşyanın iade edilmemesi (bulundurulması) suç teşkil ettiği takdirde müsadere edilecektir.⁸¹ Öte yandan, yasal biçimde bulundurma belgesine bağlanarak el değiştiren silahların sanığın katkısının bulunduğu anlaşılmamakla beraber numara ve markasında değişiklik meydana gelmesi doğrudan doğruya tabancanın müsaderesini gerektirmemektedir.⁸² Bir eşyanın sadece belirli yerde bulundurulması da suç olarak düzenlenmiş olabilir. Örneğin TCK'nın 297. maddesinin 1. fıkrasına göre, infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı bulundurma suç olarak düzenlendiğinden bu tür eşya tespit edildiğinde müsadere edilir.

⁷⁷ YCGK, E. 2008/278, K. 2009/7, 27.01.2009

⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 484. "2935 sayılı Kanun'a göre bölge valisi veya il valisi tarafından bu kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenlerin, emirleri dinlemeyenlerin aynı Kanun'un 25/B-l. maddesi uyarınca cezalandırılacağı hükme bağlanmış ise de, çakı bıçağının bulundurulması, taşınması bizatihi suç teşkil etmediği, 2935 sayılı Kanun'da da müsadereye dair bir hükümde bulunmadığı tedbir niteliğindeki taşıma bulundurma yasağı ile TCK'nın 36. maddesindeki (bulundurulması) tabirini aynı nitelikte saymanın mümkün olmayacağı bu maddeye göre müsadereye tabi tutulan eşyanın kendisi bizatihi cürüm veya kabahat nev'inde bir suçun konusu olması gerekeceği cihetle, bıçağın TCK'nın 36. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırıdır." (Y7CD E. 1990/6799, K. 1990/10558, 11.10.1990)

⁷⁹ "Sanığın süresinde ruhsatını yeniletmeyip, ruhsatı iptal edildikten sonra da yapılan tebligata rağmen Yönetmelikte öngörülen sürede silahını devretmemesi üzerine kolluk makamlarınca el konulan silah taşınması ve bulundurulması yasak hale gelmiş bulunduğundan, zorunluluğuna karar verilmelidir." CGK, 19.09.2006- 199/188, Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararları Kapsamında Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu- Kasım 2008, s. 1128

⁸⁰ Y.8.CD, E. 2009/11067, K. 2011/8464, 6.6.2011.

⁸¹ Y.8.CD, E. 2007/ 8593, K. 2007/6511, 02.10.2007

⁸² YCGK, 11.04.1983, 74/171; YCGK, 27.12.1982, 463/517

Taşınması yasak olan eşya, bir yerden başka bir yere götürülmesi suç teşkil eden eşyadır. Örneğin, TCK'nın 193. maddesine göre, "İçeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi"nin eylemi suç oluşturduğundan, zehir müsadere edilecektir. Taşınması yasak olan eşya aynı zamanda bulundurulması da yasak olan eşyadır. Ancak kanunkoyucu özellikle silah ruhsatlarının çeşitlerini göz önünde bulundurarak taşımayı ayrıca düzenlemiştir.⁸³ Zira 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunu'na göre üzerinde silah taşıma ile mesken veya işyerinde bulundurabilmenin koşulları farklıdır.

Alım satımı yasak olan eşya ise ticareti yasak olan eşyadır.⁸⁴ Bunların başında kaçak eşya gelir. "Kaçak eşya", mevzatta müsaderesi ve elkonulması öngörülen her türlü madde, ürün ve değer olarak tanımlanmaktadır.⁸⁵ Uygulamada "kaçığa kalan eşya" tabiri de kullanılmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında yolcu beraberinde gümrük vergisinden muafin getirilebilen eşya niteliğinde olmayan, miktar ve mahiyet itibarıyla ticari nitelikte olan eşyanın fail tarafından, gümrüğe tabi eşyası olmayanların kullandığı hattan geçerek ve eşyaları gümrük işlemine tabi tutmadan ithale teşebbüs ettiği halde eşya kaçak sayılarak müsadere edilmektedir.⁸⁶ Yine gümrük vergisi muafiyetinden yararlanmak amacıyla sakat bir kimseye aitmiş gibi gösterilerek yurda sokulan araç,⁸⁷ dumping vergisinden kaçınmak amacıyla farklı GTİP (Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonu)'te gösterilen duvar saatleri,⁸⁸ evcil hayvan ticareti ile ilgilenen bir firmanın Türkiye'ye getirmiş olduğu nesli tükenmekte olan hayvanlar,⁸⁹ buna örnek olarak gösterilebilir. Bu konuyla ilgili eski

⁸³ ETCK'nın 36.maddesinin 3. fıkrası da "Taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabıt ve müsaderesine hükmolunur." şeklinde ayrı bir düzenleme bulunmaktaydı.

⁸⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 484

⁸⁵ 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Kaçak Eşya Yakalanması Halinde Muhabir ve El Koyanlara İkramiye Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik için bkz. mevzuat.gov.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2025). Geniş bilgi için ayrıca bkz. GEDİK Doğan, Kaçak Eşya Naklinde Kullanılan Taşıtlara Elkoyma ve Müsadere, **Yargıtay Dergisi**, 2022, s. 381-434.

⁸⁶ Y.7.CD, E. 2008/17761, K. 2008/386, 28.01.2008; Benzer yönde, Y.7.CD, 28.01.2008, 18820-385

⁸⁷ Y.7.CD, E. 2008/1331, K. 2010/16303, 29.11.2010, Benzer yönde bkz. Y.7.CD, 2006/530, 25.12.2008, 2008/22546; 09.11.2006, 2004/13640, 2006/17209

⁸⁸ Y.7.CD, 25.12.2008, 2005/6218, 2008/22574

⁸⁹ ÖZCAN, s. 172

tarifli bir karar göre ise, bayilerin ticari amaçla kendi aralarında yivsiz av tüfeği alım satım ve nakliyesinin izne bağılı olmadığı ve bu nedenle suç teşkil etmediği halde emanette bulunan av tüfeklerinin müsadereesine hükümlenmesi yasaya aykırıdır.⁹⁰

Kanunkoyucu, 765 sayılı kanun döneminde olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'da da bu tür eşya bakımından mahkumiyet ve faile ait olma koşullarını aramamaktadır. Bu durumda eşyanın kime ait olduğu, suçta kullanılıp kullanılmadığı, müsadere oranlı olup olmayacağı hususları da önemsizdir. Eşya bizzat suç oluşturduğundan müsadere edilecektir. Bu tür eşyaların müsadereesine sulh ceza hakimi duruşma yapmaksızın karar verecektir (CMK m.259).

VI. SUÇUN İŞLENMESİNDE KULLANILMAK ÜZERE HAZIRLANAN EŞYANIN TEHLİKELİ OLMASI

Alman hukukunda rastladığımız ve hukukumuzda da yansıyan bir eğilim, suç hazırlığı aşamasında kullanılan eşyanın müsadereidir. TCK'nın 54. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine göre *“Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.”*

Hemen belirtmeliyiz ki, suç teşebbüs aşamasında kaldığı takdirde fiilen kullanılmamış olsa da, eşyanın suçta kullanılmak üzere hazırlandığı gerekçesiyle müsadere eskiden beri kabul edilen bir uygulamadır. 765 sayılı Kanun'un 36. maddesi gereğince, müsadere fer'i bir ceza olup mahkûmiyet koşulu arandığından suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere edilebilmesi için icra hareketlerine başlanması gerektiği kabul edilmekteydi.⁹¹ Bunlar, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış ancak tamamen veya kısmen kullanılmamış olan, yetersiz ya da elverişsiz yahut suçta kullanılan diğer araçlara göre yardımcı ya da ikinci planda kalan eşya olarak kabul edilmekteydi.⁹² Örneğin, taklit anahtarın kapıyı açmama ihtimaline karşılık failin yanında bulundurduğu matkap, öldürmede kullanılmak üzere hazırlanmış olan zehir, hırsızlıkta kapıyı açmak için kullanıl-

⁹⁰ YCGK, 14.04.1980, 101/160

⁹¹ OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsadere”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 2021 (153), s. 169-185

⁹² ÖNDER C. III, s. 95; EREM, s. 387; GÖZÜBÜYÜK s.334, GÖKCEN, s. 167; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 909, AYDIN, s 149, SÖZÜER, 2003, s. 260, EVİK, s. 340

mak üzere hazır bulundurulmuş maymuncuk, özel evrakta sahtecilik yapmak üzere hazırlanmış olan sahte evrak,⁹³ gıdaların içine başka maddeler katılarak veya taklit edilerek hazırlanmış olan bozuk gıda,⁹⁴ jelatin ve sigara kağıtları⁹⁵ gibi.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan bir eşya, aynı zamanda üretimi, bulundurulması, taşınması, alınıp satılması suç olarak düzenlenmiş bir eşya olabilir. Bombalı bir eylem yapmak üzere bir evde ele geçirilmiş bulunan bomba yapımında kullanılan teçhizat örneğinde, bu tür teçhizat genellikle üretimi, bulundurulması, taşınması, alım-satımı suç oluşturan eşyalardandır. Bunların da müsadere TCK m. 54/4 (ETCK m. 36/2) kapsamında eskiden beri mümkündür.⁹⁶ Hatta bunun için mahkumiyet koşulu aranmadığı gibi eşyanın kime ait olduğu da önem taşımaz. O halde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kavramı ile bundan da farklı bir durum düzenlenmek istenmiştir.

Hükme ilişkin gerekçeye bakıldığında da, TCK'nın 54. maddesinin 1. fıkrasında geçen "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya"nın, "suçun gerçekleşmesine karşı fiilen kullanılamamış olan eşya" ile "konusu suç oluşturan eşya"dan başka bir durumu ifade ettiği anlaşılmaktadır. Gerekçeye göre "*Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilecektir*". Görüldüğü gibi düzenleme ile, eylemin henüz teşebbüs aşamasına ulaşmadığı, icra hareketlerinin başlamadığı -dolayısıyla ayrıca suç olarak düzenlenmedikçe cezalandırılmadığı- halde suçta kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyanın ele geçirilerek müsadere edilmesi amaçlanmaktadır.⁹⁷ Bir başka deyişle hazırlanmış eşyanın müsadere, hazırlık hareketi aşamasında kalan eylemler bakımından düzenlenmiş-

⁹³ Resmi evrakta sahtecilik belgenin hazırlanmasıyla oluştuğundan bu suç bakımından icra hareketleri tamamlanmış olur, müsadere bakımından sorun olmaz.

⁹⁴ GÖKCEN, s. 167

⁹⁵ Y.5.CD, E. 1980/876, K. /1476, 30.04.1980.

⁹⁶ Y3CD. E. 2017/7037, K. 2018/2848, 21.02.2018.

⁹⁷ Centel, Zafer ve Çakmut'a göre suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşya, suçun icra hareketlerinin yapılmasını kolaylaştırmak için hazırlanmış olan eşyadır. Suçun icra hareketlerine başlanırsa, bu eşya doğal olarak suçun işlenmesinde kullanılan eşya olarak müsadere edilecektir. Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT s. 767

tir. Böylece kanunkoyucu, “suçun icra hareketlerine başlanmadığından dolayı faillerin cezai sorumluluklarının doğmamasına rağmen” müsadereyi mümkün kılmıştır.⁹⁸ Zira, suçun cezalandırılabilmesi için en azından eksik teşebbüs aşamasında kalmış olması şarttır.⁹⁹ Bunun dışında, hazırlık aşaması cezalandırılabilir nitelik taşıyorsa müsadere kararı verilebilmesi ayrı bir konudur.¹⁰⁰

Düzenlemenin kökeni olması itibarıyla Alman hukukuna baktığımızda bu tür eşyanın “hukuka aykırı eylemlerin işlenmesine yararıyla olma tehlikesi taşıyan eşya” olarak müsadereye tabi olduğu görülmektedir. Alman Ceza Kanunu’nun 74. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendine göre, gelecekte hukuka aykırı eylemlerin işlenmesine hizmet edebileceği tehlikesi bulunan bazı eşyalar da müsadere edilebilir. Düzenlemenin amacının “ileride işlenecek suçlarda kullanılma tehlikesi gösteren eşyanın müsaderesi yoluyla suç işlenmesinin önlenmesi” olduğu ifade edilmektedir. Bu tür eşya kapsamına öncelikle sahte para veya sahte belge gibi suçun işlenmesinden doğan eşyanın girildiği söylenmektedir. Diğer örnekler ise, özel olarak kriminal amaçla meydana getirilmiş, gizli bölmeli bavul, bir terör örgütünde elkonulan para, müstahcen yayınlar olarak gösterilmektedir.¹⁰¹

Alman Ceza Kanunu’nun 74. maddesi ile TCK’nın 54. maddesini karşılaştırdığımızda, (i) Her iki madde de öngörülen ilke, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşulu ile bir suçta fiilen kullanılan veya suçtan elde edilen eşyanın müsadere edilmesidir. (ii) Bu temel ilke dışında eşya müsaderesi ancak bir tehlike halinin mevcudiyeti halinde mümkündür. Her iki yasa bu tehlike halini farklı şekilde açıklamıştır. Alman Ceza Kanunu’na göre, eşyanın cins veya durumu itibarıyla kamusal bir tehlike doğurabilecek veya hukuka aykırı fiillerin (yalnız dar anlamda suçlar değil) icrasına hizmet etme tehlikesini yaratabilecek nitelikte olması halinde müsadere yoluna gidilir. TCK’ya göre ise, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması

⁹⁸ ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu: Cilt I (Madde 1-Madde 140)**, İstanbul, 2006.s. 176

⁹⁹ ÖNDER, s. 95; EREM, s. 387; GÖZÜBÜYÜK, s.334, GÖKCEN, s. 167; EVİK, s. 340. MAJNO’ya göre suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması nedeniyle kullanılamamış olan eşya da suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya kapsamında müsadere edilir. MAJNO, s. 133

¹⁰⁰ İÇEL, s. 406

¹⁰¹ SÖZÜER, 2003, s. 400

durumunda müsadereyi öngörülmüştür. Böylece, TCK'nın lafzına göre, bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı tespit edilen eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli bir durumu yoksa müsadereyi yoluna gidilemeyecektir. Buna karşılık, Alman Kanunu'na göre eşyanın niteliği ne olursa olsun bir suçta kullanılma tehlikesi bulunuyorsa müsadere edilmesi gerekecektir. Tabii ki, her iki yasa bakımından da, bu ikinci durumda suçun icra hareketlerine başlanılmasına ihtiyaç olmadığı anlaşılmaktadır.¹⁰² Aşağıda kanunun öngördüğü koşulları ayrıca inceleyelim

A. Eşyanın Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanmış Olması

Eşyanın suçta kullanılmak üzere hazırlanması, suç öncesine ilişkin bir zaman diliminde mümkündür. TCK'nın 54. maddesinin gerekçesinde de, icra hareketlerine başlanılmasına gerek bulunmadığı belirtildiğine göre bu hareketlerden anlaşılması gereken suçun hazırlık hareketleridir.

Hazırlık hareketleri, bir suçu işlemek amacıyla yapılması gerekli olan hazırlıkları ifade eder.¹⁰³ Suç işleme kararının dış dünyada somutlaşmaya başlaması ile hazırlık hareketleri oluşur. Böylelikle suça hazırlık yapma iradesi ortaya konmuş olur. Düşünce, tasarlama ve suç işlemeye karar vermek ile henüz ortaya konmuş bir suç iradesi bulunmamaktadır. Fail, bu aşamada çoğu zaman suçu işlemek için gerekli araçları sağlar, mağdur hakkında gerekli bilgileri toplar veya suçu işlemek için en uygun zamanı ve yeri belirler.¹⁰⁴ Örneğin, yağma suçunda kullanmak üzere silah veya hırsızlık için kapıyı açmayı sağlayan aletler olabilir. Ne var ki, bunların hepsi hazırlık hareketi olup işlenmek istenen suçu kesin olarak ortaya koyamamaktadır.¹⁰⁵

Öğreti ve uygulamaya göre dolandırıcılık suçunda kullanılmak üzere hazırlanan ünlü resamlara ait resimler, kültür varlıklarının kopyaları, gıda maddelerinde kullanılmak üzere hazırlanıp kullanılmadan önce ele geçirilen

¹⁰² İçel'e göre Alman Ceza Kanunu'ndaki bu düzenleme tüm hukuka aykırı eylemlerle bağlantılı bir müsadere şekli olup, yasa bu tür müsadere işlemlerini de ceza hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alarak müsadereyi güvenlik tedbiri olma özelliğini ön plana çekmiştir. İÇEL, s. 407

¹⁰³ DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 1, 14. Basım, İstanbul, 1997. s. 421.

¹⁰⁴ TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005, s. 256., AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin, 2009, s. 60, TOZMAN s. 177; SÖZÜER Adem, **Suç Teşebbüs**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 114.

¹⁰⁵ AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 60.

kiremit veya ağaç kabuğu tozları, atılması gereken sakatat parçaları, şehir şebeke suyuna karıştırmak için hazırlanan zehirli karışımlar, ele geçen resmi binalara ait krokiler, ölüm listeleri, suç isnat etmek için hazırlanan belgeler, nehre atılmak üzere varillerde bekletilen zehirli atıklar ve kimyasallar henüz suçun işlenmesine başlanmamış olsa bile suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadere edilecektir.¹⁰⁶ Almanya’da da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı için hazır bulundurulan “nargile”nin olayda fiilen kullanılmamış olsa da müsadere edilebileceğine karar verilmiştir.¹⁰⁷

Öte yandan, icra hareketleri başlamadıkça eşyanın bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığının ispatı güçtür. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının nedeni de, failin iradesinin suç işlemeye yönelip yönelmediğinin tespit edilmesindeki zorluktur. Bazen kanun koyucu hazırlık hareketini suç saymış olabilir. Bazen de, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyayı, aynı zamanda suçun konusu saydığından ispat ve suçsuzluk karinesi bakımından sakınca doğmaz. Örneğin, kasten öldürme suçunun hazırlık hareketi olarak hazırlanmış olan ruhsatsız silahın bulundurulması suç oluşturduğundan (öldürme suçunun icra hareketlerine başlanmadığından suça teşebbüs söz konusu olmasa da) 54. maddenin 4. fıkrasına göre müsadere edilecektir. Buna karşılık, 1. fıkranın son cümlesi, bir köylünün bulundurduğu gübrenin bomba yapımında kullanılmak üzere hazırlandığı ve bu sebeple de kamu güvenliği bakımından tehlikeli olduğu gerekçesiyle müsadere sine neden olabilecektir. Uygulamada bazı yazarlar da konunun yaratacağı sakıncayı açıkça belirtmemekle birlikte, bu tür eşyanın müsadere si konusunda çok hassas davranılması gerektiği ve bu eşyanın suç işlemek üzere hazırlandığının muhakkak olması gerekeceğini vurgulamakla yetinmişlerdir.¹⁰⁸ Alman hukukunda da hukuka aykırı eylemlerde kullanılacağına dair inancın, basit şüphe derecesinde olmasının yeterli olmayacağı ve somut dayanak noktalarının aranması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁹

Erem’e göre *“hareketin icrası sırasında ayrılabilen, tek tek ya da sırayla kullanılabilen eşyada bunlardan biri, birkaçı kullanılmış, suç oluşmuş, ancak diğerleri de aynı amaç için hazır bulunduruluyorsa, diğerlerinin kul-*

¹⁰⁶ BAKICI, s 1241; ÖZCAN, s. 172, ÖZBEK ve diğ., s. 581

¹⁰⁷ İÇEL, s. 407

¹⁰⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1761

¹⁰⁹ SÖZÜER, 2003, s. 401, dn. 34.

lanılmaması müsadere edilmelerine engel değildir. Örneğin, bir köyü basan teröristlerin baskın sonrası hücre evinde yakalanıp yargılama sonunda mahkum edilmeleri halinde yalnızca baskında kullanılan silahlar değil, hücre evinde kullanılmak üzere hazırlanmış diğer silahlar da müsadere edilecektir.”¹¹⁰ Mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “suçun işlenmesine ayrılan şey” kavramı da öğretide, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kapsamında değerlendirilmiş, örnek olarak da suç örgütünün bulundurduğu silahlar, toplantılarını yapmak üzere satın aldıkları daireler gösterilmiştir.¹¹¹ Ancak burada örgüt kurma suçu işlenmiş olup söz konusu eşyalar, “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan” değil örgüte “tahsis edilen eşya” kavramı içinde değerlendirilerek müsadere edilebilir. Aksi takdirde ortada herhangi bir suç olmadan niyet okuma ile müsaderenin uygulanması sözkonusu olacaktır. Örneğin, ruhsatlı av tüfekleri ile birlikte yasal olarak avlanmak için bir araya gelen avcılık federasyonuna üye 100 avcının, aslında kendilerine avcı süsü vermiş olan gerillalar olup, devlete karşı ayaklanma başlatacakları da ileri sürülebilir. Böylece ruhsatlı av tüfekleri “suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşya” olarak, henüz herhangi bir filin icrasına başlanmamış olmasına karşın müsadere edilebilir. Biraz daha çarpıcı bir örnek olması bakımından, sözkonusu hüküm bir ev kadının evde gereğinden fazla şeker depolaması halinde, boşanmaya çalıştığı ve şeker hastası olan kocasını öldüreceği düşüncesiyle şekerin müsaderesi gibi amaca ve mülkiyet hakkına aykırı bir duruma da yolaçabilir.¹¹²

Yargıtay’ın son yıllarda vermiş olduğu kararlarda kanundaki ibarenin önüne “münhasıran” ibaresini ekleyerek uygulamayı daraltmak istediği görülmektedir. “Hazırlık aşamasında sanıktan el konulan LG Marka cep telefonunun ve bilgisayar harddisklerinin, münhasıran suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyalar olmadığı anlaşılmakla, sanığa iadesi yerine, koşulları oluşmadığı halde TCK’nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi”¹¹³; “Adli emanetin 2017/2754 sırasına kayıtlı Sam-

¹¹⁰ EREM, s. 387 - 388

¹¹¹ EVİK, s. 341

¹¹² Müsaderenin mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirilmesi için bkz. TUTAL Kamber Ozan, Mülkiyet Hakkının Ceza Hukuku Yoluyla Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019.

¹¹³ Y.16.CD, E. 2018/1733 K. 2019/1494 T. 6.3.2019.

sung Marka ... IMEI numaralı cep telefonunun, münhasıran suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olmadığı anlaşılmakla sanığa iadesi yerine, koşulları oluşmadığı halde TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsadereesine karar verilmesi"¹¹⁴ hukuku aykırı bulunmuştur.

B. Eşyanın Kamu Güvenliği, Kamu Sağlığı veya Genel Ahlak Bakımından Tehlikeli Olması

TCK'nın 54. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi gereğince müsadereye hükmedilebilmesi için "eşyanın suçta kullanılmak üzere hazırlanması" yeterli olmayıp aynı zamanda "kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak bakımından tehlikeli olması" da aranmaktadır. 1989 tarihli Ceza Kanunu Ön Tasarısında da buna benzer biçimde "kanunun tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirdiği" eşyanın müsadereesine hükmolunacağı düzenlenmişti.¹¹⁵ Ancak yasalaşma sürecinde metin yukarıda belirttiğimiz son halini almıştır.

Burada 54. maddenin genel koşullarından farklı olarak suç hazırlığına ilişkin tehlikelilik ön plandadır. Örneğin, göçmen kaçakçılığında kullanılmak üzere hazırlanmış olmasına rağmen henüz göçmenler bu gemiye getirilmeden yakalanmışsa, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan bu gemi kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmadıkça müsadere edilemeyecektir.¹¹⁶

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlike taşımakta ise, eşyanın üçüncü bir kişiye ait olması ve üçüncü kişinin iyiniyetli olmasına bir önem atfedilmemiştir. Tehlikeliliğin giderilmesi önplanda tutulmuştur. Bu durumda diğer şartlar oluştuğunda sahibinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın eşyanın müsadereesine karar verilebilecektir.¹¹⁷

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya bakımından tehlike, zarar tehlikesi olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, çocuk pornosu çekmek üzere kamera ve diğer eşyalar hazırlanıp da bu film için çocuk oyuncu aranmaya başladığında, genel ahlak açısından tehlikelilik ortaya çıkmakta-

¹¹⁴ Y.16.CD, E. 2018/6141 K. 2019/1292 T. 27.2.2019

¹¹⁵ Tasarının 75.maddesinin 3. fıkrası için bkz. Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, 1989, s. 31-32. Bkz. tbmm.org (Erişim Tarihi: 08.02.2020)

¹¹⁶ GEDİK, s. 163

¹¹⁷ ÖZGENÇ, s. 682; ŞEN, s. 174.

dır.¹¹⁸ Dişçi olmayan bir kimsenin, ruhsatsız olarak dişçilik yapmak üzere kiraladığı işyerine yığıldığı dişçilik malzemeleri veya sanığın kavgada kullanmadığı ancak olay sırasında cebinde bulunan delici ve kesici alet kamu güvenliği açısından zarar tehlikesi taşıdığından müsadere edilecektir.

Belirtmeliyiz ki, 54. maddenin 1. fıkrasının son maddesinin uygulamasına rastlanmamıştır. Bu nedenle aşağıda daha çok kavramsal boyutta tehlikeliliğin açıklanmasına çalışılacaktır. Yeri geldiğinde, sözkonusu kavramların - müsadereyle ilgili olmasa da - mahkemelerce genel olarak nasıl yorumlandığı da el alınacaktır.

1. Kamu Güvenliği Bakımından Tehlikelilik

Kamu güvenliği, bireylerin can ve mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerin yokluğu anlamına gelir.¹¹⁹ Başka bir deyişle güvenlik (asayiş, emniyet), kişilerin kamusal ya da kamuya açık yerlerde, saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye (durdurulma, bekletilme, alıkonma) uğramadan dolaşmaları veya bulunmaları, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaat sahibi olmalarıdır.¹²⁰ Öğretide, devletin güvenliğini de kamu güvenliği kapsamında değerlendiren yazarlar bulunmakla birlikte, kanaatimize göre bu iki kavram çoğu zaman birbiriyle çatışabilmektedir. Hatta, kamu güvenliğinin zaman zaman devlet güvenliği lehine sınırlandırılması veya tehlikeye atılması da sözkonusu olduğundan devlet güvenliğinin kamu güvenliği kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.¹²¹ Öte yandan terör gibi bazı hususlar hem kamu güvenliği hem de devletin güvenliği bakımından ortak bir tehlike faktörüdür.

Kamu güvenliğinden ne anlaşılması gerektiği konusunda TCK'nın 216. maddesi uygulaması yol gösterici olacaktır. Kamu güvenliği, (ETCK'nın 312. maddesinde kamu güvenliği yerine kullanılan) "kamu düzeni" kavramı içinde değerlendirilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kamuoyunda Oran-Kaboğlu Kararı olarak bilinen kararında "*Kamu düzeni, içeriği itibari ile değişken ve nispi olmasına karşın, yine de değişmeyen bir öz'ü içinde taşır. Bu da toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, belli bir düzenliliğin, barışın*

¹¹⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 501-502

¹¹⁹ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2013. s. 248

¹²⁰ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982, s. 254.

¹²¹ Devlet güvenliğinin kamu güvenliği ile dolaylı bir ilgisinin bulunduğu, devlet güvenliğini doğrudan ifade eden kavramın "milli güvenlik" olduğu yönünde bkz. TEKİNSOY, Özge Okay, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, XII Levha Yayıncılık, 2011, s. 55.

bulunması ve bu haliyle de kamu huzuru-kamu güvenliği ve kamu sağlığını içermesidir. Toplumda düzensizlik ve karışıklığın bulunmaması ve yaşamın normal, doğal akışı içinde geçtiğini belirtmek için, “kamu düzeni”, kavramı kullanılır. Kamu düzenini bozan eylemlerin ülke yönünden bütünsellik ve devamlılık göstermesi durumunda kamu güvenliği ile karşı karşıya geliriz. Kamu düzeni “toplum hayatının huzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bir bütünüdür.” Başka bir deyişle “kamu düzenine karşı işlenen cürümler kamu huzur ve güvenliğini tehlikeye koyabilen suçlardandır.”¹²² Bu, itibarla belirli bir etnik gruba mensup kişileri aşağılamak üzere hazırlanan pankartlar, henüz kimse bunları görmeden ele geçirildiğinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı gerekçesiyle müsadere edilebilecektir.

Ceza Kanunu’nda “kamu güvenliği”yle aynı anlama gelen “genel güvenlik” kavramı da bulunmaktadır. Genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçunu düzenleyen 170 ve devamı maddeleri kapsamında “kişilerin ... sağlığı” veya “başkalarının ... sağlığı”nın (m.179) da genel güvenlik kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır.¹²³ Ancak, önemi nedeniyle 54. maddede kamu sağlığı bakımından tehlikeliliğin müsadere bakımından ayrıca düzenlendiği görülmektedir.

Görüldüğü gibi, kamu güvenliği kapsamı oldukça geniş bir kavramdır. Bu itibarla tehlikenin kaynağı, insan, hayvan, mesleki veya sportif faaliyetler olabileceği gibi tehlikeli yapılar veya taşınırlar da olabilir.¹²⁴ Tehlikenin kaynağı eşya olduğunda müsadere gündeme gelebilecektir. Terör örgütlerinin müstakbel eylemleri için hazırladığı zehirleyici gaz veya bilinen bir marka içeceğin taklidini üretmek üzere bir depoda ele geçirilen kanserojen maddeler,¹²⁵ buna örnek olarak gösterilmektedir.

Bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığının ispatının güç olmasının yanı sıra “kamu güvenliği” kavramının geniş içeriği, bireylerin demokratik taleplerini yerine getirmek üzere hazırladığı eşyanın müsaderesini de sonuçlayabilir. Örneğin, bir bürokratın üniversite ziyareti öncesi, öğrenci yurdunda bulunan bütün yumurtalar suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı ve bir kimseyi yaralayabilecek nitelikte olup tehlikeli de olduğu gerekçesiyle müsadere edilebilir.

¹²² YCGK, E. 2007/8-244, K. 2008/92, 29.4.2008.

¹²³ TCK’da “kamu güvenliği” kavramı 1. ve 216. maddelerde geçmektedir.

¹²⁴ TEKİNSOY, s. 55

¹²⁵ DÜLGER İbrahim, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Konya, 2009. s. 101

2. Kamu Sağlığı Bakımından Tehlikelilik

Kamu sağlığı toplumun bulaşıcı hastalıktan uzak tutulmasını, toplumun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesini ifade eder. Kamu sağlığı veya “genel sağlık”, Anayasa’da düzenlenen özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü gibi pek çok hak ve özgürlüğün sınırlandırma nedenlerinden biridir. Bu itibarla, başta gıda güvenliği, tıbbi ürünler ve ilaç güvenliği, çevre sağlığı ve hastalıklarla mücadele bu alandaki sınırlandırmaların nedenleri olarak sayılabilir.¹²⁶ Kamu yararına dayanan tüm bu gerekçeler mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına da dayanak teşkil edebilir.

Türk Ceza Kanunu’nun amacını düzenleyen 1. maddesine göre, amaçlardan biri de kamu sağlığının korunmasıdır. Maddenin 2. cümlesinde “*bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri*”nin düzenlendiği belirtilmektedir. Müsadere de bu tedbirlerden biri olarak 54 ve 55. maddelerde düzenlenmiştir.¹²⁷

Kanun’un 1. kitabının 3. bölümünde düzenlenen “Kamunun sağlığına karşı suçlar” ile “kişilerin hayatını” tehlikeye sokacak davranışlar cezalandırılmaktadır. Bunlardan bir kısmı bulundurulması, satışı, üretimi suç oluşturan şeyler olarak TCK’nın 54. maddesinin 4. fıkrası anlamında iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmama koşuluna bakılmaksızın “suç teşkil eden eşya” olarak müsadere edilir. Örneğin, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaç ticareti, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçları bakımından şeylerin kamu sağlığı bakımından tehlike yaratması suçun oluşması bakımından aranacaktır. Zehirli madde katma suçunu düzenleyen 185. madde bakımından ise durum özellik arz etmektedir. Zehirli madde bulundurma 185. madde bağlamında suç değildir. Zehirli madde insanlar tarafından tüketilecek bir besine katıldığında veya bu besinler başka bir suretle bozulduğunda (örneğin bakkaldaki buzdolabı çalıştırılmayarak kasten bozuk yoğurt satıldığında) suç oluşur. Bir bidon zehirin yarısı besine katılmışsa zaten besin zararlı hale geldiğinden 54. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesi kapsamın-

¹²⁶ TEKİNSOY, s. 55 ve 88.

¹²⁷ Kamu sağlığı kavramı TCK’nın 1. maddesi haricinde 287.maddede geçmektedir. Genital muayene suçunun düzenlendiği 287.maddeye göre “bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz”. Yani bu halde genital muayene suç sayılmayacaktır.

da “suçtan meydana gelen eşya” olarak müsadere edilecekken, zehirin kalan kısmı da son cümle bağlamında suçta kullanılmak üzere hazırlanan ve kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan eşya olarak müsadere edilecektir.

3. Genel Ahlak Bakımından Tehlikelilik

Genel ahlak, belli bir anda belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir.¹²⁸ Anayasa Mahkemesi’ne göre de belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan kurallar bütünü genel ahlakı oluşturur.¹²⁹ TCK’nın 225 ve devamı maddelerinde “genel ahlaka karşı suçlar” düzenlenmiştir. Ne var ki çağdaş bir ceza hukuku anlayışında genel ahlak kavramının suçla korunan hukuki değer olarak esas alınması eleştirilmeye muhtaçtır. Nitekim ahlak kuralları ve anlayışı toplumdan topluma değişebileceği gibi, toplum içinde farklı kesimler arasında da değişik biçimde algılanabilmektedir. Demokratik bir devlet belli bir ahlak felsefesinin bekçisi değildir.¹³⁰ Bu nedenle tıpkı, genel ahlaka karşı işlenen suçlar bakımından olduğu gibi genel ahlak bakımından tehlikeli olan eşyanın belirlenmesinde sadece toplum tarafından korunması hedeflenen yerel değerler değil ve fakat demokratik hukuk devleti kavramı içinde bir değerlendirme yapmak gerekir.¹³¹ Zira kavramın esnek yapısı devletin mülkiyet hakkına müdahale alanını genişletebilecek niteliktedir.

Genel ahlak bakımından tehlikeli olan eşyaya daha çok müstehcen yayınlar örnek olarak gösterilmektedir.¹³² Bunun dışında, fuhuş yapılması amacıyla özel olarak hazırlanan bir otobüs, veya kumar oynanması için masa, sandalye ve oyun ekipleri konarak hazır hale getirilmiş olan bir depo genel ahlak bakımından tehlikeli olarak kabul edilebilir.

¹²⁸ KABOĞLU İbrahim, **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s.137.

¹²⁹ AYM, 28.01.1964, 1963/128, 1964/8, AYMKD, C.1, s.2. syf.38

¹³⁰ TANÖR Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi**, İstanbul, 1969, s. 144; UYGUN Oktay, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 132

¹³¹ ÖZBEK Veli Özer, **Müstehcenlik Suçu: (TCK, m. 226)**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 42-43

¹³² Ancak İHAM’ın Handyside/İngiltere kararı örneğinde olduğu gibi müstehcenlik konusundaki değerlendirme farklılık gösterebilmektedir. Karar, çocuklara yönelik cinsel bilgiler içeren kitabın müsadere edilmesi ahlakın korunması amacına uygun bulunmuşsa da, oldukça eleştirilmiştir. (Başvuru no: 5493/72, Tarih, 7 Aralık 1976). Karar için bkz. hudoc.org (Erişim Tarihi: 01.05.2024)

VI. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 54. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN EŞYA İLE SUÇ ARASINDAKİ BAĞLANTI ÖLÇÜTLERİNİN GENEL MÜSADERE YASAĞI VE BELİRLİLİK İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMESİ

A. Suçta Kullanılan Eşya Bakımından

Genel müsadere yasağı gereğince, suç ile eşya arasında bir bağlantı olması gerektiği daha önce belirtilmiştir. Mesele bu bağlantının ne şekilde kurulduğuna ve yoğunluğuna ilişkindir. Eşyanın suçun maddi unsurunu gerçekleştirmek bakımından yararlı olması şarttır. Suçun işlenmesine maddi ya da manevi bir katkı sağlamamış olup tehlikeli de olmayan bir şeyin müsaderesi, meşru bir amaç taşımamaktadır. Örneğin, failin sürekli kullandığı numaralı gözlüğü suç sırasında üzerinde olsa da müsadere edilemez. Buna karşılık banka kasasını kesici bir aletle açarken gözlerini korumak için kullandığı kaynak gözlüğünün suçun işlenmesine katkıda bulunduğu tartışmasızdır. Suçu kolaylaştıran her türlü aracın müsaderesi kapsamı fazla genişleteceği gibi, yaşamsal bağ ölçütü de fazla daraltabilir. Kanaatimizce hâkim, somut olayın özelliklerine göre her iki ölçütten de yararlanarak eşyanın suça katkısını değerlendirmelidir.

Ayrıca eşyanın suçta kullanılabilmesi yeterli olmayıp, fiilen kullanılmış olması gerekir.¹³³ Örneğin, kavgada ihtiyaç duyabileceği düşüncesiyle yanına aldığı ruhsatlı silahı hiç cebinden çıkarmayan sadece yumruklarını kullanan kişinin silahı veya kapıyı açmak için yanına aldığı maymuncuğu kapı açık olduğu için kullanmayan hırsızın yanında bulunan maymuncuk suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilemeyecektir.¹³⁴ Yargıtay'ın önemli bir kararına göre, yakalandığında sanığın üzerinde ele geçen ve emanete alınan bıçağın, yağma suçunun işlenmesinde kullanılmadığı halde müsaderesi hatalıdır.¹³⁵ Bununla birlikte Yargıtay bazen fiilen kullanmayı geniş yorumlamaktadır. Mahkemenin, “*sanık tarafından kişiyi özgürlüğünden yoksun kalma suçunun işlenmesi sırasında pompalı av tüfeği ile birlikte av tüfeğinin içinde bulunan av fişekleri de kullanılmıştır. Nitekim sanık, av tüfeğinin ateş etme özelliğine dayalı olarak insanlar üzerinde öldürücü ve yaralayıcı özelliğinin oluşturduğu tehdidi kullanarak eylemini gerçekleştirmiştir.*

¹³³ AYDIN, s. 191; ÖNDER, s. 95; EREM, s. 387; MAJNO, s. 134

¹³⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1763. Ancak bu tür eşya suçun işlenmesine “tahsis edilen” eşya olarak müsadere edilebilir. Alman hukukunda fiilen kullanma gerekli olmayıp, eşyanın fail tarafından suçun işlenmesi için hazırlanmış olması yeterlidir. Örneğin, hırsızlık için evin kapısını açmak üzere hazırlanan maymuncuğun suçun işlenmesi anında kullanılmaması durumunda dahi müsaderesi mümkündür. SÖZÜER, 2000, s. 398

¹³⁵ Y6CD, E 2007/2006, K. 2007/20895, 10.5.2007.

Başka bir anlatımla, suçun işlenmesinde sadece pompalı av tüfeği değil av tüfeğinin içindeki av fişekleri de kullanılmıştır. Bu nedenle, yerel mahkemece suçun işlenmesi sırasında av tüfeğinin içinde bulunan ve suçun işlenmesinde kullanılan av fişeklerinin 5237 Sayılı T.C.K.nın 54/1. maddesi uyarınca zoralarına karar verilmesi yerindedir”¹³⁶ şeklindeki yorumu önemlidir.

Müşadereye karar verilebilmesi için eşyanın suçta fiilen kullanıldığının ispatlanması gerekir.¹³⁷ Gerekçede belirtildiği üzere müşadereye hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmesi yeterli olup, mahkûmiyet kararına gerek bulunmasa da eşya ile suç arasındaki “kullanma” şeklindeki bağın yargılamanın sonucunda her türlü şüpheden uzak bir biçimde kurulması şarttır. Yargıtay’ın, “sanık tarafından teslim edilen silahın olayda kullanılıp kullanılmadığı araştırılarak sonucuna göre suçta kullanıldığı saptandığı takdirde müşadere edilmesi” gerektiği¹³⁸; “uyuşturucu madde naklinde kullanıldığı saptanamayan aracın” müşadere edilemeyeceği¹³⁹; “zoralarına karar verilen bıçağın olayda kullanılan bıçak olmadığı anlaşıldığında iadesi”¹⁴⁰ gerektiği yönündeki kararları bu koşula işaret etmektedir. Fiilen kullanmanın somut dayanakları olması gerekir. Aksi halde müşadere hukuka aykırı olur. Bu duruma “... Polis Kriminal Laboratuvarı’nın ... günlük raporunda üzerinde esrar kalıntıları olduğu belirtilen, bu şekilde suçta kullanıldığı anlaşılan 2 adet hassas terazinin TCK’nın 54. maddesi gereğince müşaderesi yerine iadesine karar verilmesi”¹⁴¹ yönündeki kararı örnek olarak gösterilebilir. Yine, eşyanın önceden bir suçta kullanılmış olması yeterli değildir. “Daha önceden kaçak eşya naklinde kullanılmış olan bir araçla sonradan da kaçak eşya nakledilmesi halinde, bu aracın kaçak eşya nakline tahsis edilmiş bir araç olarak kabulü hukuki değildir... farklı karar ve kasıtlı işlenen her kaçakçılık olayının her birini diğerinden bağımsız olarak değerlendirmek gerekir.”¹⁴²

¹³⁶ YCGK, E. 2011/8-778, K. 2012/1795, 2.10.2012.

¹³⁷ YCGK, E. 1988/547, K. 1988/16, 08.02.1988; Y9CD, E. 2012/9834, K. 2013/3542, 08.09.2011.

¹³⁸ Y.4.CD, E. 1993/1275, K. 1993/2754, 07.04.1993.

¹³⁹ Y.10.CD, E. 2006/11480, K. 2006 /12712, 16.11.2006.

¹⁴⁰ Y.1.CD, E. 2007/4040, K. 2007/1489, 14.03.2007. Benzer şekilde rüşvet ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları bakımından “Mahkûmiyete konu suçların işlenmesinde kullanıldıkları, suçların işlenmesine tahsis edildiklerine veya suçtan meydana geldiklerine dair delil bulunmayan sanıklara ait cep telefonlarının ve sim kartların TCK’nın 54. maddesi uyarınca müşaderesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi” yasaya aykırıdır. Y.5.CD, E. 2012/2125, K.2012/6263, 5.6.2012.

¹⁴¹ Y.10.CD, E. 2008-17466, K. 2011-57348, 22.11.2011.

¹⁴² Y.7.CD, E. 2009/5137, K. 2011/15783, 19.03.2008,

Eşyanın faydalı olup olmadığı somut olaydaki suç tipine göre değişiklik gösterecektir. Bu açıdan “tipik hareketlerin işlenmesinde kullanma ölçütü” yardımcı olacaktır. Örneğin, öldürme suçu bakımından silah işlevsel bir araç iken, ruhsatsız silah bulundurma bakımından otomobil aynı fonksiyona sahip değildir.¹⁴³ Bununla birlikte otomobille bir bavul dolusu ruhsatsız silahın alıcısına götürülmek üzere yakalanması halinde artık otomobil doğrudan suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilecektir. Bu itibarla eylemin tipik unsurunu gerçekleştirmeyi sağlayan eşyanın suçta kullanıldığında tereddüt etmemek gerekir. Bununla birlikte, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın fiilen kullanılması yeterli olup önceden hazırlanmış veya tasarlanmış olması gerekmez, tesadüfi olarak suçta kullanılan şeyler de müsadere edilebilir. Örneğin, hırsızın çalmak istediği eşyayı çalıp dışarı çıktığı sırada, polisi aramak üzere olan bekçiyi engellemek amacıyla ve ani bir kastla bekçiyi çakı bıçağıyla yaralaması eyleminde, hırsızın evde bekçi olduğunu bilmemesi veya bekçiyi etkisiz hale getirmeyi planlamamış olması önemli değildir. Kullanmak üzere hazırlamadığı ancak her zaman cebinde duran çakı bıçağını tesadüfi olarak kullanmasının bir önemi yoktur. Bu itibarla suçun icrası sırasında kullanılan şeyler müsadere edilmelidir. Önemli olan eşyanın fiilen suçun işlenmesinde kullanılmış olmasıdır.

B. Suça Tahsis Edilen Eşya Bakımından

Öncelikle, 765 sayılı Kanun’da bulunmayan “tahsis” kavramı ile, eşya ile suç arasındaki bağlantının genişletildiğini söylemeliyiz. Kavramın içeriği de belirsizdir ancak “suça tahsis edilen eşya” “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”dan farklı bir şey olsa gerek ki, kanunkoyucu ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur. Bu halde fiilen kullanılmamakla birlikte suça katkı sağlayan bir eşyanın suça tahsis edildiği kabul edilebilir. Bu itibarla kanaatimizce “suça tahsis edilen eşya” ETCK’nın 36. maddesinde yer alan suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak anlaşılmalıdır. TCK’nın 54. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine ilişkin olarak gerekçede yer alan “*suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilecektir*” şeklindeki açıklamadan da yola çıkarak icrasına başlanan fiilde kullanılamamış olan eşyanın da tahsis kavramı içinde olduğu söylenebilir. Alman hukukunda da “*bir objenin suçun işlenmesi için belirlenmiş sa-*

¹⁴³ TAN, s. 2078

yılması için failin o objeyi suçun gerçekleştirilmesinde kullanmak düşüncesiyle hazırlamış olması gerekli ve yeterlidir. Örneğin hırsızlık için evin kapısını açmak üzere hazırlanan maymuncuğun suçun işlenmesi anında kullanılmaması durumunda dahi müsadere mümkündür."¹⁴⁴ "Tahsis etme", kavram olarak da "kullanma"dan ziyade "hazırlanma"ya daha yakındır.¹⁴⁵

Eşya bizzat suçun işlenmesinde kullanılmasa bile suçun işlenmesine tahsis edildiği anlaşıyor ise, bu durumda müsadere edilir.¹⁴⁶ Örneğin, kasten öldürme suçunda kullanılan tabanca müsadere edilecekken, suçta kullanılmayan ancak failin yanında bulundurduğu yedek şarjörün müsadere edilip edilmeyeceği konusunda, eşya ile suç arasında bağlantı kurulup kurulmadığına bakmak gerekir. Yedek şarjörün, bulundurulması suç teşkil etmedikçe müsadere edilmemesi gerektiği düşünülebilir. Ne var ki, fail yedek şarjörü gerektiğinde kullanmak üzere yanında bulundurduğundan suça tahsis ettiği kabul edilerek bu nedenle müsadere edilmelidir.¹⁴⁷ Buna karşılık, failin evinde bulunan yedek şarjörün suçta kullanıldığı veya suça tahsis edildiği söylemeyecektir. Burada eşya ile suç arasında bağlantı kurulamamaktadır.

Bazı şeylerin sadece bir kısmı suçta kullanılmış olsa da, kalan kısmı suça tahsis edilmiş sayılacaktır. Örneğin, bir evi yakmak için satın aldığı benzinin yarısının kullanılması halinde kalan benzinin suçta kullanılmamış olması nedeniyle müsadere edilmemesi akla uygun değildir.¹⁴⁸ Tahsis için sürekliliğin aranması gerektiği yönündeki görüş de önemlidir. Nitekim tahsis, sözlükte bir şeyi bir kimseye veya bir yere ayırma,¹⁴⁹ özgüleme, emrine verme¹⁵⁰ anlamına gelmektedir. Buradan yola çıkarak bir kimseye bir yere veya bir işe özgülenen bir şeyin başka bir kişi, yer ya da iş için kullanılmaması gerekir. Kanaatimizce tahsis, özgülemeyi yapan kimsenin iradesine göre sürekli olabileceği gibi belirli süreli de olabilir. Özgenç'in belirttiği gibi

¹⁴⁴ SÖZÜER, 2003, s. 398

¹⁴⁵ Ancak 5237 sayılı kanunda "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanma" kavramı (ETCK'daki anlamından farklı olarak) henüz icra hareketlerinin başlamadığı aşama için öngörülüş olup bu tür eşyanın ancak tehlikelilik halinde müsadere edilebileceği düzenlenmiştir.

¹⁴⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 483; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1763

¹⁴⁷ Bunun gibi suçta kullanılmayan ve bulundurulması, taşınması suç teşkil etmeyen av fişeği, şarjör, kütüklük, kılıf, kurusıkı tabanca, niteliksiz bıçak gibi eşyaların suça tahsis edilmiş olmaları nedeniyle müsadere edilmesi gerektiği belirtilmektedir. TAN, s. 2078

¹⁴⁸ TAN, s. 2081

¹⁴⁹ Sözlük anlamı için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi: 10.05.2012)

¹⁵⁰ YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 1173

mutlak olarak sürekliliği değil ancak tahsis yapan kimsenin belirlediği belirli bir süreyi ifade eder. Bu tür eşyadan anlaşılması gereken, suçun işlenmesi için belirli bir süre için hazır bulundurulmuş, suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın dışında kalan, suçun işlenmesine yardımcı olmak üzere ayrılan eşyadır. Eşya gerektiğinde kullanılmak üzere hazır bulundurulmuş, suça en azından manevi bir katkı sağlamış olması aranır.

Bir görüşe göre, suça tahsis edilen eşya ile suç arasındaki illiyet bağı maddi olarak kurulamamıştır, bu muhtemel bir bağıdır. Örneğin, failin üzerinde taşıdığı ikinci tabancayı, icra hareketlerini tamamlayamamış olsaydı kullanacağı varsayılarak müsadere gerekir, denilmektedir.¹⁵¹ Ancak müsadere bir yaptırım olduğuna göre varsayımsal bir durumda uygulanması söz konusu olmamalıdır. Aksi yönde kabul hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır. Eşyanın suça tahsis edilmiş olmasından, suçun işlenmesinde kullanılmak veya işlenmesine yardımcı olması amacıyla hazırlanmış ve ayrılmış olup kullanılamamış olmasını anlamak gerekir. Bunun somut dayanaklarının ortaya konması gerekir. Somut olayın özellik ve koşullarından, eşyanın o suçta kullanılmak üzere ayrıldığı muhakkak olmalıdır. Sadece basit bir olasılık müsadereye neden olmamalıdır. Zira, eşya ile suç arasındaki bağlantının kurulamaması genel müsadereye varacak biçimde kişinin mülkiyet hakkının ihlaline neden olabilir. Bu itibarla Yargıtay'ın 765 sayılı kanun döneminde (kanunda yazılı olmayan) tahsis için zorunluluğu aradığı kararı önemlidir. Buna göre doğrudan suç ögesi olmayan ve hükmün konusu suç için kullanım zorunluluğu bulunmayan ve bu amaçla eyleme tahsis edildiği saptanamayan motorlu aracın zorunluluğuna karar verilemez.¹⁵² Örneğin, hırsızın çalacağı cep telefonunun bulunduğu eve gitmek için kullandığı araba somut olay bakımından zorunlu olmadığından, yani o araba olmasaydı da hırsızlık suçunu işleyebileceğinden arabanın müsadere edilmemesi gerekir. Buna karşılık failin evdeki bütün eşyaları çalıp taşımak amacıyla kullandığı araç olmazsa fail suçu işleyemeyeceğinden suç ile eşya arasında zorunluluk ilişkisi bulunmaktadır ve aracın müsadere gerekir.¹⁵³

Suçun işlenmesine tahsis edilmiş olan eşyanın müsadere edilebilmesi için, suçun işlenmesinde kullanılmasının gerekli olmamasından yola çıkılarak,¹⁵⁴ bir şirketin zehirli atıklarını toprağa gömmek için arsa satın alması

¹⁵¹ TAN, s. 2082

¹⁵² Y.8.CD, E. 1994/12678, K. 1994/15, 29.12.1994

¹⁵³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1763.

¹⁵⁴ ÖZGENÇ, s. 622

halinde, henüz bu arsaya herhangi bir atık atılmadan dahi arsanın müsadere-sinin mümkün olabileceği söylenmektedir.¹⁵⁵ Ne var ki, suça tahsis edilen eşyanın müsadere edilebilmesi için eylemin en azından teşebbüs aşamasına gelmesi şarttır. Verilen örnekte müsadere ancak tehlikelilik koşulu varsa suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadereye konu olabilir ki, bu da tarafımızca eleştirilmektedir.

Sonuç itibarıyla “suça tahsis edilen eşya” kavramı geniş ve belirsiz bir kavramdır. Genel müsadereye sebep olmaması için müsadere kararında eşyanın suça ne şekilde katkı sağladığının mutlaka açıklanması gerekmektedir. Kanımızca, suça tahsis edilme, kullanmadan farklı olarak suçun işlenmesi için hazırlanan ancak kullanılamayan eşya olarak anlaşılmalıdır.

C. Bizatihi Suç Oluşturan Eşya Bakımından

Suç teşkil eden eşyanın müsadere edilebilmesi için ayrıca bir suçun işlenmesine gerek olmadığı gibi, işlenmiş bir suç olsa dahi mahkumiyet koşulu aranmamaktadır.¹⁵⁶ Bununla birlikte müsadere kararının infaz edilebilmesi için kesinleşmesi gerekir. Suç oluşturan eşyanın müsaderesi in rem yani eşyaya yönelik bir uygulamadır. 54. maddenin 4. fıkrasının uygulanabilmesi için bir kimseye yönelmiş bir iddianame düzenlenmesi gerekmediği gibi, takipsizlik kararı verilmesi halinde düzenlenecek olan müsadere talep yazısı da iddianame niteliğinde değildir. Ancak bu eşyanın sahibi belli ise onun hakkında dava açılıp mahkumiyet kararı ile birlikte müsadere kararı verileceği açıktır. Bununla birlikte örneğin, bahçesinde bulunan yasak silahın o kişiye ait olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilse bile silahın müsaderesine karar verilir. Sahibi belli olmasa da, çöp kutusunda herkesin gezdiği açık arazide, yolda bulunan uyuşturucu madde, sahte para, taklit sikke veya taşınması yasak olan bir silah yine de müsadere edilir.¹⁵⁷ Sınırdan çıkan çatış-

¹⁵⁵ ÖZCAN, s. 171

¹⁵⁶ “Sanık Mehmet’in arabayı açık pazarda Zafer isimli kişiden satın aldığı, kaçak olduğunu bilmediğine dair savunmasının aksi tesbit edilemediğinden, müsnet suçtan beraatine; gümrük kaçağı olarak yurda sokulduğu anlaşılan komple aracın müsaderesine” karar verilmelidir. (Y.7.CD, E. 1992/6467, K. 1992/7552, 22.12.1992,)

¹⁵⁷ “...müsadereye tabi olan kaçak eşya zaptolunup da sanığın kim olduğu tespit edilememiş ise, müsaderesine karar verileceği kuralı olup, hükümden sonra 19.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 1918 sayılı kanunun yürürlükten kaldıran 4926 sayılı kanunun 30.maddesinde de aynı yönde hüküm bulunması nedeniyle, sanığa ait olduğu ileri sürülerek dava açılan 12 kg. çayın sahipsiz eşya niteliğiyle müsaderesi yerine gümrük idaresine bırakılması...” yasaya aykırı bulunmuştur. Y.7.CD, E. 2004/8925, K. 2005/3221, 19.04.2005.

mada kaçakçıların kaçması halinde dahi kaçak eşya duruşma açılmaksızın evrak üzerinden müsadere edilir.¹⁵⁸

Konusu suç teşkil eden eşyanın iyiniyetli de olsa üçüncü bir kimseye ait olması da önemli değildir. Failden başkası da olsa kimsenin suç teşkil eden bir şey üzerinde hakkı olduğu iddia edilemez.¹⁵⁹ Yine bir eşyayı suç teşkil eder hale getiren kimsenin belirlenememesi de önemli değildir. Örneğin, Yargıtay bir kararında dava konusu motor değişikliğinin hangi sanık tarafından gerçekleştirildiğinin anlaşılamaması nedeniyle sanıklar hakkında beraat kararı verilmesini yerinde bulmakla birlikte, orijinal olmayan motorun yabancı menşeli ve belgesiz olduğunun anlaşılması halinde müsaderesinin gerekeceğini belirtmiştir.¹⁶⁰

Bu tür eşyanın müsadere edilebilmesi için kanunilik ilkesi gereğince iyi ayırt edilmesi gerekir. Eşyanın üretim, bulundurulması, taşınması veya alınıp satılmasının suç olduğu tespit edilmelidir. Yargıtay’a göre de “*dava konusu eşyanın kaçak olarak kabul edilmesinde yeterli gerekçe gösterilmeden soyut olarak olayın oluş biçimi ve sevk maddelerine dayanarak müsaderesine karar verilmesi*” hukuka aykırıdır.¹⁶¹ Bir olayda hangi eşyanın kaçak sayılacağına belirlenebilmesi için, gerektiğinde ithale kadar inilmek suretiyle zincirleme menşe araştırma yapılması ve sonucuna göre müsadereye veya iadeye karar verilmesi gerekir.¹⁶² Örneğin hint kenevirini üretmek ve bulundurmak suç olmasına rağmen sadece tohumlarının bulundurulması suç teşkil etmemektedir.¹⁶³ Ancak bunların, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığı kabul edilirse 54. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi gereğince kamu sağlığı bakımından tehlikeli görülerek müsaderesi söz konusu olabilir.

¹⁵⁸ BAKICI, s. 1243

¹⁵⁹ AYDIN, s. 204. Yargıtay’a göre “Suça sürüklenen çocuğun suçta kullandığı tabancanın iyiniyetli üçüncü kişi konumunda bulunan suça sürüklenen çocuğun babasına ait ve ruhsatlı olduğu gözetilerek sahibine iadesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde müsaderesine karar verilmesi” bozma sebebidir. Y.14.CD, E. 2018/3164 K. 2018/4556, 07.11.2018

¹⁶⁰ Y.7.CD, E. 2003/5393, K. 2003/3098, 30.12.2003.

¹⁶¹ Y.7.CD, E. 2008/13192, K. 2011/3445, 30.3.2011.

¹⁶² Y.7.CD, E. 2008/20193-702, 05.02.2008.

¹⁶³ “Kova içinde yaprakları kopmuş hint kenevirine ‘el konulduğunun anlaşılması karşısında söz konusu kenevir yapraklarının uyuşturucu madde içerip içermediği konusunda uzman bir kuruluştan rapor alınıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bulundurulması suç teşkil etmeyen hint keneviri bitkisi tohumlarının müsaderesine karar verilmesi” Y.10.CD, E. 2006/3886, K. 2006/3393, 28.11.2006.

Suç oluşturan eşya, aynı zamanda suçtan meydana gelen eşya olabilir.¹⁶⁴ Uygulamada içmek için esrar bulunduran kişinin evinde bulunan kenevir ve kalıntılarının TCK'nın 54. maddesinin 4. fıkrası değil de 1. fıkrası uyarınca müsadere edildiği görülmektedir.¹⁶⁵ Evde üretilen esrar bir yanı sıra suçtan meydana gelen eşya sayılabilirse de, kanaatimizce suç teşkil eden eşya olarak müsaderesi daha doğru olur. Zira, bunun için başkaca bir suçun işlenmesine gerek yoktur ve seri usulle müsadere edilir.

D. Suç İşlemek Amacıyla Hazırlanan Tehlikeli Eşya Bakımından

Öncelikle belirtmeliyiz ki, Alman hukuku dışında bizdeki gibi bir örneğe karşılaştırmalı hukukta rastlanmamaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun 131-21 maddesinin 7. fıkrasına göre de, bulundurulması yasadışı olan nesnelerinin yanı sıra, "kanunlar veya yönetmeliklerde tehlikeli veya zararlı olarak nitelendirilen nesnelerin" de müsaderesi mümkündür. Ancak sözkonusu maddede müsadere, tamamlayıcı ceza olarak düzenlenmiştir ve mahkumun mallarına ilişkindir. O halde, Fransız Ceza Kanunu'nda düzenlenen hüküm, mahkuma ait tehlikeli ve zararlı eşyanın müsaderesinin zorunlu olduğunu düzenlemekle, bizdeki hükümden önemli derecede farklıdır. İsviçre Ceza Kanunu'nda da TCK'ya benzer biçimde "kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak bakımından tehlikelilik" aranmaktadır. İsv.CK'nun 69. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir kimsenin ceza sorumluluğu olup olmadığından bağımsız olarak bir suçta kullanılan, kullanılmak istenen veya bir suçun işlenmesinden elde edilen şeyler, kamu güvenliği, kamu ahlakı veya kamu düzeni bakımından tehlike oluşturmaları halinde mahkemece müsadere olunur. Dikkat edilirse, burada hukukumuzdan farklı olarak bir eşya sadece gelecek için tehlike oluşturmaları nedeniyle değil, buna ek olarak suçta kullanıldığı veya teşebbüs aşamasında kaldığı için kullanılamamakla birlikte kul-

¹⁶⁴ "Üzerinde suç işlenen şey ise zatı cürmü vücuda getiren amildir ki Ceza Kanunu bakımından bunlar mesela kaçak mal gibi esasen memnu olan veya kemiyet ve keyfiyetinde hile yapılmak suretiyle memnuiyet iktisap etmiş bulunan mahiyette olmadıkça müsadereye tabi değildir. Böyle bir malın müsadereye tabi bulunması nefsel'emirde memnu olmasına veya üzerinde işlenmiş bir fiil dolayısıyla memnu hale gelmiş bulunmasına bağlıdır." YCGK, 5.1.1944, 1943/33, 1944/1.

¹⁶⁵ "İçmek amacıyla esrar bulundurmak suçundan sanığın, 765 sayılı TCY 'nın 404/2, 55/3, 59 ve 647 Sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca 1200.- YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, verilen para cezasının 647 Sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca birer ay ara ile 10 eşit taksitte ödenmek üzere taksitlendirilmesine, taksitlerden birinin süresinde ödenmemesi halinde bakiyesinin tamamının tahsiline, emanete kayıtlı kenevir ve kalıntılarının 5237 sayılı TCY 'nın 54/1. maddesi uyarınca müsaderesine" şeklindeki hüküm lehe kanun gereği karma uygulamanın yasak olması gereğince bozulmuştur. Bkz. YCGK, 18.04.2006, 2006-10-113, 2006-121

lanılmak istenmesi nedeniyle müsadere edilmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenleme de TCK m.54/1 c.2'den farklıdır.

Nitekim müsadere bir ceza hukuku yaptırımı olduğundan teşebbüs derecesinde dahi olsa, bir suçun varlığı gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyadan, herhalde fail tarafından eylemin gerçekleştirilmesinde kullanılmak istenmiş olan ancak, örneğin başka bir aracın kullanılması nedeniyle, suçun işlenmesinde bir şekilde kullanılamamış olan eşya anlaşılmak gerekir. Kanunilik ilkesi gereğince, gerekçede bundan farklı bir şeyin düzenlenmek istenmiş olması durumu değiştirmez. Bu bağlamda öldürme suçunda kullanılmak üzere hazırlanan, ancak suçun başka bir surette gerçekleştirilmesi nedeniyle kullanılamayan bir silah tehlikeli de sayılacağından bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira, bir suçun sadece hazırlık aşamasında kullanılan eşyanın müsadere edilebilmesi için, daha sonra en azından teşebbüs derecesine ulaşılmış ya da söz konusu hazırlık hareketlerinin bağımsız biçimde cezalandırılabilir nitelikte olması gerekir. Örneğin, hırsızlık yapacağı evin karşısında bulunan sokakta evde kimsenin bulunmadığından emin olmak için dürbünle evin içini izleyen kimse bu aşamada yakalandığı takdirde, eylemi hırsızlık suçu bakımından hazırlık hareketi olarak kabul edilemez. Ancak edilse bile dürbün tehlikeli de sayılamayacağından müsadere edilmeyecekken, koşulları varsa özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bakımından suçta kullanılan eşya olarak müsadere edilebilecektir.

Kaldı ki, bir eşyanın suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığının ispatı da güçtür. Nitekim, Alman hukukunda basit bir şüphenin yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Bu tür eşyaların gelecekte suç işlenmesinde kullanılacağına dair bir tehlikenin varlığının kabulü için öğretide somut dayanakların bulunması gerektiği savunulmaktadır.¹⁶⁶

Bu konuda içtihat oluşturulsa ve eşyanın suçun işlenmesi için hazırlandığı kabul edilse bile 54. maddenin cezai yönünün de bulunduğu dikkate alındığında “hazırlık hareketleri ayrıca suç olarak düzenlenmedikçe cezalandırılmaz ilkesi”ne de aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması yönündeki eğilim ile özgürlük - güvenlik ikileminde güvenlik lehine ve özgürlükler aleyhine gelişim burada da kendini göstermektedir. Kanunun bu hali henüz bir suç işlenmeden, yani teşebbüs aşama-

¹⁶⁶ SÖZÜER, 2003, s. 401

sına varmamış bir eylem nedeniyle müsadere yaptırımına başvurulabilmesine izin verecek niteliktedir. Müsaderenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar da burada önemini yitirmektedir. Ceza da olsa, güvenlik tedbiri de olsa, kimseye bir suç işlenmeden mülkiyet hakkını kısıtlayan bir ceza hukuku yaptırımı uygulanamaz. Nitekim güvenlik tedbirlerinin esası tekerrürü önlemek olduğundan, önceden işlenmiş olan bir suç olmadan uygulanan bir yaptırım güvenlik tedbiri olarak nitelendirilemez. Henüz işlenmemiş ama ileride işlenmesi düşünülen bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi yoluna gidilmesi, demokratik bir ceza hukuku düzeninde kabulü mümkün olmayan bir sonuçtur.¹⁶⁷

Belirtmeliyiz ki, mevzuata göre suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması da aranacaktır. Ancak eşyanın tehlikeliliği de, kullanılan kavramların esnek ve göreceli olabilen kapsamı düşünüldüğünde belirli bir kriter değildir. Özellikle kamu güvenliği ve genel ahlak bakımından sakıncalar doğması olasıdır. Kişinin evinde dolu ruhsatlı bir silah bulunması halinde bir ay önce kavga etmiş olduğu komşusunu öldürmek için hazırlandığı iddia edilip ruhsatlı silahı müsadere edilecek midir? Ya da arkadaşına sinirlenen kişinin kağıda o arkadaş hakkında küfürlü şiirler yazması veya müstehcen bir şekilde gösteren resimler yapması durumunda bu şiirlerin veya resimlerin o arkadaşına gönderilerek sövme suçunun işleneceği varsayımıyla “genel ahlaka” da aykırı olduğu için müsaderesi yoluna mı gidilecektir? Veya ünlü resamlara ait tabloları kendini geliştirmek için taklit eden ressamın reproduksiyonları sadece basit bir şüpheyle dolandırıcılık suçunda kullanılacağı varsayılarak tehlike oluşturduğundan bahisle müsadere edilebilecek midir? Tüm bunlar uygulamada sorun yaratabilecek örneklerdir.

765 sayılı Kanun’da şimdikine benzer bir hüküm bulunmamakla birlikte Yargıtay o dönemde vermiş olduğu bir kararında, “*sadece bir şahsa fazla fiyatla 5 kiloluk margarin sattığı tespit edilen sanığın dükkanındaki tüm yağların satış bedelinin değil, fazla sattığı yağ bedelinin müsaderesine karar verilmesi gerektiğine*”¹⁶⁸ kanaat getirmiştir. Burada önceden işlenmiş bir suç

¹⁶⁷ “Polis tedbirleri bile kişilerin salt düşünceleri ile ilgili değildir. Madde gerekçesinde yer alan düşünce tehlikeden korunma görüntüsü altında faşizan bir düzenlemenin açık kanıtı olmaktadır”. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 502

¹⁶⁸ YCGK, E. 1981/109, K. 1981/183, 11.5.1981; YCGK, E. 1997/218, K. 1997/303, 16.12.1997.

olmasına rağmen Yargıtay, niyet okuma ile dükkandaki bütün yağların fazla fiyatla satılacağını varsaymamıştır. Failin emre itaatsizlikten cezalandırıldığı bir olayda ise arabasında bulunan av tüfeği ve fişeklerin müsadere de, *“tüfeklerle henüz bir atış yapılmadığı, ava çıkıldığı ve domuz görüldüğünde tüfeklerin kullanılacağı ve bu yüzden müsadere sinin gerekeceğinin ileri sürülemeyeceği, çünkü sanığın avdan vazgeçmesi mümkün olduğu gibi, önlerine domuz çıkmamasının da mümkün olduğu”* belirtilerek hukuka aykırı bulunmuştur.¹⁶⁹ Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere hazırlık hareketleri aşamasında müsadere mümkün olmamalıdır. Zaten “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” çoğunlukla ve aynı zamanda TCK’nın 54. maddesinin 4. fıkrası anlamında suç oluşturan eşya olabilir. Dolandırıcılık suçunda kullanılmak üzere hazırlanan sahte çek, zaten üretimi suç olan eşya olarak müsadereye tabidir. Yani kanun sahte çek düzenlenmesini suç saydığından dolayı artık bunun suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanıp hazırlanmadığı ve kamu güvenliği açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı ayrıca incelenmeyecektir. Bir görüşe göre kanunkoyucunun 54. maddenin 4. fıkrasını ayrıca düzenlemesi gereksiz bir tekrardır. Zira, bir eşyanın üretimi, bulundurulması, kullanılması, alım satımı suç oluştuyorsa, fail bu eşya ile ya suç işlemiştir ya da işleyecektir. Suç işlemişse, bu tür eşya suçta kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya olarak; suç işleyecek ise suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadere edilecektir.¹⁷⁰ Ancak suçta kullanılmak üzere hazırlanmış olan bir eşya her zaman üretimi, bulundurulması, kullanılması, alım satımı suç olan bir eşya olmayabilir. Örneğin, 6681 sayılı Kanun’a göre silah sayılmayan bir çakı, kamu güvenliği açısından tehlikeli sayılacağından taşınması suç teşkil etmese de, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya olarak müsadere edilebilecektir. Bu tür tehlikelerin bertaraf edilmesi kolluğun önleme faaliyetleri arasında düzenlenebilir. Ancak, kişinin taşınması yasak olmayan bir çakı bıçağı nedeniyle verilen müsadere kararında “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan” ibaresinin bulunması bile kişinin suçsuzluk karinesini ihlal edici niteliktedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsadere si bir niyet okumadan ibaretken, üretimi, bulundurulması vb. suç teşkil etmek kanunilik ilkesine de uygun ve objektif bir kriterdir. Bu nedenle kanaatimizce kanundan çıkartılması gereken 54. maddenin 4. fıkrası değil, 1. fıkranın 2. cümlesidir.

¹⁶⁹ YCGK, E. 1997/219, K. 1997/242, 18.11.1997

¹⁷⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 763

SONUÇ

Eşya müsadere, işlenmiş olan bir suç nedeniyle ve söz konusu eşyanın bu suça katkı sağlamış olmasına veya suçtan elde edilmiş olmasına dayanarak mahkeme kararıyla malikinden alınıp devlet hazinesine geçirilmesidir. 5237 sayılı TCK’da her ne kadar güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş ise de gerek *ratio legis*ine ve gerek etkisine bakıldığında müsadere ceza yönü ağır basan bir yaptırım türüdür. Kaldı ki güvenlik tedbiri olduğu görüşü kabul edilse dahi eşyanın suçla bağlantısının kurulmasından vazgeçilemez. Nitekim, güvenlik tedbirleri de ancak bir suçun varlığının ispatı halinde ceza yerine veya ceza ile birlikte uygulanan ceza hukuku yaptırımlarıdır. Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin 38. Maddesi uyarınca da genel müsadere cezası verilemez.

Eşya ile suç arasında bağlantının kurulmaması, müsadereyi esasında evrensel bir yasak olan genel müsadere haline getirir. Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleme, bu bağlantının kurulabildiği suçta kullanılan, suçtan meydana gelen eşya ile bizzatı suç oluşturan eşya bakımından sağlanmaktadır. Buna karşın “suçun işlenmesine tahsis edilen eşya” ile “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya” kavramları güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olan belirlilik ilkesine uygun değildir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak bakımından tehlikeliliğinin aranması da eşyayı belirli hale getirmekten öte ceza hukuku yaptırımlarını suç öncesine çekerek temel haklar bakımından ihlale daha açık hale getirmektedir. Bu itibarla suçla, kanunda belirtildiği biçimlerde bağlantısı bulunmadıkça, barışçıl gösterilerde kişilerin üzerinde bulunan buff, yüzücü gözlüğü, baret ve gaz maskeleri gibi şeyler tek başlarına herhangi bir suçun işlendiğine dair delil olmayacakları gibi suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlandığından da bahsedilemeyecektir. Kaldı ki, bunlar kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlikeli de olmadıklarından müsadere edilemezler.

Uygulamada kanundaki kavramlara dahi dayanılmaksızın sadece “aracın müsadere” gibi genel geçer ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Mevzuatta suça tahsis edilme ile suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya kavramlarının belirsizliğine, mahkemelerin bu konuda vermiş olduğu kararlardaki istikrarsızlığı da eklediğimizde belirtmeliyiz ki, genel olarak eşya müsadere, kapsamının belirlenmesi güçleşmektedir. Oysa müsadere, bir yaptırım olması ve hukuk devletinin gereği olarak belirlilik ilkesine tabi olması, kanundaki ifadelerin yeknesak bir uygulamayı

sağlayacak biçimde yorumlanmasını gerektirir. Failin üzerinde, yanında, evinde veya işyerinde bulunan herhangi bir eşyanın suçla bağlantısı kurulmadan müsadere hukuka aykırı olur. Bu bağlantının da somut dayanakları bulunmalı ve müsadere kararında da bu dayanaklara yer verilmelidir. Bu nedenle kanunda öngörülen bağlantı biçimlerinin içeriği objektif biçimde doldurulmalıdır.

Sonuç itibarıyla, hem belirlilik ilkesi gereği hem de genel müsadereye varabilecek yorum ve uygulamaların önüne geçmek amacıyla, kanundaki “suça tahsis edilme” ibaresinin objektif unsurlara bağlanarak belirli hale getirilmesi; “suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan tehlikeli eşya”nın müsaderesinin ise henüz bir suç işlenmediği aşamaya ceza hukuku yaptırımını öngördüğü için kanundan çıkartılması gerektiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin, 2009.
- ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- AYDIN Öykü Didem, Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 1993.
- BAKICI Sedat, **5237 Sayılı Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, 2007.
- BAYTAZ Batuhan, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2023.
- DARAGENLİ EVİK Vesile Sonay, **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 1, 14. Basım, İstanbul, 1997.
- DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982, s. 254.
- DÜLGER İbrahim, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Konya, 2009.
- EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Cilt 1, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993.
- EREM Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, cilt 2, 12. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.
- EVİK Vesile Sonay, **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- GEDİK Doğan, Kaçak Eşya Naklinde Kullanılan Taşıtlara Elkoyma ve Müsadere, **Yargıtay Dergisi**, 2022, s. 381-434.
- GEDİK Doğan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Müsadere Usulü, **Adalet Dergisi**: 2006, C.97, s. 26.
- GİYİK Abdalbaki, Eşya Müsaderesinin Olumsuz Koşulu: Eşyanın İyiniyetli Üçüncü Kişiye Ait Olmaması, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, Haziran 2024, MÜHF-HAD, ss. 86-132
- GÖKÇEN Ahmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara, 1994.
- GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt I (Madde 1-124), 5. Basım, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 2013.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, 1987.

- HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, USA Yayıncılık, 2011.
- İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2025.
- KABOĞLU İbrahim, **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2024.
- MAJNO, **Ceza Kanununun Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, Cilt I, Yargıtay Yayınları, No. 3, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- MALKOÇ İsmail, **Açıklamalı, İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza kanunu Madde (1-187)**, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, 1999.
- OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsadere-si”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 2021 (153), s. 169-185
- ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 3, İstanbul, Beta Yayınevi, 1989.
- ÖZBEK Veli Özer, **Müstehcenlik Suçu: (TCK, m. 226)**, Seçkin, Ankara, 2009.
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR M. Nihat/BACAŞIZ Pınar vd., **Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.
- ÖZCAN Onur, “Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.
- ÖZDEN Nurten Kübra, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi** 2023/2, s. 1058-1086.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2005.
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- PRADEL Jean, “Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé “, **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 11.3, December 2007
- SOYASLAN Doğan, Kriminoloji: **Suç ve Ceza Bilimleri**, İstanbul, Yekin Yayınları, 2003.
- SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Haziran, 2014.
- SÖZÜER Adem, “Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı”, **İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi**, Cumhuriyetin 80. Yılına Armağan, 2003, S. 36, ss. 397-406.
- SÖZÜER Adem, Organize Suçlulukla Mücadelede Ceza Hukuku Tedbirleri, İstanbul Üniversitesi, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 2000.

- SÖZÜER Adem, **Suç Teşebbüs**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994.
- ŞEN Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu: Cilt I (Madde 1-Madde 140)**, İstanbul, 2006.
- TAN Mehmet, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2011.
- TANÖR Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.
- TEKİNSOY, Özge Okay **İdare Hukukunda Kamu düzeni Kavramı**, XII Levha Yayıncılık, 2011.
- TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2005.
- TOZMAN Önder, “Suç Teşebbüs”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, **Köksal Bayrakta’a Armağan**, ed. Eric Hilgendorf-Yener Ünver, İstanbul 2010, s. 177- 203.
- TOTAL Kamber Ozan, Mülkiyet Hakkının Ceza Hukuku Yoluyla Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019.
- UYGUN Oktay, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. 2, Adalet Yayınevi, 2010.
- YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- YILMAZ Zekeriya, **Teori ve Uygulamada Müsadere**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

ÇOCUK ADALETİ SİSTEMİNDE SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA YÖNELİK DENETİMLİ SERBESTLİK KARARLARININ İNFAZI^(*)

Öğr. Gör. Dr. **Burcu GÖRKEMLİ^(**)**

Öz: Suça sürüklenen çocukların korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması asıl olduğundan çocuklar, ceza adaleti sistemi içerisinde yetişkinlerden farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadırlar. Suça sürüklenen çocukların risk ve ihtiyaçları belirlenerek ihtiyaçlarına uygun denetimli serbestlik çalışmalarının yapılması, çocukların ıslahı ve yeniden topluma kazandırılmalarında önemli bir yere sahiptir. Denetimli serbestlik uygulamalarında aile görüşmeleri, okul ve suça sürüklenen çocuk ile etkileşim halinde olan diğer kurum ve kuruluşların temsilcileriyle yapılan görüşmeler ve iş birliği çalışmaları, çocukların rehabilitasyonunda etkili olmaktadır. Çocuk suçluluğu, büyük ölçüde çocuğa uygun suçsuz sosyal rol modellerinin sunulmamasının veya çocuğa ihtiyaçlarına uygun sosyal rolleri kabul etmesini sağlayacak sosyal kontrol biçimlerinin kazandırılmamasının sonucudur. Çocuk suçluluğuna neden olan faktörler arasında bireysel özellikler, aile dinamikleri, akran etkileşimleri, sosyal çevre, sosyoekonomik koşullar ve kültürel normlar dahil olmak üzere çok çeşitli etkiler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Suça Sürüklenen Çocuk, Denetimli Serbestlik, Ceza Adaleti, Rehabilitasyon, Çocuk Suçluluğu.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 14.06.2025.

^(**) Erciyes Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Ceza İnfaz ve Güvenlik Hizmetleri Programı Öğretim Görevlisi, Kayseri - Türkiye,
E-posta: burcugorkemli@erciyes.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4953-3700>.

EXECUTION OF SUPERVISED RELEASE DECISIONS AGAINST CHILDREN DRIVED INTO CRIME IN THE JUVENILE JUSTICE SYSTEM

Abstract: Since the protection of children who are dragged into crime and the assurance of their rights and well-being are essential, they are subject to a different assessment than adults within the criminal justice system. Determining the risks and needs of children who are dragged into crime and conducting probation studies appropriate to their needs has an important place in the rehabilitation and reintegration of children into society. In probation practices, family interviews, meetings with representatives of schools and other institutions and organizations that interact with children who are dragged into crime, and collaborative efforts are effective in the rehabilitation of children. Juvenile delinquency is largely the result of not providing the child with appropriate innocent social role models or not providing the child with forms of social control that will enable them to accept social roles appropriate to their needs. The factors that cause juvenile delinquency include a wide range of influences, including individual characteristics, family dynamics, peer interactions, social environment, socioeconomic conditions, and cultural norms.

Keywords: Child Dragged Into Crime, Probation, Criminal Justice, Rehabilitation, Juvenile Delinquency.

GİRİŞ

Suça sürüklenen çocukların fiziksel, zihinsel ve psikolojik olgunluk gelişim süreçlerinde ölçüsüz ve orantısız cezai uygulamalardan korunabilmeleri için çocuklara, çocuk suçluluğunun kendine özgü yapısına uygun ilgi ve muamelede bulunulması asıl olmalıdır. Zira çocuk adaleti sisteminin oluşturulmasının temel amacı, suça sürüklenen çocukların yetişkinlerden farklı bir düzen içinde rehabilitasyonlarının sağlanarak yüksek yararlarının gözetilmesi, korunması ve tekrar suça yönelmemeleri için gerekli önlemlerin temin edilmesidir¹.

Çocuk suçsuzluğunun sağlanmasında en etkili yöntemin; çocuğun şahsî, sosyal ve duygusal durumu, okul ve arkadaş çevresi, aile yaşantısı göz önünde bulundurularak yapılan rehberlik ve iyileştirme çalışmaları olduğu bir gerçektir. Çocuk ceza adaletinde ceza, kendi başına bir amaç olmadığından eğitici müdahaleye ilişkin bir araç olarak nitelendirilmektedir². Bu durumun çocuk ceza adaleti sistemindeki karşılığı çocuklara yönelik alınan denetimli serbestlik kararı ve tedbirleridir. Denetimli serbestlik sistemi toplum temelli bir anlayışa dayalı bir şekilde düzenlendiğinden suça sürüklenen çocuğun uyumsuz davranışları toplum içinde törpülenmekte ve rehabilitasyonu sağlanabilmektedir.

Çalışmamızda, suça sürüklenen çocuk ve denetimli serbestlik kavramlarını ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Suça sürüklenen çocuklara yönelik denetimli serbestlik kararlarının infazı anlatılarak adli kontrol kapsamında denetimli serbestlik uygulamaları, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin uygulamalar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kapsamındaki denetimli serbestlik tedbirine ilişkin uygulamalar, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar kapsamındaki denetimli serbestlik tedbirine ilişkin uygulamalar, hapis cezasının ertelenmesi halinde hükmedilen yükümlülükler kapsamındaki denetimli serbestlik tedbirine ilişkin uygulamalar,

¹ ERYALÇIN Münevver/ DUYAN Veli, **Suça Sürüklenen Çocuklar ve Gençler**, 1. Bası, Yeni İnsan, İstanbul, 2016, s. 27; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24 Ocak 2017 tarihli, 60367/08, 961/11 başvuru no.lu Khamtokhu ve Aksenchik/ Rusya kararına göre, "Suça sürüklenen çocukların, ömür boyu hapis cezasından muaf tutulması Sözleşme'ye taraf olan devletlerin hepsinin hukuk sistemlerinde ortak olan bir yaklaşımın yansımasıdır ve uluslararası standartlarla uyum içerisindedir. Mahkeme, işlenen suç ne kadar ağır olursa olsun, genç suçluların eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmasında, zihinsel ve duygusal olgunluğa ulaşmamalarının, kişiliklerinin işlenebilirliğinin ve rehabilitasyon yetilerinin dikkate alınması gerektiği kanaatindedir." Bkz. <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/khamtokhu-ve-aksenchik-rusya> (Erişim Tarihi: 22.05.2025).

² DEMİR Cansu Selmin, "Çocuk Ceza Adaletinde İnfaz Sorunları", **Suç ve Ceza Dergisi**, S. 1, 2019, ss. 45-69, s. 52.

hapis cezasının konutta infazı kapsamındaki denetimli serbestlik tedbirine ilişkin uygulamalar ve elektronik izleme uygulamasının suça sürüklenen çocuklar bakımından uygulanması üzerinde durulmuştur.

I. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK KAVRAMI

Çocuk suçluluğu giderek artan bir endişe kaynağıdır. Birçok çocuk suçlu ceza adaleti sistemi içerisinde bir denge gerektiren halk sağlığı yaklaşımına yol açan karmaşık ihtiyaçlara sahip kurbanlardır. Bu bağlamda “*çocuk*”, cezai sorumluluk için asgari yaştan üzerinde olması nedeniyle yasal olarak bir suç işleyebilecek durumda olan, ancak bir kişinin kanunlar çerçevesinde yetişkin olarak kabul edildiği cezai reşitlik yaşının altında olan bir bireyi ifade etmektedir³.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun (ÇKK) 3’üncü maddesine göre çocuk, “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 1’inci maddesinde çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı vurgulanmıştır.

Çocuklar, korunmaya muhtaç olanlar ve suça sürüklenenler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır⁴. Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocuk “*korunma ihtiyacı olan çocuk*” olarak tanımlanırken; kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk “*suça sürüklenen çocuk*” şeklinde tanımlanmaktadır (ÇKK m. 3/1). Bir başka ifade ile suça sürüklenen çocuk, “*Bir yandan ailesinin ve içinde yaşadığı toplumun içinde barındırdığı düzensiz yaşantıların bedelini öderken öte yandan içinde yaşadığı topluma bedel ödeten kişi*”⁵ olarak ifade edilmektedir.

³ YOUNG Susan/ GREER Ben/ CHURCH Richard, “Juvenile Delinquency, Welfare, Justice and Therapeutic Interventions: A Global Perspective”, **BJPsych Bulletin**, C. 21, S. 1, 2017, ss. 21-29, s. 21.

⁴ KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s. 675.

⁵ KURUCA Muhammet Yunus/ Mamur Işıklı Yasemin, “Türkiye’de Çocuk Mahkemelerinin Kurulmasına Yönelik Kamu Politikası Analizi”, **Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 4, 2022, ss. 48-70, s. 50.

Bir davranış biçimi olan “suçluluk”, toplumda genel kabul görmüş davranış normlarından sapma veya kötü davranış şeklidir⁶. Suçluluk, bir yargı bölgesinden diğerine farklılık gösteren mevzuata tabi olan ve zaman içinde kanuni değişikliklere uğrayabilen çok çeşitli davranışları kapsamaktadır⁷. Çocuklarca işlenen suçlar yetişkinlerin işlediği suçlardan birçok açıdan farklılık göstermektedir. Çocuk suçluluğunun sadece hukuksal bir problem olmadığı aynı zamanda psiko-pedagojik ve sosyal bir olgu olması söz konusudur⁸. Yetişkin suçluluğundan farklı olarak çocuk suçluluğu, kişiliğin oluşma aşamasını da içermektedir⁹. Bu bağlamda 29 Kasım 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standartlar Kuralları (Pekin Kuralları) çocuğu, “*Mevcut hukuk sistemi içinde işleyebileceği bir suçtan dolayı kendisine büyük insanlardan farklı davranılması gereken kişi*”¹⁰ olarak tanımlamaktadır.

Çocuklar en büyük ulusal varlık ve kaynaktır. Çocuklar özverili ve suçsuz doğmakla birlikte suçu onlara aşıl原因an toplumdur. Çocukların suçsuz bir zihinle büyümeleri için uygun büyüme ve gelişimin sağlanması yanı sıra çocuklara, kaynaklara erişim hususunda eşit fırsat ve sağlıklı bir atmosferin sunulması gerekir. Çocuk suçluluğu, büyük ölçüde çocuğa uygun suçsuz sosyal rol modellerinin sunulmamasının veya çocuğa ihtiyaçlarına uygun sosyal rolleri kabul etmesini sağlayacak sosyal kontrol biçimlerinin kazandırılmamasının sonucudur. Çocuk suçluluğuna neden olan faktörler arasında bireysel özellikler, aile dinamikleri, akran etkileşimleri, sosyal çevre, sosyo-ekonomik koşullar ve kültürel normlar dahil olmak üzere çok çeşitli etkiler yer almaktadır¹¹.

Çocuk suçluluğuna sebep olan bireysel faktörlerin bir kısmı biyolojik olup genetik yatkınlıklar, doğum öncesi maruziyetler ve davranış bozukluğuna sebep olabilecek nörolojik durumları kapsamaktadır. Psikolojik faktör

⁶ BHAGAT Sadaf/ BHAGAT Punam Kumari, “Juvenile Delinquency: A Critical Analysis, *International Journal of Research and Analytical Reviews*, C. 6, S. 1, 2019, ss. 257-263, s. 257.

⁷ YOUNG ve diğ., s. 21.

⁸ ERYALÇIN/ DUYAN, s. 13.

⁹ ERYALÇIN/ DUYAN, s. 13.

¹⁰ https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2025).

¹¹ FAROOQ Asif/ WANİ Gulshan, “Juvenile Delinquency: A Global Challenge in Modern Society”, *International Journal of Psychosocial Rehabilitation*, C. 24, S. 10, 2020, ss. 8532-8537, s. 8532, 8533.

olarak ruh sağlığı, suç işlemede önemli bir role sahiptir. Davranış bozukluğu, dikkat eksikliği, hiperaktivite bozukluğu ve ruh hali bozuklukları gibi haller dürtüsel ve antisosyal davranışlara sebep olabilmektedir. Ayrıca düşük empati ve sansasyon arama eğilimleri gibi kişilik özellikleri çocuğun suç işleme olasılığını artırabilmektedir. Zayıf karar verme becerileri, duygulanım düzenlemede zorluk ve dürtü kontrolü eksikliği suçu işlemeye etki eden davranışsal faktörlerdir¹².

Çocuk suçluluğunda etkili olan aile faktörleri arasında ebeveynlik tarzı, aile yapısı ve aile dinamikleri yer almaktadır. Tutarlı disiplin, olumlu pekiştirme ve duygusal destek deneyimleyen çocukların suç işleme olasılıkları düşük olmaktadır. Tersine, yetersiz denetim, sert disiplin veya ihmal suç işleme olasılığını artırabilmektedir. Aile birimi içindeki istikrarsızlık (tek ebeveynli haneler, ebeveynlerin boşanması, hapis nedeniyle ebeveynlerin evde olmaması vb.) bir çocuğun güvenlik duygusunu bozabilmekte ve çocuk dış etkilere karşı savunmasız hale gelebilmektedir. Aksine açık iletişim, çatışma çözme ve karşılıklı saygı ile karakterize edilen sağlıklı aile dinamikleri olumlu davranışı ve dış stres faktörlerine karşı dayanıklılığı teşvik etmektedir¹³.

Ergenlik döneminde akranlar davranışları şekillendirmede önemli bir rol oynamaktadır. Suçlu akranlarla ilişki kurmak, riskli davranışlarda bulunma ve suç faaliyetlerine katılma olasılığını artırmaktadır. Yüksek yoksulluk seviyelerine ve sınırlı fırsatlara sahip topluluklar ekonomik sıkıntı, sosyal düzensizlik ve suça maruz kalma gibi faktörler nedeniyle daha yüksek suç oranları yaşayabilmektedir. Okuldan kopuk hisseden veya akademik başarısızlık yaşayan öğrenciler de suçlu davranışa daha yatkın olabilmektedir. Bunun yanında gençler veya bakmakla yükümlü olanlar bakımından istihdam fırsatlarının eksikliği, finansal istikrarı azaltmaktadır. Bireyler ihtiyaçlarını karşılamak veya finansal sıkıntıyı hafifletmek için yasadışı yollara başvurabilmektedir¹⁴.

¹² FAROOQ/ WANİ, s. 8533.

¹³ FAROOQ/ WANİ, s. 8533.

¹⁴ FAROOQ/ WANİ, s. 8534.

II. DENETİMLİ SERBESTLİK KAVRAMI

Denetimli serbestliğin amacı,

“belirli bir suçu işlemiş olmakla birlikte, rehabilitasyonu mümkün görülen suç faillerinin cezaevinin olumsuz etkilerinden uzaklaştırılarak, belirlenen bazı yükümlülükler ve şartlar altında bir görevli tarafından etkin bir şekilde denetlenmesi, bu süreçte yapılacak maddi, manevi yardım ve destek faaliyetleriyle topluma yeniden uyumlarının sağlanmasıdır.”¹⁵

Denetimli serbestlik, ceza ve güvenlik tedbirleri niteliğinde bağımsız bir yaptırım türü değildir¹⁶. Bu yaptırımları tamamlayıcı özellikte olan denetimli serbestlik, ceza hukukunda bireyselleştirmenin zorunluluğuna dayanan, kişinin özgürlük içinde ve ait olduğu sosyal çevrenin şartlarından ayrılmaksızın rehabilitasyonunu mümkün kılan tedbirlerin uygulanmasını ifade eden kendine özgü bir kurum olarak tanımlanmaktadır¹⁷. 20 Ocak 2010 tarihli, Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Konseyi Denetimli Serbestlik Kurallarına İlişkin CM/REC(2010)1 No.lu Tavsiye Kararı’nda¹⁸ denetimli serbestliğin, kanunda tanımlanan ve bir hükümlüye verilen yaptırımların ve tedbirlerin toplumda uygulanmasına ilişkin bir kurum olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda denetimli serbestlik, hükümlünün sosyal katılımını ve ayrıca toplum güvenliğine katkıda bulunmayı amaçlayan denetimi, rehberliği ve yardımı içeren bir faaliyet ve müdahale yelpazesini içermektedir.

Denetimli serbestlik salt bir yaptırım türü olmadığı gibi salt bir infaz kurumu da değildir. Kişinin bir suç isnadı dolayısıyla kollukla karşı karşıya gelmesiyle başlayıp, cezanın infazının tamamlanması sonrasındaki yardım hizmetlerine kadar geniş bir uygulama alanı bulan denetimli serbestlik içeriğinde; denetleme, rehberlik ve destek kavramlarını barındıran bir ceza adaleti kurumudur¹⁹.

Daha geniş bir anlatımla denetimli serbestlik,

“Psiko-sosyal yardım yöntemlerinin uygulanması yoluyla suçlunun sorunlarını olumlu bir şekilde çözümlemesine engel olan zorlukların giderilmesine, çevresine uyum sağlamasına, sosyal ve hukuksal sorumluluk-

¹⁵ YAVUZ Hakan A., **Denetimli Serbestlik**, Temel Hukuk Dizisi, 2. Bası, Seçkin, 2021, s. 30.

¹⁶ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 703.

¹⁷ YAVUZ, 2021, s. 28.

¹⁸ https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151805AB_DS_kurallari_turkce.pdf, (Erişim Tarihi: 28.05.2025).

¹⁹ YAVUZ, 2021, s. 28;

larını yerine getirmesine yönelik rehberlik hizmetleri sağlanmasına yardımcı olmak amacıyla, ceza adalet süreci içerisinde suçlunun yargılama makamları tarafından belirlenecek bir süre içerisinde mümkün olduğu kadar toplumdan koparılmadan ve hürriyeti kısıtlanmadan ıslah olmasına, işlediği suçtan toplumun ona ve kendisinin topluma olan saygısını ve güvenini yitirmeksizin ibra olmasına olanak sağlayan, aynı zamanda suç mağdurlarını da bu sürecin bir parçası olarak görüp, onların sorunlarını da dikkate alıp çözümler arayan bir ceza adalet yöntemidir.²⁰”

Bir suçluya toplumun normal bir üyesi olma şansını veren denetimli serbestlik, suçluyu suç faaliyetlerinden daha fazla kaçınma taahhüdüyle hakkında hükmedilen cezayı askıya alarak normale döndürme faaliyetidir²¹. Bu yönüyle denetimli serbestlik yargısal uyarı mahiyeti taşımaktadır²². Devletin, ıslah olabilecekleri inancıyla suçlu kimselere belirli koşullar altında kefil olması anlayışıyla ilerleyen denetimli serbestlik sisteminde ceza adaleti, insancıl değerler üzerinden sürdürülmeye çalışılmaktadır²³.

Türk denetimli serbestlik sistemi 2005 yılında yürürlüğe giren temel ceza mevzuatlarında toplum içinde infazı öngörülen yaptırımlar ve tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla ceza adaleti sistemi içerisinde uygulanmaya başlanmıştır.

III. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA YÖNELİK DENETİMLİ SERBESTLİK KARARLARININ İNFAZI

Suçtan hüküm giymiş bir bireyin cezalandırılması büyük ölçüde üç temel husus tarafından yönlendirilir: ceza, caydırma ve rehabilitasyon. Çocuk suçluluğu söz konusu olduğunda en çok rehabilitasyon ilkesine ağırlık ve-

²⁰ YAVUZ Hakan A., “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Genel Görünümü Üzerine”, **Adalet Dergisi**, S. 42, 2012, ss. 58-75, s. 60. YAVUZ’a göre, “Denetimli serbestliğin Türk ceza adalet sisteminde; bir tür bağımsız yaptırım niteliğinde olmadığı, alternatif mahiyette bir yaptırım anlamına da gelmediği, genel olarak yaptırımlara ilişkin bir infaz rejimi niteliğinde de olmadığı, bununla birlikte toplum içerisinde infazı öngörülen yaptırım, yükümlülük ve tedbirlerin kurumsal bir organizasyon eliyle belirli bir planlama doğrultusunda yerine getirilmesini amaçlayan, ayrıca suç failleri ve suçtan zarar gören kimselerin ihtiyaç duydukları; rehberlik, psiko-sosyal yardım ve yardımın sağlanmasına hizmet eden toplum temelli bir uygulama olduğu, bu özellikleri itibarıyla de infaz sistemini tamamlayan bir ceza adalet kurumu olduğu ifade edilebilir.” Bkz. YAVUZ, 2012, s. 70.

²¹ KHAN Muhammad Saeed/ ANWAR Maqsood/ AFZAL Afzaal, “Effectiveness of Probation System and Community Correctional Services in Pakistan”, **Current Trends in Law and Society**, C. 4, S. 1, 2024, ss. 11-18, s. 11.

²² KHAN ve diğ., s. 11.

²³ YAVUZ, 2012, s. 72.

rilmektedir. Ceza adaleti sistemi içinde çocuklara yönelik özel bir değerlendirme yeni bir kavram değildir. Roma hukukunda, “*doli incapax ilkesi*”, suç işlemek için gereken kapasite ve anlayış eksikliği varsayımı nedeniyle küçük çocukları kovuşturmadan korumuştur²⁴. Devletlerin bir kısmı, çocuğun işlediği suçla ve kişiliğiyle bağlantılı, onun rehabilitasyonuna katkı sağlayan ihtiyaçlarına, tanı ve tedavisine odaklanan bir “*refah modeli*”²⁵ benimserken; devletlerin diğer bir kısmı hesap verilebilirliği ve cezayı vurgulayan bir “*adalet modeli*”²⁶’ni tercih etmektedir²⁷.

Çocuk suçluluğu önemli bir sorundur ve ulusun toplumsal düzeni için zararlıdır. Çocuklardaki suç eğilimi, gelecekteki yaşamlarında alışkanlık haline gelmiş suçlulara dönüşmemeleri için zamanında dizginlenmelidir. 20 Kasım 1989 tarihli, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 40’ıncı maddesinin dördüncü fıkrası gereğince,

*“Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır.”*²⁸

²⁴ YOUNG ve diğ., s. 22.

²⁵ Savaşçı Temiz’e göre, “Refah yaklaşımı olarak tanımlanan rehabilitasyon modeline göre çocuk suçluluğu toplumsal ve bireysel etkilerin bir sonucudur, çocuk adalet sisteminin hedefi suça sürüklenen çocukların iyileştirilmesi olmalıdır. Paternalist düşünceye göre çocuklar rasyonel karar verme yetisine henüz ulaşamadıkları için tercihler onların yerine yetişkinler tarafından yapılmalıdır. Paternalizmi temel alan rehabilitasyon modeli de çocukların gelişimlerinin devam ettiği bilgisinden yola çıkarak onları korumak için çocukların yaşamına müdahale edilmesini savunur. Bu yaklaşımda çocuğun psiko-sosyal ve ekonomik koşullarını anlamak, çocukların uyumlu ve üretken yetişkinler olarak toplumla bütünleşmesini sağlamak amaçlanmaktadır. Çocuğun cezalandırılması değil, ihtiyaçlarına göre geniş bir hizmetler ağından yararlandırılması mümkün kılınmalıdır. Bu modelin merkezinde çocuğun zihinsel, fiziksel ve sosyal ihtiyaçları bulunmaktadır, amaç çocuğu yargı sisteminin içerisine sokmaksızın rehabilitasyon işlemlerinin sağlanmasıdır.” Bkz. SAVAŞÇI TEMİZ Bilgehan, “Çocuk Ceza Adaleti İlkeleri Çerçevesinde 12-15 Yaş Arası Çocukların Cezai Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2023, ss. 244-259, s. 247.

²⁶ Savaşçı Temiz’e göre, “Adalet yaklaşımına göre çocuklar usule dayalı güvenceler ile ve yasal işleme tabi olarak daha etkin bir şekilde korunabilir. Çocuklarda yetişkinler gibi irade sahibidir ve bu nedenle kanunu ihlal ederek suç işlediklerinde gereken ceza ile cezalandırılmalıdır³¹. Bu yaklaşımda çocuk bakımından suç sayılan fiillerin kapsamı dar tutulmalı, muğlak ve belirsiz suç tanımlarından kaçınılmalı ve mutlak surette çocuğun temel hak ve özgürlükleri korunmalıdır³². Adil yargılanma, mağdur hakları, bireysel cezai sorumluluğun tespiti gibi kavramlar bu yaklaşımda ön plana çıkmaktadır.” Bkz. SAVAŞÇI TEMİZ, s. 247, 248.

²⁷ YOUNG ve diğ., s. 22.

²⁸ <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarina-dair-sozlesme>, (Erişim Tarihi: 27.05.2025).

Çocuk suçsuzluğunun sağlanmasında en etkili yöntemin; çocuğun şahsî, sosyal ve duygusal durumu, okul ve arkadaş çevresi, aile yaşantısı göz önünde bulundurularak yapılan rehberlik ve iyileştirme çalışmaları olduğu bir gerçektir. 14 Aralık 1990 tarihli, Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları'nın (Havana Kuralları) 1'inci maddesinde²⁹ belirtildiği üzere, çocuk ceza adaleti sistemi çocukların haklarının ve güvenliğinin lehinde davranarak onların fiziksel ve ruhsal sağlıklarına destek olmalıdır. Ayrıca bir çocuğun hapsedilmesinin başvurulabilecek en son tedbir olduğu da vurgulanmaktadır. Bu durumun çocuk ceza adaleti sistemindeki karşılığı çocuklara yönelik alınan denetimli serbestlik kararı ve tedbirleridir.

Denetimli serbestlik altına alınan çocuk, *“Haklarında denetimli serbestlik kararı verilen, denetim altına alınan veya tedbir kararı verilen ve denetimli serbestlik müdürlüğünce toplum içinde denetim, takip ve iyileştirilmesi yapılan şüpheli çocuk, suça sürüklenen çocuk veya hükümlü çocuk”*³⁰ olarak ifade edilmektedir. Denetimli serbestlik kurumunun en etkin işlevi, suça sürüklenen çocuklar bakımından kendini göstermektedir. Ceza infaz kurumunda, örgün eğitim hakkından faydalanamamış, ailesi ile görüşmesi sınırlandırılmış, yeniden sosyalleşmede sorun yaşamış bir çocuğun denetimli serbestlik hizmetlerinden de yararlanamaması suç ile yeniden ilişki kurmasına neden olabilmektedir³¹.

Haklarında denetimli serbestlik kararına hükmedilen suça sürüklenen çocukların yüksek yararı gözetilerek ve belirlenen ihtiyaçları doğrultusunda bireysel görüşme, grup çalışması, seminer, kurs, mesleki eğitim faaliyetleri, boş zamanların yapılandırılmasına ilişkin çalışmalar olmak üzere çeşitli faaliyetler gerçekleştirilmektedir. Denetimli serbestlik sürecinde diğer kurumlar ve sivil toplum kuruluşları ile iş birliği yapılmaktadır. Barınma gibi imkanlar sağlanılarak çocukların tehlikeli sosyal çevrelerinden uzaklaştırılmaları, eğitim ve öğretimlerine devam edebilmeleri mümkün olmaktadır³². Ayrıca ailesi ve sosyal çevresiyle etkileşim sağlanarak suça sürüklenen çocuğun iyileşmesine yardımcı olunmaktadır³³.

²⁹ <https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/23102020131541HAVANA%20KURALLARI.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.05.2025).

³⁰ ERYALÇIN/ DUYAN, s. 15.

³¹ DEMİR, s. 64.

³² CİHAN Erol/ Cankurt Ezgi/ Kitapçıoğlu Tülay, “Denetimli Serbestlik”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 3, Haziran 2016, ss. 51-75, s. 53.

³³ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Çocukların Adalete Erişim Hakkı Raporu, Ankara, 2022, https://cocuk.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/TIHEK%202022%20RAPOR%20TG_web.pdf, (Erişim Tarihi: 29.05.2025).

A. Adli Kontrol Kapsamında Denetimli Serbestlik Uygulamaları

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) “Koruma tedbirleri” başlıklı birinci kitabının, dördüncü kısım ve üçüncü bölümünde yer alan 109’uncu maddesi gereğince, “Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100’üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.” 31655 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nin (DSHY) 55’inci maddesinde adli kontrol, “Şüpheli veya sanığın tutuklanması yerine bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutularak, toplum içinde denetimini öngören bir koruma tedbiri” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu bağlamda adli kontrol,

“Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması ve şüpheli/ sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı halinde veya şüpheli/ sanığın davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme şüphesinin bulunması veya tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması ihtimalinin mevcut olduğu durumlarda yetkili mercilerin alacağı bir kararla, şüpheli/ sanığın kanunda öngörülen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içeren tedbirlerdir.”³⁴

Tutuklama, “Suç işlediğine dair hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişinin özgürlüğünün kesin hükümden önce hakim kararı ile geçici olarak kaldırılmasıdır.”³⁵ Peşin cezalandırma biçimi olarak uygulanan tutuklama koruma tedbirinin dezavantajlarının başında, tutuklu kişinin toplum tarafından suçlu ilan edilerek hemen damgalanması ve tutuklu yargılanmanın neticesinin beraat olması halinde ise tutuklu kimsenin yok yere özgürlüğünden mahrum kalması yer almaktadır.

Tutuklama yerine uygulanacak olan adli kontrolde, ilgiliyi özgürlüğünden alıkoymadan gözlemeyi ve denetlemeyi mümkün kılan tedbirlere yer verilmektedir. Böylelikle kişinin kaçma riski azaltılırken özgürlüğünden tümü ile mahrum kalmanın zararları da yaşanmamaktadır³⁶. Suç şüphesi al-

³⁴ TEKİN Abdurrahman, “Adli Kontrol Tedbirleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 8, S. 32, 2017, ss. 283-313, s. 284.

³⁵ ŞAHİN Cumhur/ GÖKTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 10. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 296.

³⁶ ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 315.

tında olan kişilere adli kontrol tedbirinin uygulanması, tutuklamanın kişilerin üzerinde meydana getirdiği hayatı sekteye uğratan ve suçsuzluğu anlaşıldığı takdirde oluşabilecek telafisi güç zararların ortadan kaldırılmasını sağlar³⁷. Zira ölçülülük ilkesi de bunu gerektirmektedir³⁸.

Türkiye mevzuatında suça sürüklenen çocukların tutuklanması, son çare tedbiri olarak öngörülmektedir. ÇKK'nın 20'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere adli kontrol tedbirlerinden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda suça sürüklenen çocuklar hakkında tutuklama kararı verilebilecektir. Bu doğrultuda olmak üzere AİHM bir kararında,

“Sulh ceza hâkimi, CMK'nın 100'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca tutuklama kararı verebilmektedir. Bununla birlikte, tutukluluk koşulları bir araya gelse bile, hâkim her durumda, adli kontrol gibi, iç hukuk tarafından öngörülen daha az katı tedbirlerin uygulanmasını da öngörmelidir. Bu gereklilik, küçüklerin tutuklanmasına ilişkin olarak daha belirgindir. Oysa tutuklama kararında sulh ceza hâkimi tarafından ileri sürülen gerekçeler, tutukluluk tedbirinin - başvuranın yaşı bakımından - özellikle iç hukukun gerektirdiği üzere, son çare olarak kullanıldığının düşünülmesine imkân vermemektedir. 19 Ocak 2010 tarihli karar değerlendirdiğinde, başvuranın tutuklanmasına karar veren hâkimin öncelikle tutukluktan başka tedbirleri öngördüğü anlaşılmamaktadır. Sonuç olarak, Mahkeme, 13 yaşında bir küçüğün tutuklanmasının, bilhassa iç hukuk tarafından öngörülmesine rağmen alternatif tedbirlerin somut olayda öngörülmediği dikkate alındığında, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası anlamında yasaya uygun olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmaktadır.”³⁹

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında ÇKK'nın 20'nci maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturma evrelerinde adli kontrol tedbiri olarak CMK'nın 109'uncu maddesinde ve ÇKK'nın 20'nci maddesinde sayılan yükümlülüklerle hükmedilebilmektedir. Ancak denetimli serbestlik birimlerinin yerine

³⁷ TEKİN, s. 285, 286.

³⁸ ŞAHİN/ GÖKTÜRK'e göre, “Ölçülülük ilkesi gereğince, kişi özgürlüğü bakımından daha az etkileri olan adli kontrol tedbirleri ile aynı sonucu elde etmenin mümkün olduğu hallerde, kişi özgürlüğüne daha ağır bir müdahaleyi sonuçlayan tutuklamaya başvurmamak gerekmektedir.” Bkz. ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 315.

³⁹ AİHM'in 27 Şubat 2018 tarihli, 36475/10 başvuru no.lu Agit Demir/ Türkiye kararı, p. 44, 45. Bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/#/%22itemid%22:\[%22001-187692%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#/%22itemid%22:[%22001-187692%22]) (Erişim Tarihi: 22.05.2025).

getirilmesinden sorumlu olduğu yükümlülükler Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 12'nci maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

- CMK'nın 109'uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b), (c), (e), (j), (k) ve (l) bentlerinde öngörülen yükümlülükler:
 - Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak: Şüpheli veya sanığın kararda belirlenen yerlere, belirtilen aralıklarla düzenli olarak başvurmasını (DSHY m. 56/1-a),
 - Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak: Şüpheli veya sanığın müdürlük ya da bir başka kişi veya mercie, kararda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde çağrılmasını ve bu kişiye veya mercie gerektiğinde çalıştığı iş veya meslek uğraşı hakkında ya da devam etmekte olduğu eğitim hakkında bilgi vermesini ve bu konuda denetlenmesini (DSHY m. 56/1-b),
 - Tedavi veya muayene tedbirine uymak: Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek (DSHY m. 56/1-c),
 - Konutunu terk etmemek: Şüpheli veya sanığın yargı mercii tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin almaksızın terk etmemeyi (DSHY m. 56/1-ç),
 - Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek: Şüpheli veya sanığın yargı mercii tarafından belirlenen yeri veya yerleşim bölgesini mazereti olmaksızın veya izin almaksızın terk etmemeyi (DSHY m. 56/1-d),
 - Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek ya da ancak bazı yerlere gidebilmek: Şüpheli veya sanığın yargı mercii tarafından belirlenen yere veya yerleşim bölgesine mazereti olmaksızın veya izin almaksızın gitmemeyi ya da ancak bazı yerlere gidebilmesini (DSHY m. 56/1-e),

ifade etmektedir.

- ÇKK'nın 20'nci birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde öngörülen yükümlülükler:
 - Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak,
 - Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek,

- Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak: Yargı mercii kararında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde suça sürüklenen çocuğun belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamasını (DSHY m. 56/1-f), ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki; suça sürüklenen çocuklara yönelik adli kontrol kararlarının yerine getirilmesinde çocuğun ailesi veya sosyal çevresi ile iş birliği yapılmasının gerekli olması durumunda her aşamada özel hayatın gizliliğine dikkat edilmeli ve çocuğun ifşa olmaması için gerekli önlemler alınmalıdır (DSHY m. 57/3).

ÇKK'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından takip edilen çocuk için adli kontrol süresince rehberlik edecek bir uzman görevlendirilmektedir. Ayrıca çocuk hakkında ihtiyaç değerlendirmesi yapılarak denetim planı hazırlanmaktadır. Bu kapsamda çocuğun ilgisi ve ihtiyaçları belirlenerek uygun etkinliklere ve meslek edindirmeye yönelik kurs ya da programlara yönlendirilmesi sağlanmaktadır. Denetimli serbestlik birimleri tarafından ilgili kurum ve sivil toplum kuruluşlarının yürüttükleri faaliyetler belirlenerek ve gönüllü kişilerle iş birliği yapılarak çocuklara topluma uyum konusunda destek verilmektedir. Adli kontrol süresi boyunca suça sürüklenen çocuğa uygun eğitim ve iyileştirme çalışmaları yürütülmekte, çalışmaların çocuk üzerindeki etkileri izlenmektedir (DSHY m. 57/7).

Suçta sürüklenen çocuk, belirtilen süre içerisinde denetimli serbestlik birimlerine müracaat etmez veya denetim planında belirlenen programlara katılmaz ya da rehberlik çalışmalarını kabul etmezse, rehberlik hizmeti olmaksızın adli kontrol tedbirine devam edilmektedir. Bu sebeple uyarı ve ihlal işlemi de yapılmamaktadır (DSHY m. 57/7). Ancak söz konusu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda çocuk hakkında tutuklama kararı verilebilmektedir (ÇKK'nın m. 20/2).

B. Tedavi ve Denetimli Serbestlik Tedbirlerine İlişkin Uygulamalar

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında ÇKK'nın 19'uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince kendilerine yüklenen suçtan dolayı CMK'daki koşulların varlığı halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmektedir. Zira, suç işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturacak kadar delile ulaşılmış olsa da, kamu davasının açılıp açılmaması kararının verilmesinde Cumhuriyet savcının takdir yetkisi bulunmaktadır⁴⁰.

⁴⁰ ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 109.

Ceza davasını açmakla görevli resmi makamın dava açmak için aranan kanuni şartlar oluştuğunda ceza davasını açması zorunludur⁴¹. Kamu davasının mecburiyeti ise soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması halinde var sayılmaktadır. Kamu davasının mecburiliği ilkesinin istisnaları arasında uzlaştırma, hükümün açıklanmasının geri bırakılması ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi bulunmaktadır. CMK gereğince, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, savcının kamu davası açmamak hususunda takdir yetkisinin bulunduğu hallerden birisidir⁴².

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 191'inci maddesinde düzenlenen "*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak*" suçunun soruşturmasında, suça sürüklenen çocuk hakkında, üç yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecektir (ÇKK m. 19/1). Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kapsamında hükmedilen denetimli serbestlik tedbiri ve tedavi yükümlülüğüne ilişkin uygulamalar, denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından takip edilmektedir.

DSHY'nin 71'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında tanımlanan "*tedavi*", uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri kullanan kişinin bağımlılık yapan maddeden vücudunun arındırılmasına, bu maddelerin kesilmesi sonucunda ortaya çıkan yoksunluk belirtilerinin giderilmesine, iyilik halinin sürdürülmesine yönelik yürütülen farmakolojik ve psiko-sosyal müdahaleleri ifade etmektedir. Söz konusu tedavi işlemleri ise ilgili sağlık kurumu tarafından ayaktan veya yatarak tedavi programına göre yerine getirilmektedir (DSHY m. 71/2). Denetimli serbestlik tedbirine ilişkin bu çalışmalar, kişinin uyuşturucu kullanmasına neden olan veya kullanma isteğine yol açan etkenlerin değerlendirilerek maddeye olan ihtiyacını kontrol etmesi, yaşam standardını artırması, belirlenen ihtiyaçları doğrultusunda kendisine ve topluma yararlı bir birey olabilmesi amacıyla yürütülen rehberlik çalışmalarını ifade etmektedir (DSHY m. 71/3). Bu kapsamda denetimli serbestlik müdürlüklerine müracaat eden suça sürüklenen çocuklar, çocuk hizmetleri bürosuna yönlendirilerek burada görevli denetimli serbestlik uzmanı tarafından çocuğa yönelik iyileştirme çalışmaları yerine getirilmektedir (DSHY m. 38/1).

⁴¹ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 682.

⁴² YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 678-684.

Suçta sürüklenen çocuk, sevk yazısında belirtilen iş günü içerisinde ilgili sağlık kurumuna müracaat etmediğinin veya belirlenen tedavi programına uymadığının bildirilmesi ya da rehberlik çalışmalarına katılmaması halinde uyarılmaktadır (DSHY m. 71/11). Çocuğun kullanmak için tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi, bulundurması, kullandığının tespit edilmesi ya da sağlık kuruluşundan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına devam etmesi nedeni ile tedavi programına uyumsuz olduğunu bildirir tıbbi kanaat raporunun gönderilmesi halinde çocuk uyarılmaksızın kaydı kapatılarak dosyası Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmektedir (DSHY m. 71/11).

C. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Kapsamındaki Denetimli Serbestlik Tedbirlerine İlişkin Uygulamalar

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, ilk kez ÇKK ile düzenlenmiş olup yetişkin ceza hukukuna da girmiş olan önemli bir yeniliktir⁴³. Yargıtay'a göre söz konusu kurum, özellikle çocuklar bakımından lekelenmeme hakkını muhafaza edebilmek amacıyla düzenlenmiştir⁴⁴. Zira, CMK'nın 231'inci maddesinin beşinci fıkrası gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile amaçlanan, sanığın ceza yaptırımının ağır sonuçlarına maruz kalmasını önlemektir⁴⁵. Bu bakımdan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanık hakkında şarta bağlı cezanın infazını önleyici şahsi neden olarak nitelendirilmektedir⁴⁶. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının durma kararı niteliğinde olduğunu vurgulayan görüşler öğretide mevcuttur⁴⁷. Bu bakımdan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarının oluşması, muhakeme engeli oluşturmaktadır⁴⁸.

ÇKK'nın 23'üncü maddesinde belirtildiği üzere, suçta sürüklenen çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, CMK'daki koşulların

⁴³ ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAŞIZ Pınar, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 704, 705.

⁴⁴ ÖZBEK ve diğ., s. 705.

⁴⁵ ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Adalet, Ankara, 2019, s. 800.

⁴⁶ ÖZEN, s. 801.

⁴⁷ CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 839.

⁴⁸ CENTEL/ ZAFER, s. 840.

varlığı halinde, mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı için; sanık hakkında hükmolunan sonuç cezanın, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması, mahkeme tarafından sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi ve sanığın söz konusu kararı kabul etmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir (CMK m. 231/5, 6).

ÇKK'nın 23'üncü maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, suça sürüklenen çocuklar bakımından üç yıl olmak üzere denetim süresi tespit edilmektedir. Ayrıca mahkeme dilerse çocuk hakkında bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına hükmedebilir (CMK m. 231/8). Bu kapsamda uygulanabilecek denetimli serbestlik tedbirleri: eğitim programına devam etme, gözetim altında çalışma, belli yerlere gitmekten yasaklama veya belli yerlere devam etme şeklindedir. Ancak suça sürüklenen çocuklar hakkında herhangi bir denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmeden de söz konusu denetim süresinin geçirilmesine imkan tanınması çocuk ceza adaleti sisteminin onarıcı yönünü zayıflatmaktadır⁴⁹.

Eğitim programına devam etme, mahkemeler tarafından kişisel, sosyal ve eğitim durumu dikkate alınarak, meslek veya sanat sahibi olmayan çocuğun bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla mahkemenin belirleyeceği süreyle, bir eğitim programına devam etmesini zorunlu kılan yükümlülüktür. Söz konusu yükümlülük örgün eğitime devam eden çocuk ve gençlerin eğitimlerine, fiziksel ve duygusal gelişimlerine engel olmayacak şekilde yerine getirilmelidir. Suça sürüklenen çocuklar için eğitim programına devam etme yükümlülüğü çocuk hizmetleri bürosunda görevli denetimli serbestlik uzmanı refakatiyle yapılmaktadır (DSHY m. 58).

Gözetim altında çalışma yükümlülüğü, suça sürüklenen çocuğun iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait

⁴⁹ SENTÜRK Kıvanç, Çocuk Ceza Adaleti Sisteminde Uygulanan Yaptırımların Onarıcı Adalet Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 77.

işyerlerine yerleştirilmesidir (ÇKK m. 5/1-b). Bunun yanında suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmişse kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının uygulanmasında çocuğun çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınır. Çocuğun on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitime engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenmektedir. Bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilmektedir (DSHY m. 65/5).

Belli yerlere gitmekten yasaklama veya belli yerlere devam etme, mahkeme tarafından belirlenen süreyle suça sürüklenen çocuğun kişisel, sosyal ve eğitim durumu ile suç işlemedeki nedenler göz önüne alınarak iyileştirilmesini ve suçun tekrarını önlemeyi esas alan bir yükümlülüktür. Gidilmesi yasaklanan belli yerler çocuğun suç işlemede, suça yönelmesinde, zararlı alışkanlıklar edinmesinde, bağımlılık yapan maddeler kullanmasında çevresel, psikolojik, sosyal, ekonomik etkisi bulunan veya çocuğun yeniden suç işlemede tetikleyecek yerler iken; devam edilmesi gereken belli yerler ise çocuğun kişisel, psikolojik, sosyal gelişimi ile eğitime katkı sağlayacak ve diğer ihtiyaçlarına uygun nitelikteki yerleri ifade etmektedir (DSHY m. 60).

CMK'nın 231'inci maddesinin onuncu fıkrasında belirtildiği üzere denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilmektedir.

D. Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar Kapsamındaki Denetimli Serbestlik Tedbirlerine İlişkin Uygulamalar

TCK'nın 49'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilmektedir. Kısa süreli hapis cezaları suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre TCK'nın 50'nci maddesinde belirtildiği üzere seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir.

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar; hükümlülerin toplum içinde belli koşullar altında denetime tabi tutularak bazı yükümlülükler konulmak suretiyle özgürlüklerinin belli şekilde kısıtlanmasını öngören kısa süreli hapis cezası yerine verilen kamusal yaptırımlardır. Suça sürüklenen çocuklar için öngörülen ve denetimli serbestlik birimleri tarafından yerine getirilecek seçenek yaptırımlar: eğitim kurumuna devam etme, belirli yerlere gitmekten veya belirli

etkinlikleri yapmaktan yasaklanma ve kamu yararına ücretsiz olarak çalıştırma şeklindedir (DSHY m. 62-65). Zira TCK'nın 50'nci maddesinin birinci fıkrasının (c), (d) ve (f) bentlerindeki seçenek yaptırımların infazı denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından yerine getirilmektedir (DSHY m. 62/2).

Suçta sürüklenen çocuk hakkında eğitim kurumuna devam etme yükümlülüğünün infazı için, okul yönetimi veya rehberlik servisi ile iş birliği yapılmaktadır. Eğitim kurumundan iş birliği yapılacak rehber ya da sorumlu öğretmenin belirlenmesi istenmektedir. İş birliği yapılacak öğretmene; yaptırımın amacı, süresi ve yapılacak çalışmalar konusunda eğitim ve iyileştirme bürosunda görevli denetimli serbestlik uzmanı tarafından bilgi verilmektedir. İş birliği yapılacak öğretmenden; çocuğun okuldaki durumu, davranışları, sosyal uyumu, sorumluluk bilincindeki gelişmeleri ile ailesi hakkında bilgi alınmakta ve yürütülecek rehberlik çalışmalarına destek vermesi istenmektedir. Suçta sürüklenen çocuklar için bu çalışmalar çocuk hizmetleri bürosu tarafından yerine getirilmektedir. Söz konusu yaptırımın uygulanmasında; çocuğun durumu okul idaresi ve iş birliği yapılan öğretmenler haricinde kimseyle paylaşılmamaktadır. Okul idaresi ve iş birliği yapılan öğretmenler, ifşa olmaması ve dışlanmaması için çocuğun durumunu okul çalışanları ve diğer kişiler ile paylaşmamalıdır. Bu konuda okul idaresi ve iş birliği yapılan öğretmenler ayrıca bilgilendirilmektedir (DSHY m. 63).

Belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma, mahkemeler tarafından çocuğun kişisel, sosyal ve eğitim durumu ile tekrar suç işleme riski göz önüne alınarak iyileştirmeyi ve suçun tekrarını önlemeyi esas alan, çocuğun mahkum olduğu hapis cezasının yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmesini veya belirli etkinlikleri yapmasını yasaklayan seçenek yaptırımdır. Belirli yerler veya etkinlikler; çocuğun suç işlemesinde, suça yönelmesinde ya da zararlı alışkanlıklar edinmesinde veya bağımlılık yapan maddeler kullanmasında; çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da hükümlünün yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerler veya etkinliklerdir (DSHY m. 64).

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmişse kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında çocuğun çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınmalıdır. Zira çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenmelidir. Bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilmektedir (DSHY m. 65/5).

E. Hapis Cezasının Ertelenmesi Halinde Hükmedilen Yükümlülükler Kapsamında Denetimli Serbestlik Tedbirlerine İlişkin Uygulamalar

Kişi suç işlediğinde cezalandırılması kural olmakla birlikte; bazı şartların gerçekleşmesi durumunda, mahkum olunan cezanın infazından sarfinazar edilebilmesi, ceza siyasetinin bir gereği olarak görülmektedir⁵⁰. Zira tesadüfi suçlu özelliği taşıyan suç işlemeyi itiyad haline getirmemiş olanların cezalandırılmaları veya mahkum oldukları cezanın infazı toplum barışı açısından bir zorunluluk teşkil etmeyebilir. Bu kişilerin ceza infaz kurumuna girmeden toplum düzenine uygun davranmaları sağlanabilmektedir. Ancak bu kişilerin belli bir süre (denetim süresi) denetime tabi tutulmaları şarttır⁵¹.

Bu bakımdan hapis cezasının ertelenmesi, *“Hükümlüye, hakimın takdiline göre belirlenen denetim süresi içerisinde kendisi için öngörülen koşulları yerine getirdiği ve özellikle kasıtlı bir suç işlemediği takdirde hapis cezasının infaz kurumunda infaz edilmeyeceği güvencesi veren bir kurumdur.”*⁵² Hapis cezasının ertelenmesi kurumu ile bir taraftan fail hapis cezasına mahkum edildiği için işlenen suça ilişkin olumsuz bir değer yargısı ifade edilmekte, diğer taraftan hükümlü, bu cezanın cezaevinde çektirilmesinin doğuracağı olumsuz etkilerden korunabilmektedir⁵³.

TCK’nın 51’inci maddesinin birinci fıkrasında⁵⁴ belirtildiği üzere işlediği suçtan dolayı üç yıl ve daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen suça sürüklenen çocuğun cezası ertelenebilir. İlamda belirlenen sürenin hakkında hükmedilen yükümlülüklerle uygun ve iyi halle geçirilerek tamamlanması sonucu ertelenmiş olan ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

Suçta sürüklenen çocuk hakkında uygulanan hapis cezasının ertelenmesi sonucunda denetimli serbestlik hizmetleri kapsamında hükmedilebilecek

⁵⁰ ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s. 778.

⁵¹ ÖZGENÇ, s. 778.

⁵² ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s. 514.

⁵³ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 515.

⁵⁴ TCK’nın 51’inci maddesinin birinci fıkrasına göre, *“İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması, gerekir.”*

yükümlülükler arasında: eğitim programına devam etme, gözetim altında çalışma, eğitim kurumuna devam etme, rehberlik çalışmalarına katılma yer almaktadır.

Rehberlik çalışmalarına katılma yükümlülüğü; yeniden suça karışmayı önleme, iyileştirme ve topluma kazandırma amacıyla denetimli serbestlik uzmanının yürüttüğü çalışma ve programlara katılma konusunda suça sürüklenen çocuğun yükümlü kılınmasıdır (DSHY m. 69/1). Rehberlik çalışmaları; çocuğun suç işlemesine neden olan etkenlerin ele alınarak belirlenen risk ve ihtiyaçlar doğrultusunda çocuğun zararlı alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalmasına, sorumlu ve uyumlu bir birey olmasına, kendisine ve topluma yararlı bir birey olabilmesine yönelik çalışmalar olarak nitelendirilmektedir. Bu kapsamda; bireysel görüşme, grup çalışmaları, müdahale programları, çocuğun ailesi ve sosyal çevresiyle iş birliği yapılması ile diğer kurum ve kuruluşlar tarafından yürütülen iyileştirme niteliğindeki kurs, program, eğitim gibi çalışmalar yürütülmektedir. Suça sürüklenen çocuklar için bu iş ve işlemler çocuk hizmetleri bürosu tarafından yerine getirilmektedir. Denetimli serbestlik uzmanı çocuğun davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişmeleri takip ederek üçer aylık sürelerle düzenlediği raporu infaz hakimine sunulmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına göndermektedir (DSHY m. 69/2, 3).

F. Hapis Cezasının Konutta İnfazı Kapsamındaki Denetimli Serbestlik Tedbirlerine İlişkin Uygulamalar

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 110'uncu maddesinin ikinci ve devamı maddelerinde düzenlenen hapis cezasının konutta infazı, özel infaz usulleri arasında yer almakta olup, hapis cezasının belirli durumlarda konutta infaz edilmesini ifade etmektedir.

Suçta sürüklenen çocuğun mahkum olduğu bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının tamamının veya kalan kısmının infaz hakimliği kararıyla konutunda yerine getirilmesi mümkündür (DSHY m. 74/1). Hapis cezasının konutta infazı kararının yerine getirilmesinde konut; hükümlünün ailesiyle birlikte veya tek başına yaşamını devam ettirdiği, kendisine ait veya kiracı olarak oturduğu ve bu kararın yerine getirilmesinde infaz hakimliğine bildirdiği veya infaz hakimliği kararında belirtilen yeri ve eklentilerini ifade etmektedir (DSHY m. 74/2).

Haklarında hapis cezasının konutta infazına karar verilen suça sürüklenen çocuklar için denetimli serbestlik memuruna çocuk hizmetleri bürosunda görevli denetimli serbestlik uzmanı da eşlik ederek çocuğun tespit edilen

ihtiyaçlarını içeren bir rapor hazırlanır. Çocuğun belirlenen ihtiyaçları dikkate alınarak çocuk ile iş birliği içerisinde uyması gereken kurallar belirlenerek vaka sorumlusuna iletilir. Vaka sorumlusu üç gün içerisinde bir planlama yaparak konutta infazın ne şekilde yerine getirileceğini ve uyması gereken kuralları çocuğa tebliğ eder (DSHY m. 74/3).

Hapis cezasının konutta infazında çocuğun risk ve ihtiyaçları, kurallara uymadaki başarısı ve iş birliği dikkate alınarak; ilk altı ay için günde bir, ikinci altı ay için günde iki, üçüncü altı ay için günde üç, on sekizinci aydan sonra günde dört saat süreyle konutundan ayrılmasına karar verilebilmektedir. Örgün eğitimine devam eden çocuklar hakkında bu durumlarını belgelenmelerini ve talep etmeleri halinde ileri sürülen mazeretlerin doğruluğu ve haklılığı araştırılarak gerekirse mazeretli olacakları günlerde yeteri kadar süre ile konutlarından ayrılabilmelerine izin verilebilmektedir.

Cezanın konutta infazı sırasında çocukla iletişim sağlanacak araçlar tespit edilir. Çocuk, denetim bürosunda görevli denetimli serbestlik memuru veya kolluk tarafından bizzat konutuna gidilmek suretiyle kontrol edilebilmektedir. Cezanın konutta çektilmesine ilişkin kararların infazı, elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yapılabilmektedir.

G. Elektronik İzleme Uygulamasının Suça Sürüklenen Çocuklar Bakımından Uygulanması

DSHY'nin 97'nci maddesinde elektronik izleme, *“Yükümlülerin elektronik yöntem ve araçlar ile toplum içinde izlenmesini, gözetim ve denetim altında tutulmasını sağlayan, mağdurun ve toplumun korunmasını destekleyen kararların infaz edilmesinde kullanılan bir yöntem”* olarak tanımlanmıştır.

Suça sürüklenen çocuklar bakımından elektronik izlemenin oldukça faydalı olduğu tespit edilmiştir⁵⁵. Yapılan araştırmalarda cezaevlerinin suç okulu olma özelliği sebebiyle özellikle de hapis cezasının çocuklar bakımından suç işlemeyi artırdığı ortaya konulmuştur. Buna karşılık elektronik izleme yöntemiyle özgürlüğün kısıtlanmasının suç işlemeyi azalttığı belirtilmektedir⁵⁶.

20 Ocak 2010 tarihli Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Konseyi Denetimli Serbestlik Kurallarına İlişkin CM/REC(2010)1 No.lu

⁵⁵ ÇİFCİ Serdar, Ceza Hukukunda Elektronik İzleme, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2022, s. 56.

⁵⁶ ÇİFCİ, s. 56.

Tavsiye Kararı'nın⁵⁷ 57'nci maddesinde elektronik izlemenin denetimli serbestlikte izlemenin bir parçası olarak kullanıldığı durumlarda, rehabilitasyonu sağlamak ve vazgeçmeyi desteklemek için tasarlanan müdahalelerle birleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca söz konusu Tavsiye Kararı'nda belirtildiği üzere teknolojik izleme seviyesi, işlenen suçun ağırlığı ve toplum güvenliği açısından oluşan riski göz önünde bulundurarak her bir vakada gerekenden daha büyük olmamalıdır.

Soruşturma, kovuşturma ve infazın tüm aşamalarında niteliği itibarıyla elektronik izlemeye uygun bütün tedbir ve yükümlülükler hakkında yükümlüye ait elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle izleme yapılabilmektedir. Elektronik cihaz kullanımı ile suça sürüklenen çocuklar hakkında belirli yerlere gitmekten yasaklama veya belirlenen konut, yer veya bölgeden çıkmama ya da belirlenen kişilere yaklaşmamaya dair verilen denetimli serbestlik kararları yerine getirilebilmektedir (DSHY m. 100/1).

Bu kapsamda konutu terk etmemeye, bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulmaya ve hapis cezasının konutta çektirilmesine ilişkin kararların yerine getirilmesi, suça sürüklenen çocuğun yaşadığı konutun çevresi sistem haritası üzerinde kısıtlı alan haline getirilerek, kararda belirtilen zaman dilimi içerisinde çocuğun konutunda bulunup bulunmadığı izlenebilmektedir (DSHY m. 103/3-a).

Adli kontrole ilişkin kararlar da dahil olmak üzere soruşturma, kovuşturma ya da infazın diğer aşamalarında, hakim, diğer yargı mercileri ya da denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak yükümlülüğü elektronik izleme yöntemiyle uygulanabilmektedir. Bu yükümlülük, karar bir yargı merci tarafından verilmiş ise kararı veren yargı merciinin bulunduğu il sınırları; karar denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından verilmiş ise denetimli serbestlik müdürlüğünün bulunduğu il sınırları; suça sürüklenen çocuk, kararı veren merciin yargı çevresi ya da görev alanı dışında bir yerde ikamet ediyor ise ikametinin bulunduğu il sınırları, sistem haritası üzerinde kısıtlı alan haline getirilip, çocuğun başvuru yapması gereken zaman diliminde, bu bölgeden coğrafi konumu alınarak biyometrik imza yöntemiyle kararda belirtilen sayıda imza atması suretiyle yerine getirilmektedir (DSHY m. 103/3-b).

⁵⁷ https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151805AB_DS_kurallari_turkce.pdf, (Erişim Tarihi: 28.05.2025).

Belirli yerlere gitmekten yasaklanma, belirlenen yer veya bölgeden çıkmama yükümlülükleri; kararda belirtilen yer veya bölgenin sistem haritası üzerinde kısıtlı alan haline getirilerek, kararın niteliğine göre çocuğun bu yer ya da bölgeye girip girmediği ya da bu bölgeden çıkıp çıkmadığı izlenebilmektedir (DSHY m. 103/3-c).

Belirlenen kişilere yaklaşmamaya dair verilen denetimli serbestlik tedbirleri; karar kişinin konutu ya da iş yeri gibi belirli bir bölgeye yaklaşmamak şeklinde ise bu bölgeler sistem haritası üzerinde kısıtlı alan haline getirilip suça sürüklenen çocuğun bu bölgeye girip girmediği tespit edilmek suretiyle uygulanmaktadır. Karar, kişiye belirli bir mesafeden fazla yaklaşılmasına yönünde ise izleme, kişinin rızası bulunmak koşuluyla biyometrik imza ile takip sistemine ilişkin yazılımın, kişinin elektronik cihazına da kurularak her iki cihaz arasındaki mesafenin tespiti ve çocuğun belirlenen mesafeden daha fazla kişiye yaklaşp yaklaşmadığının belirlenmesi suretiyle yerine getirilmektedir (DSHY m. 103/3-ç).

Eğitim, kamu yararına çalışma, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışma gibi suça sürüklenen çocuğun belirli zamanlarda belirli bölgelerde bulunmasının zorunlu olduğu hallerde bu izleme, belirtilen bölgeler sistem haritası üzerinde kısıtlı alan haline getirilerek çocuğun belirlenen zaman dilimi içerisinde bu bölgede bulunup bulunmadığını tespit etmek suretiyle uygulanmaktadır (DSHY m. 103/3-d).

Suçta tekrerrün önlenmesinde elektronik izlemenin oldukça etkili olduğu vurgulanmaktadır. Elektronik izleme ile suça sürüklenen çocuk zamsal ve mekânsal olarak kısıtlanmaktadır. Elektronik izleme, suça sürüklenen çocuğun cezaevine girmeksizin toplum içinde gerçek anlamda ve etkin bir şekilde gözetimini ve denetimini sağlayarak cezanın bireyselleştirilmesine ve tekrerrün önlenmesine hizmet etmektedir⁵⁸.

SONUÇ

Çocuk adaleti sisteminde denetimli serbestlik hizmetleri kapsamında suça sürüklenen çocuğun korunması ve yeniden topluma kazandırılmasında çocuğun temel ihtiyaçlarının ve toplumla kaynaşmasının sağlanabildiği bir uygulama benimsenmelidir⁵⁹. Çocuk ceza adaleti sistemi, “Gerçek bir ceza

⁵⁸ ÇİFCİ, s. 56.

⁵⁹ KARATAŞ Zeki, “Çocuklara Yönelik Denetimli Serbestlik Uygulamalarında Sosyal Hizmet Müdahalesinin Önemi”, *Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1, 2017, ss. 1-20, s. 17.

*siyaseti, çocuğu olduğundan daha aşağı düşürmek değil, ruhen yükseltmek amacını gütmelidir*⁶⁰” şeklinde bir yaklaşımla ele alınmalıdır. Bu kapsamda suça sürüklenen çocuk denetimli serbestlik müdürlüğüne geldiğinde risk ve ihtiyaçlarının belirlenmesi için yapılan değerlendirme sonucunda çocuk ile iş birliği içerisinde, çocuk hizmetleri bürosu tarafından çocuğun ihtiyaçlarına uygun bir denetim planı hazırlanmaktadır.

Hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri kapsamında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen ve denetim altına alınan suça sürüklenen çocuğun, denetim planında belirlenen eğitim ve iyileştirme çalışmalarına katılmaması veya çalışmaları reddetmesi halinde, durum bir raporla kararı veren hakime bildirilmektedir. Bu durumda, ilgili kamu kurumları, sivil toplum kuruluşları ya da gönüllü kişilerle iş birliği içerisinde suça sürüklenen çocuğun toplum içinde denetim ve takibine devam edilmektedir (DSHY m. 75).

Ülkemizde denetimli serbestlik hizmetlerinde toplumun da desteğini almak adına gönüllü çalışma kurumu, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu’nda düzenleme altına alınmıştır. Denetimli serbestlik sistemine gönüllü çalışanların dahil edilmesi, denetimli serbestlik kararlarının infazında yardımcı olunmasının yanı sıra suça sürüklenen çocuklara sosyal model olunmasında ve rehberlik çalışmalarının verimli bir şekilde sunulmasında çok önemli bir yere sahiptir⁶¹. Ülkemizde gönüllü çalışma uygulamalarının yaygın hale getirilmesinin, çocukların iyileştirilmesinde ve yeniden topluma kazandırılmalarında gerekli olduğu aşikardır.

Çocukların suç işleme sebepleri arasında sorunlarına çözüm bulmak veya sorunlarını azaltabilmek, ihtiyaçlarını karşılamak ve haksızlığa boyun eğmemek yer almaktadır⁶². Suça sürüklenen çocuklar hakkında telafisi mümkün olan ve şiddet içermeyen suçlar nedeniyle dahi hapis cezasına hükmedildiği görülmektedir⁶³. Hapis cezası yerine suça sürüklenen çocuklara rehabilitasyonlarını sağlayacak şekilde denetimli serbestlik hizmetlerinden faydalandırmak çocukların ıslahında daha etkili olmaktadır. Zira, yapılan araştırmalarda cezaevlerinin suç okulu olma özelliği sebebiyle özellikle

⁶⁰ <http://www.farukeremvakfi.org.tr/14/s9.html>, (Erişim Tarihi: 30.05.2025).

⁶¹ KAMER Vehbi Kadri/ ALTUN Duygu, “Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde Sivil Toplum Desteği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, 2009, ss. 1-14, s. 13.

⁶² KARATAŞ, s. 5.

⁶³ ŞENTÜRK, s. 129.

de hapis cezasının çocuklar bakımından suç işlemeyi artırdığı ortaya konulmuştur. 20 Kasım 1989 tarihli, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40'ncı maddesinde belirtildiği üzere, *“Taraflar devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları göz önünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.”*⁶⁴ Bu bakımdan çocuk suçluluğunu önlemeyi amaçlayan devletin, çocukların ceza adaleti sisteminde başka bir yöne yönlendirilmeleri hususunda faaliyette bulunması şarttır. Hapis cezası yerine uygulanacak alternatif tedbirlerin psikiyatrik sorunları olan çocuklar ve gençler gibi hassas gruplar için daha etkili olacağı belirtilmektedir⁶⁵. Ayrıca çocuk suçluluğunu en aza indirebilmek için devlet, ailelere gerekli destek, terapi ve yardım hizmetlerini sağlamalıdır.

Çocuk ceza adaleti sisteminde birinci hedef çocuğun durumunun iyileştirilmesi iken; ikinci hedef, çocuğun kişisel koşulları göz önünde bulundurularak işlediği suçun ağırlığı ile verilecek ceza arasında dengenin kurulabilmesidir. Çocuk suçsuzluğunun sağlanmasında en etkili yöntemin; çocuğun şahsî, sosyal ve duygusal durumu, okul ve arkadaş çevresi, aile yaşantısı göz önünde bulundurularak yapılan rehberlik ve iyileştirme çalışmaları olduğu bir gerçektir.

Çocuk suçluluğunda tekerrürü azaltmak bakımından denetimli serbestlik çalışmalarında mağdura verilen zararın tazminin teşvik edilmesi, eğitim ve tedavi programlarına katılımın sağlanması, özür dileme yöntem ve çeşitlerinin oluşturulması gibi onarıcı adalete ilişkin uygulamaların artırılarak hayata geçirilmesi, çocuk ceza adaleti sisteminden beklenen faydayı sağlamada önemli olacaktır.

⁶⁴ <https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarina-dair-sozlesme>, (Erişim tarihi: 27.05.2025).

⁶⁵ CİHAN ve diğ., s. 70.

KAYNAKÇA

- BHAGAT Sadaf/ BHAGAT Punam Kumari, “Juvenile Delinquency: A Critical Analysis, **International Journal of Research and Analytical Reviews**, C. 6, S. 1, 2019, ss. 257-263.
- CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2019.
- CİHAN Erol/ Cankurt Ezgi/ Kitapçıoğlu Tülay, “Denetimli Serbestlik”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 3, Haziran 2016, ss. 51-75.
- ÇİFCİ Serdar, Ceza Hukukunda Elektronik İzleme, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2022.
- DEMİR Cansu Selmin, “Çocuk Ceza Adaletinde İnfaz Sorunları”, **Suç ve Ceza Dergisi**, S. 1, 2019, ss. 45-69.
- ERYALÇIN Münevver/ DUYAN Veli, **Suçta Sürüklenen Çocuklar ve Gençler**, 1. Bası, Yeni İnsan, İstanbul, 2016.
- FAROOQ Asif/ WANİ Gulshan, “Juvenile Delinquency: A Global Challenge in Modern Society”, **International Journal of Psychosocial Rehabilitation**, C. 24, S. 10, 2020, ss. 8532-8537.
- KAMER Vehbi Kadri/ ALTUN Duygu, “Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde Sivil Toplum Desteği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 82, 2009, ss. 1-14.
- KARATAŞ Zeki, “Çocuklara Yönelik Denetimli Serbestlik Uygulamalarında Sosyal Hizmet Müdahalesinin Önemi”, **Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi**, C. 1, S. 1, 2017, ss. 1-20.
- KHAN Muhammad Saeed/ ANWAR Maqsood/ AFZAL Afzaal, “Effectiveness of Probation System and Community Correctional Services in Pakistan”, **Current Trends in Law and Society**, C. 4, S. 1, 2024, ss. 11-18.
- KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.
- KURUCA Muhammet Yunus/ Mamur Işıkcı Yasemin, “Türkiye’de Çocuk Mahkemelelerinin Kurulmasına Yönelik Kamu Politikası Analizi”, **Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 4, 2022, ss. 48-70.
- ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAŞIZ Pınar, vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.
- ÖZEN Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Adalet, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 20. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.
- SAVAŞÇI TEMİZ Bilgehan, “Çocuk Ceza Adaleti İlkeleri Çerçevesinde 12-15 Yaş Arası Çocukların Cezai Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2023, ss. 244-259.

- ŞAHİN Cumhur/ GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, 10. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- ŞENTÜRK Kıvanç, Çocuk Ceza Adaleti Sisteminde Uygulanan Yaptırımların Onarıcı Adalet Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- TEKİN Abdurrahman, “Adli Kontrol Tedbirleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 8, S. 32, 2017, ss. 283-313.
- YAVUZ Hakan A., “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Genel Görünümü Üzerine”, **Adalet Dergisi**, S. 42, 2012, ss. 58-75.
- YAVUZ Hakan A., **Denetimli Serbestlik**, Temel Hukuk Dizisi, 2. Bası, Seçkin, 2021.
- YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.
- YOUNG Susan/ GREER Ben/ CHURCH Richard, “Juvenile Delinquency, Welfare, Justice and Therapeutic Interventions: A Global Perspective”, **BJPsych Bulletin**, C. 21, S. 1, 2017, ss. 21-29.

İnternet Kaynakları

- https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf (Erişim Tarihi: 25.05.2025).
- https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151805AB_DS_kurallari_turkce.pdf, (Erişim Tarihi: 28.05.2025).
- [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:\[%22001-187692%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-187692%22]}) (Erişim Tarihi: 22.05.2025).
- <https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/23102020131541HAVANA%20KURALLARI.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.05.2025).
- <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm-davalari/khamtokhu-ve-aksenchik-rusya> (Erişim Tarihi: 22.05.2025).
- <http://www.farukeremvakfi.org.tr/14/s9.html>, (Erişim Tarihi: 30.05.2025).
- <https://www.unicef.org/turkiye/çocuk-haklarına-dair-sözleşme>, (Erişim Tarihi: 27.05.2025).
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Çocukların Adalet Erişim Hakkı Raporu, Ankara, 2022, https://cocuk.tihek.gov.tr/public/editor/uploads/TİHEK%202022%20RAPOR%20TG_web.pdf, (Erişim Tarihi: 29.05.2025).

GÖZLERİ TAMAMEN AÇIK: EŞE KARŞI İŞLENEN SUÇLARIN RESEN MUHAKEMESİNİN AİLE İÇİ ŞİDDETLE MÜCADELE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Arş. Gör. Dr. Neslihan CAN YAVUZ^(**)

Dr. Abdurrahman Burak KARAHAN^(***)

Öz: Aile içi şiddet olaylarına göz yumulmaması ve aile içi şiddetin önlenmesi, devletin birey ve aileyi koruma yükümlülüğünün bir gereğidir. Türk Kanun Koyucusu'nun aile içi şiddetle mücadele için ceza muhakemesi hukuku bakımından tercihi mağdurun şikâyetine bağlı olmaksızın bu fiillerin resen muhakeme edilmesinden yana olmuştur. Böylece mağdurun tehdit, şantaj gibi nedenlerle şikâyetini geri alması ve aile içi şiddet fiillerinin suçta siyah sayı olarak kalması riski bertaraf edilmek istenmiştir. Bunun yanında bu fiillerin muhakemesinde 6284 sayılı Kanun ile Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın yargılamaya katılmasına imkân tanınmıştır. Ancak uygulamada ekonomik ve duygusal olarak faile bağlı olan mağdurlar, olayın sicağıyla verdiği maddi gerçeğe uygun beyanlardan muhakemenin ilerleyen safhalarında rücu etmekte ve failin ceza almaması için çabalamaktadırlar. Zira sanık hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi, sanığın ekonomik desteğine muhtaç mağdurun ikincil mağduriyetine yol açmaktadır. Sanık hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edildiğinde yargılamaya Bakanlığın katılması nedeniyle Bakanlık vekili için de vekâlet ücretine hükmedilmektedir. Yargılama masrafinin sanığın üzerinde kalması dolaylı olarak mağdurun yargılamaya konu fiilden maddi yönden de zarar görmesine neden

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 27.01.2025 - Makale Kabul Tarihi: 30.01.2025.

^(**) Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Rize-Türkiye,

E-posta: neslihan.can@erdogan.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6990-8274>.

^(***) Hâkim,

E-posta: burakkarahan7@hotmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1015-4540>.

olabilmektedir. Bu çalışmada ABD Hukuku'ndaki isnadı düşürmeme politikaları ve AİHM'nin pozitif yükümlülükler doktrini ışığında eşler arasında işlenen suçların resen muhakemesinin sonuçları değerlendirilecektir. Ardından Yargıtay içtihatları başta olmak üzere uygulamadan örneklerle meseleye çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aile İçi Şiddet, Isnadı Düşürmeme Politikaları, Pozitif Yükümlülükler Doktrini, Resen Muhakeme, Şikâyet.

EYES WIDE OPEN:
EVALUATION OF PROSECUTION
EX OFFICIO OF CRIMES COMMITTED
AGAINST THE SPOUSE WITHIN THE
SCOPE OF COMBATING DOMESTIC
VIOLENCE

Abstract: The states are required to prevent domestic violence and not overlook it, as required by their duty to protect individuals and families. Turkish legislator prefers to prosecute cases *ex officio*. Thus, prosecution *ex officio* prevents withdrawal of complaints under threat, or blackmail thereby minimizing the dark figure of crimes. Moreover, according to the Code numbered 6284 provides the Ministry of Family and Social Service can intervene in criminal process in domestic violence cases. However, in reality, victims who rely on the perpetrator for their financial well-being often falsify their claims and work to prevent the perpetrators from facing consequences. Following the Ministry's participation in the proceedings, when a sentence of conviction is established, the attorney's fee is also determined for the Ministry's representative and the cost of the trial remains on the accused, perhaps causing the aggrieved spouse to also suffer materially from the act subject to the trial. This study will evaluate the ramifications of *ex officio* prosecution of crimes committed between spouses in the context of ECtHR's concept positive obligation and USA's no-drop policies. Finally, solutions to this problem will be presented with examples from judicial practice, especially the case law of the Turkish Court of Cassation.

Keywords: Domestic Violence, No-Drop Policies, Doctrine of Positive Obligations, Prosecution *Ex Officio*, Complaint of Victim.

GİRİŞ

“- Bence etrafında bu kadar destek olduğu için ve sırrını sakladığımız için çok şanslıydı. Sanırım bu sayede hiç kimse onu yargılamadı. ... Ailemle çok yakın. Hatta benim ailemle kendi ailesinden daha iyi anlaşıyor.

+Hala kimse bilmiyor mu?

*- Hayır, bilmiyorlar. Hiç kimse bilmiyor, birkaç arkadaşım biliyor ama onlara sessiz kalmalarını söyledim ve bunu kızlarım için yapıyorum. Çünkü kimsenin onu yargılamasını istemiyorum.”^(****)*

Aile içi şiddet sıklıkla kamuoyu gündeminde yer bulan bir olgudur. Sosyolojik, kriminolojik, tıbbi ve ekonomik boyutları itibarıyla farklı disiplinler tarafından incelenen¹ bu olgu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) kadına yönelik şiddete ilişkin içtihatları, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde (İstanbul Sözleşmesi)² ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un (6284 sayılı Kanun) ihdasının ardından hukuk disiplininin de bir hayli ilgisine mazhar olmuştur. Bu alanda yapılan akademik çalışmalar genellikle aile içi şiddet teşkil eden bazı suç tiplerine veya devletin pozitif yükümlülüklerine³ odaklanmış, ancak aile içi şiddetin ceza muhakemesi hukuku odağında ele alınması ihmal edilmiştir. Oysa bu olgunun ceza muhakemesindeki görünümü özellikle sonuçları itibarıyla önem arz etmekte ve yargı uygulamasında pek çok sorunlu duruma yol açmaktadır. Aile içi şiddet mağdurunun sağlığını etkilemesi,

^(****) Uzun yıllardır evli olduğu eşinden şiddet gören ve Janet ismiyle tanıtılan kadının şiddete uğradığı ortaya çıktıktan sonraki ifadesinden alıntılanmıştır. Bkz. SEYMOUR Kate/WENDT Sarah/NATALIER Kristin, **Responding to Domestic Violence**, Routledge, London, 2023, s. 65-66.

¹ Örneğin aile içi şiddet, “*aile içi saldırganlık (intra-family aggression)*” kavramıyla ilişkisel bir patoloji ve sapkın bir davranış isimlendirilmiştir. Bkz. PASAT Aurel Octavian, “The Crime of Domestic Violence Aspects of Comparative Law”, **Perspectives of Law and Public Administration**, C. 10, S. 3, 2021, ss. 392-403, s. 392.

² 11 Mayıs 2011 tarihinde Avrupa Konseyi’ne üye olmayan devletler için de imzaya açılan bu Sözleşme 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye söz konusu sözleşmeden 22 Mart 2021 tarihinde geri çekildiğini duyurmuş ve sözleşme 1 Temmuz 2021 tarihinde Türk Hukuku bakımından bağlayıcılığını yitirmiştir.

³ Bkz. ERBAŞ Rahime, “Effective criminal investigations for women victims of domestic violence: The approach of the ECtHR”, **Women’s Studies International Forum**, S. 86, 2021, ss. 1-12; ERBAŞ Rahime: “Effective Criminal Investigations in Combating Domestic Violence and the ECtHR: Prima Ratio v. Ultima Ratio?”, **Gender Based Approaches to the Law and Juris Dictio In Europe**, Ed. Elettra Stradella, Giovanna Spanò, Pisa University Press, Pisa, 2020.

mağdurun parçası olduğu ailenin huzurunu bozması ve kamu sağlığını tehdit etmesi itibarıyla bu olguyla mücadele için ceza muhakemesi hukuku da farklı bir yaklaşım tercih etmiştir. Bu bağlamda ekonomik, duygusal ya da sair olarak faile bağımlı olan mağdurun⁴ tehdit, şantaj ya da baskı yoluyla şikâyetini geri alması riskini bertaraf etmek, aile içi şiddet olaylarının suçta siyah sayı olarak kalmasını ve failin cezadan muaf tutulmasını engellemek adına çeşitli aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesine cevaz verilmiştir.

Bununla birlikte bu suçlara ilişkin ceza yargılamalarına 6284 sayılı Kanun m. 20/2 uyarınca Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın katılacağı düzenlemesine yer verilerek esasen sosyal devlet ilkesi gereği devletin mağdur eşe koruyucu bir destek hizmeti sağlamasına imkân tanınmıştır. Ancak mağdurların muhakemenin devam etmemesine yönelik bir irade ortaya koymalarına rağmen ceza muhakemesinin devam etmesinin; hem mağdur hem de şüpheli/sanık bakımından kişi otonomisinin göz ardı edilmesi, ikincil mağduriyet ve yargılama makamlarının iş yükünün artırılması gibi çeşitli sorunlara yol açtığı da bir gerçektir. Bu sorunları vurgulamak ve meseleye bir çözüm önerisi getirmek üzere hazırlanan bu çalışmada öncelikle aile içi şiddetin ceza hukukundaki çerçevesi çizilecek, ardından aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesi Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve ABD Hukuku perspektifinden ortaya koyulacak ve nihayet resen muhakemenin sonuçları mağdur ve adli sistem bazında ele alınacaktır.

Milletlerarası sözleşmelerde ve tıp literatüründe aile içi şiddet olarak nitelendirilen fiiller ısrarlı takipten kadın sünnetine kadar geniş bir skalada olsa da Türk Hukuku'nu merkeze alan bu çalışmada yalnızca Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) suç olarak düzenlenen, eşler arasında işlenmesi mümkün olan ve muhakemesi resen yapılan suçlar bağlamında bir irdeleme yapılacaktır. Bu sebeple çalışmanın kapsamını aşmaması adına söz gelimi cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi bir cinsel şiddet fiili yahut ısrarlı takibin eşe karşı işlenmesi bir psikolojik şiddet fiili olsa da takibi şikâyete tabi olduğundan bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

⁴ Şiddet mağduru kadınların faillerden niçin ayrılmadığına dair yapılan bir çalışma için bkz. SEYMOUR vd. WHO'nun verilerine göre yakın partner şiddeti ve cinsel şiddet konusunda risk faktörleri arasında düşük eğitim düzeyi, kadınların çalışma hayatına ulaşamaması, cinsiyet eşitsizliği, erkeklerin kadınlardan daha üstün olduğuna dair sosyal normlar yer almaktadır. Bkz. WHO, "Violence Against Women", 25 Mart 2024, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

I. AİLE İÇİ ŞİDDETİN CEZA HUKUKUNA KONU OLMASI

A. Aile İçi Şiddet ve Suçta Siyah Sayılar

Aile içi şiddet genellikle hayatın özel alanında görülen son derece hassas bir konudur. Bireylerin beslenme ve bakım gibi temel gereksinimlerini karşılayan, onlara güven duygusu veren, beden ve ruh sağlığını koruyan ve geliştiren bir birim olması gereken aile, çoğu zaman her türlü şiddetin beslendiği ve uygulandığı bir odak haline gelebilmektedir. Bu bağlamda aile içi şiddeti; aile üyelerinden biri tarafından aynı ailedeki bir diğer üyenin yaşamını, beden veya ruh bütünlüğünü veya bağımsızlığını tehlikeye sokan, kişiliğine veya kişilik gelişimine ciddi boyutlarda zarar veren davranışlar olarak tanımlamak mümkündür⁵.

Aile içi şiddetin hukuki düzenlemelerdeki tanımı ise nispeten yakın tarihten olup bu kapsamda İstanbul Sözleşmesi aile içi şiddeti, “*fiili gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgâhı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet fiilleri*” olarak tanımlamıştır⁶. İstanbul Sözleşmesi’nin etkisiyle hazırlanan 6284 sayılı Kanun’da ise “*ev içi şiddet*” kavramıyla ele alınan bu şiddet türü “*şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti*” olarak tanımlanmıştır⁷.

Fail ve mağdurun çoğunlukla devam eden bir ilişki içinde olması, aralarında karmaşık ve devam eden duygusal, ekonomik ve hukuki bağların bulunması sebebiyle aile içi şiddet diğer suçlardan ayrı dinamiklere sahiptir. Şöyle ki; aile içi şiddet fiili, mağdurun bir aile bireyi, yakın partneri veya yakın sosyal çevresinden bir kimse tarafından işlenmesi ve mağdurda utanç,

⁵ ÜNAL Gülseren, “Aile İçi Şiddet”, **Aile ve Toplum**, C. 2, S. 9, 2005, ss. 1-8, s. 2.

⁶ Bkz. İstanbul Sözleşmesi m. 3/1-b.

⁷ 6284 sayılı Kanun’da aile içi şiddet yerine ev içi şiddet kavramına yer verilmesi birtakım gerekçelerle dayandırılmıştır. Bunlardan ilki çeviriden kaynaklı bir farklılık, diğeri ise 6284 sayılı Kanun’da “*partnerlik*” ilişkisine yer verilmediğinden partnerliği de kapsayacak şekilde bir tanım oluşturma ihtiyacıdır. Bkz. DEMİR Şamil, “Arbuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Ulaşmaya Tabi Suçların İlişkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/2, ss. 211-228, s. 216. Kanaatimizce 6284 sayılı Kanun’daki bu tercihin sebebi “*domestic*” kavramının Türkçe’de karşılığının ev içi şiddet olmasıdır. Ancak bu çalışma kapsamında eşler arasında işlenen suçlar ele alındığından ve aile içi şiddet kavramı Türkçe literatürde ev içi şiddete göre daha yerleşmiş olduğundan bu kavram tercih edilmiştir.

korku, çaresizlik gibi hisler uyandırarak ihbardan kendisini alıkoymasına neden olmaktadır⁸. Bu dinamikleri ve yapısı sebebiyle de aile içi şiddet fiilleri yakın zamana kadar hukuk ve kamuoyu nezdinde “*aile içi mesele*” olarak kabul edilmekte⁹ ve devletin müdahalesinden arı olarak “*kapalı kapılar ardında*” kalmaktaydı¹⁰. İşte bu nedenle aile içi şiddet fiilleri ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmış olsa dahi çoğu zaman “*siyah sayı*”¹¹ olarak kalmaktadır. Öğretide suçun mağdur tarafından yeterince tanımlanamaması, mağdurun fiile rıza göstermesi, mağdur ve fail arasındaki ilişki nedeniyle mağdurun suçu adli makamlara yansıtmaktan imtina etmesi, önemsememe, korkma, çekinme gibi nedenlerle mağdurun sessiz kalması veya mağdurun suçtan zarar gördüğünü açıklamayı utanç verici bulması siyah sayı olgusunun mağdurdan kaynaklı sebepleri olarak sayılmakta ve bunların neredeyse

⁸ GARCIA Ana Montesinos/ MARAVALL-BUCKWALTER Isabel, “Article 55 Ex Parte and Ex Officio Proceedings”, **Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence**, Eds. Sara De Vido/ Micaela Frulli, Edward Elgar Publishing, UK, 2023, s. 622; Dünya Sağlık Örgütü’nün tanımına göre yakın partner şiddeti (*intimate partner violence*) fiziksel saldırganlık, cinsel zorlama, psikolojik istismar ve kontrol edici davranışlar da dahil olmak üzere, yakın bir partner veya eski partner tarafından fiziksel, cinsel veya psikolojik zarara neden olan davranışlar anlamına gelmektedir. Bkz. WHO, “Violence Against Women”, 25 Mart 2024, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

⁹ Aile içi şiddetle mücadelenin şiddetin özel alan kapsamında olması sebebiyle bu denli zor olduğuna dair bkz. ERBAŞ, 2021, s. 4; ROBBINS Kalyani, “No-Drop Prosecution of Domestic Violence: Just Good Policy, or Equal Protection Mandate?”, **Stanford Law Review**, C. 52, S. 205, 1999, ss. 205-233, s. 206; Aile içi şiddet 1970’li yıllarda ABD’de yükselen feminizm hareketine kadar suç olmaktan ziyade bir ilişki içinde yaşanan sorun olarak algılanmaktaydı. Bkz. GARCIA/MARAVALL-BUCKWALTER, s. 622; SIMPSON Nancy, “Benefits and Drawbacks of No-Drop Policies and Evidence-Based Prosecution”, **Richmond Public Interest Law Review**, C. 26, S. 3, 2023, ss. 141-158, s. 143; FLANNIGAN Krista R., “The Importance of Prosecution Policies in Domestic Violence Cases”, **Criminology & Public Policy**, C. 12, S. 3, 2013, ss. 481-490, s. 481; MILLS Linda G., “Mandatory Arrest and Prosecution Policies for Domestic Violence A Critical Literature Review and the Case for More Research to Test Victim Empowerment Approaches”, **Criminal Justice and Behavior**, C. 25, S. 3, 1998, ss. 306-318, s. 307.

¹⁰ Aile içi şiddetin bu niteliği AİHM içtihatlarına “*Aile içi şiddet, ...genellikle kişisel ilişkiler veya kapalı devreler içinde gerçekleştiği için her zaman su yüzüne çıkmaz ve bundan etkilenenler sadece kadınlar değildir.*” şeklinde yansımıştır. Bkz. Volodina v. Rusya, Başvuru no. 41261/17, 9 Temmuz 2019, para. 71; Opuz v. Türkiye, Başvuru no. 33401/02, 9 Haziran 2009, para. 132.

¹¹ “*Suçta siyah sayı*” ya da “*karanlık sayı (dark figure of crime)*” gibi terimlerle ifade edilen bu kavram 1960’lı ve 1970’li yıllarda rapor edilmeyen ve kayıt altına alınmayan suçların bilinmeyen kitlesini tanımlamak için ön plana çıkmış ve bu da suçu ölçmek için resmi istatistikleri kullanmanın sınırlarını ortaya koymuştur. Kriminolojik bir kavram olan suçta siyah sayılar gerçek suçluluğun bilinmeyen istatistiklere yansımaya bölümüdür. Detaylı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ Timur, **Kriminoloji**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 96 vd.; SCOTT John, “Dark Figure of Crime”, **A Dictionary of Sociology**, 4. Baskı, Oxford University Press, 2015.

tamamı aile içi şiddet fiilleri için geçerli olmaktadır¹². Öte yandan mağdur durumu adli makamlara intikal ettirse dahi muhakemenin ileriki aşamalarında mağdurun şikâyetini geri alması veya adli makamlar önünde beyanda bulunmaktan sarfinazar etmesi de siyah sayı olgusunu güçlendirmektedir.

Aile içi şiddete maruz kalan mağdurun şikâyetini geri alması ikincil mağduriyet yaşamaktan korkmasından kaynaklı olabilir. Bu ikincil mağduriyet; ataerkil toplum düzenin gerekleri, yargıya güvenmeme, faile ekonomik veya psikolojik bağlılık, müşterek çocuğunun geleceği hakkındaki kaygı, müşterek çocuğunun velayetini kaybetme riski, affetme, mağdurun kendisini suçlaması, şiddet döngüsü içinde olması, toplumda hâkim olan sessizlik ve cezasızlık kültürü, şiddetin tekrarlanacağına dair korku ve failin yargılanma ve bir cezaya mahkûm olmanın öfkesini mağdurdan çıkarması gibi çeşitli sebeplere dayanmaktadır¹³. Her ne kadar kanun koyucu suç olarak düzenlediği aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesini öngörerek şikâyetini geri alan mağdurun ikincil mağduriyetini önlemeyi amaçlasa da bu durum uygulamada mağduru daha da trajik bir hale sokabilmektedir. Buna karşın basına yansıyan olaylardan¹⁴ anlaşılacağı üzere şiddetin cezasız kalması yahut hükmedilen cezanın etkili bir infazının olmaması mağdur eşe yönelik şiddetin sistematik olarak artmasına hatta mağdur eşin hayatını kaybetmesine dahi neden olabilmektedir. Nitekim bu durum AİHM'in pek çok içtihadında kendine yer bulmuştur. Örneğin AİHM'in *J.I. v. Hırvatistan* başvurusuna konu olayda başvuru, babası tarafından cinsel tacize uğramıştır ve fail baba ceza infaz kurumunda bulunmaktadır. İzinli olarak cezaevinden çıktığı zamanda baba, başvuruçunun iddiasına göre kendisini akrabaları vasıtasıyla tehdit etmiştir. Başvuruçusu ulusal hukukta resen muhakemesi öngörülen tehdit suçuna ilişkin kolluk makamlarına başvurmuşsa da kolluk

¹² Aile içi şiddet fiillerinin adli makamlara yansımaması, farklı gruplardan kadınların aşağılanma, damgalanma, tutuklanma, sınır dışı edilme, işkence görme veya kolluk kuvvetleri de dahil olmak üzere kendilerine başka türlü şiddet uygulanmasından korkmaları nedeniyle karşılaştıkları ayrımcılığa dayanan ek faktörler nedeniyle de gerçekleşebilmektedir. Bkz. GARCIA/MARAVALL-BUCKWALTER, s. 622.

¹³ GARCIA/MARAVALL-BUCKWALTER, s. 624; SIMPSON, s. 144; ROBBINS, s. 214.

¹⁴ BBC News Türkçe, "Remziye Yoldaş cezaevinden firar eden kocası tarafından kızının gözleri önünde öldürüldü", 29 Ağustos 2020, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53955243> (Erişim Tarihi: 7/10/2024); Diken, "'Covid izni'yle cezaevinden çıktı: Boşanma aşamasındaki eşini öldürdü", 22 Mart 2023, <https://www.diken.com.tr/covid-izniyle-cezaevinden-cikti-bosanma-asamasindaki-esini-oldurdu/> (Erişim Tarihi: 7/10/2024); Dumlupınar Gazetesi, "Üç eşini de öldüren adam: Ben kadın düşmanı mıyım?", 28 Aralık 2023, <https://dumlupinargazetesi.com/haber/18600062/uc-esini-de-olduren-adam-ben-kadin-dusmani-miyim> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

görevlileri soruşturma başlatmamışlardır. AİHM'e göre polis durumdan haberdar olur olmaz derhal savcılığa durumu bildirmeli ve durum ceza muhakemesi dışında kalan bir olgu veya şikâyeteye tabi bir fiil olsa dahi polis başvuru bu hususta bilgilendirmeliyken¹⁵; somut olayda başvuru tehdit olayını bildirmesinin ardından duruma ilişkin bir tutanak düzenleyip düzenlemeyecekleri sorusuna polis memuru “hiçbir şey olmadığı için tutanağa gerek olmadığını” belirtmiştir¹⁶. Benzer şekilde *Opuz v. Türkiye* başvurusunda kolluk görevlilerinin tutumu da “Aile içi şiddete maruz kaldığı için polis karakoluna giden kadınlar, durumu özel ailevi mesele olarak görmeye eğilimli polisin olaya müdahil olmak konusundaki isteksiz tavrıyla karşılaşmaktadır” şeklinde ifade edilmiştir¹⁷.

B. Aile İçi Şiddet Fiillerinin Türk Ceza Kanunu'ndaki İzleri

Mağdurun fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik bütünlüğüne karşı gerçekleşebilen aile içi şiddet¹⁸; kasten öldürme, kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel saldırı biçiminde görünebilir de tek bir aile içi şiddet fiilinden bahsetmek mümkün olmadığı için çoğu zaman ceza kanunlarında bir aile içi şiddet tanımına yer verilmemektedir. Bununla beraber Avrupa Konseyi üyesi devletlerden İspanya ve İsveç'in ceza kanunlarında aile içi şiddet ceza kanununda bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında Almanya, Belçika, Bulgaristan, Avusturya ve İngiltere gibi diğer üye devletlerde aile içi şiddete karşılık gelen çeşitli suçlarda fail ve mağdur arasındaki bazı yakın ilişkilere cezayı ağırlaştıran bir hal olarak ceza kanunlarında yer verilmiştir¹⁹. TCK'da aile içi şiddet teşkil eden tüm fiiller tek bir suç tipine karşılık gelmemektedir²⁰ ve kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği

¹⁵ *J.I. v. Hırvatistan*, Başvuru no. 35898/16, 8 Eylül 2022, para. 95.

¹⁶ *J.I. v. Hırvatistan*, para. 10.

¹⁷ *Opuz v. Türkiye*, para. 96.

¹⁸ Bu şiddet türlerine dair detaylı bilgi için bkz. YAZAR BELİRTİLMEMİŞ, **Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı**, TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, <https://turkiye.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/aismelkitabi.pdf> (Erişim Tarihi: 7/10/2024), s. 7-8; ÜNAL, s. 2.

¹⁹ ERBAŞ, 2021, s. 5. İspanya Ceza Kanunu m. 173/2'de bir kişinin partnerine veya eşine fiziksel veya zihinsel şiddet eylemlerinde bulunması halinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Kastan yaralama gibi şiddet eylemleri durumunda buna ayrı cezalar eklenebilir. Ayrıca hâkim, saldırganın mağdurla veya evdeki yakınlarıyla herhangi bir temasta bulunmasını yasaklayacaktır. Bu yasak beş yıldan fazla sürebilmektedir. Bkz. PASAT, s. 399.

²⁰ Aile içi şiddet fiillerinden bir suça karşılık gelenler “*kasten öldürme ve nitelikli halleri ve taksirle öldürme, kasten ve taksirle yaralama, eziyet, çocuk düşürme, cinsel taciz, konut do-*

şiddet temelli birtakım suçların eşe karşı işlenmiş olması daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Söz gelimi; fiziksel şiddetin birer türü olarak kasten öldürme (m. 82/1-d), kasten yaralama (m. 86/3-a), eziyet suçunun (m. 96/2-b) ve hem fiziksel hem de psikolojik şiddet olarak nitelendirilebilecek kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (m. 109/3-e) eşe karşı işlenmesi daha fazla cezayı gerektirmektedir. Yahut cinsel ve ekonomik şiddet olarak nitelendirilebilecek olan fuhuş suçuna eşin konu edilmesi (m. 227/5) ile ekonomik şiddet olarak nitelendirilebilecek dilencilik suçunda eşin araç olarak kullanılması (m. 229/2) daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerdir. Bu durum kanun koyucunun aile kavramına yüklediği anlam ve değer bir tezahürü olmakla beraber, bahsi geçen suçların eşe karşı işlenmesinin daha kolay olmasıyla da ilgilidir.

Her ne kadar yukarıda sayılan fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddet temelli birtakım suçlarda fail-mağdur arasındaki eş ilişkisi daha fazla cezayı gerektiren bir hal olarak esas alınmışsa da malvarlığına karşı işlenen suçlarda bu durum bir şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı azaltan bir şahsi sebep olarak düzenlenmiştir. Örneğin TCK m. 167 uyarınca yağma ve nitelikli yağma hariç, malvarlığına karşı işlenen suçların; haklarında ayrılık kararı verilmiş eşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde fail hakkında cezaya hükmolunmamakta, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde ise fail eş hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza yarı oranda indirilmektedir. Nitekim benzer bir düzenleme, kanunun sistematığının aksine malvarlığına karşı işlenen suçlardan olan banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu bakımından da söz konusudur. Kanun koyucu yağma ve nitelikli yağma suçlarını istisna saymak suretiyle malvarlığına karşı işlenen suçların eşe karşı işlenmesini şiddet temelli suçlara nazaran daha tolere edilebilir görüp, bu hususu bir şahsi cezasızlık sebebi ve cezayı kaldıran bir şahsi sebep olarak öngörmüştür. Ancak ekonomik şiddetin yanında, fiziksel, psikolojik veya cinsel şiddet fiili şeklinde eşe karşı işlenen yağma ve nitelikli yağma suçları malvarlığına karşı işlenen bir suç olmasının yanında, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü de hedef aldığından yağma suçunun eşe karşı işlenmesi kanun koyucu nezdinde tolere edilebilir görülmemiştir.

kunulmazlığının ihlali, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma, fuhşa teşvik, birden çok evlilik, hileli evlenme, kötü muamele, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, çocuğun kaçırılması, alıkonulması” olarak sayılmıştır. Bkz. DEMİR, s. 225.

Fiilin hafif bir suç olması, mağdur ve şüpheli arasındaki yakın kişisel ilişkinin varlığı sebebiyle uyuşmazlığın ceza muhakemesi dışında çözülmesinin istenmesi, fiilin doğrudan kamu adına takip edilmesinde yarar görülmemesi veya mağdurun ceza muhakemesi yoluyla mahremiyetinin ihlal edilmesi riskinin bertaraf edilmek istenmesiyle bazı fiillerin muhakemesi mağdurun şikâyetine tabi tutulmuş olabilmektedir²¹. Örneğin mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aksine cinsel saldırının eşe karşı işlenmesi de bir suç olarak kabul edilmişse de bu suçun muhakemesi, mağdurun aktif bir iradesi olmaksızın devletin fail ve mağdur arasına girip müdahale etmek istememesi sebebiyle şikâyeteye tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak kasten yaralama suçunun eşe karşı işlenmesi, kasten öldürme, tehdit ve yağma gibi aile içi şiddetin farklı görünüm biçimleri olan suçların resen takibi öngörülmüştür. Dolayısıyla kanun koyucunun genel eğilimi, şiddet içerikli suçlarda mağdur ve fail arasındaki kişisel ilişkiye yahut mağdurun iradesine bakılmaksızın adli makamların olayı resen takip etmesi yönündedir.

II. AİLE İÇİ ŞİDDET FİİLLERİNİN RESEN MUHAKEMESİ

A. ABD Hukuku'nun Yaklaşımı: İsnadı Düşürmeme Politikaları (No-Drop Policies)²²

1960 ve 1970'li yıllarda ABD'de yükselen ve yaygınlaşan kadın hakları hareketinin etkisiyle aile içi şiddet ceza hukukunun ilgi alanına girmiş ve 1994 yılında Kadına Yönelik Şiddet Kanunu (*Violence Against Women Act/VAWA*) yürürlüğe girmiştir. VAWA, cinsiyet temelli şiddet mağduru olan kadınlara federal birtakım çareler öngörmüş, devlet kabahat düzeyinde bile olsa aile içi şiddet fiillerini soruşturmak için eyaletleri teşvik etmiş ve fon sağlamıştır²³. 2001 yılında VAWA tarafından fonlanarak hazırlanan bir raporla Aile İçi Şiddet Davalarının Kovuşturulmasına İlişkin Rehber İlkeler (*The Guidelines for Prosecution of Domestic Violence Cases*) oluşturulmuş ve bu rehber ilkelerle savcılar, aile içi şiddet faillerinin mağdurlar üzerinde tahakküm kurmaya çalıştıkları ve mağdurların güvenliğinin savcıların önceliği olduğu konusunda uyarılmıştır. Söz konusu Rehber İlkeler'de yer alan

²¹ NAKANE Tomohiro, "Prosecution Ex Officio or Following a Complaint by the Victim? An Analysis on Offences related to Violence against Women and Sexual Offences", *New Journal of European Criminal Law*, C. 12, S. 2, 2021, ss. 146-165, s. 154.

²² ABD Ceza Muhakemesi Hukuku'na göre isnadın duruşmadan önce düşmesi ceza yargılaması yapılmaması, yan davanın bir yargıç ve jüri önünde görülmemesi anlamına gelmektedir.

²³ SIMPSON, s. 143.

bir diğer önemli husus “*dikey kovuşturma (vertical prosecution)*” olmuştur. Aile içi şiddet konularında ihtisaslaşmış savcılarının varlığını gerektiren bu kovuşturma modelinde mağdur ve savcılık arasında iletişimin artırılması yoluyla savcının mağdurun endişelerini etkili bir şekilde azaltması hedeflenmiştir²⁴.

1980’li yılların sonu ve 1990’lı yıllardan itibaren ABD’de aile içi şiddet konusunda delile dayalı kovuşturma (*evidence-based prosecution*)²⁵ modeli yaygınlaşmaya başlamıştır. Bunda hem aile içi şiddetin ailevi bir mesele olmaktan çıkarak devletin müdahale etmesini gerektirdiğine dair kültürel anlayış değişikliği hem de aile içi şiddet faillerinin mağdurlar üzerinde baskı uygulamaları etkili olmuştur²⁶. Zira aile içi şiddet fiillerinin muhakemesi mağdurun şikâyetine tabi olduğunda, aile içi şiddetin iki insanı ilgilendiren özel bir mesele olduğuna ve devletin buna müdahale etmemesi gerektiğine dair bir mesajın taraflara verildiği kabul edilmektedir²⁷. Delile dayalı kovuşturma, aile içi şiddet davalarında savcı tarafından mağdurun katılımı olmaksızın şiddet uyguladığı iddia edilen sanıkların diğer ispat araçlarına başvurmak yoluyla mahkûm edilebilmesini mümkün kılan bir yöntemdir²⁸. Bu yöntem genellikle isnadı düşürmeme politikalarıyla (*no-drop policies*) tamamlanmakta olup bu politikalar aile içi şiddet mağdurunun soruşturma açıldıktan sonra şikâyetini geri almasına savcılık tarafından hukuki sonuç bağlanmamasını ve mağdurun iş birliği yapmaya yanaşmamasının isnadı düşürmek için savcıya bir takdir yetkisi vermemesini ifade etmektedir²⁹. Hatta bu durum öğretide “*soruşturmada iş birliği yapmayan mağdurun bypass edilmesi*” olarak isimlendirilmektedir³⁰. Yani aile içi şiddet fiilleri söz konusu olduğunda mağdur adli makamlarla iş birliği veya tanıklık yapmak istemese³¹

²⁴ FLANNIGAN, s. 485.

²⁵ Bu kovuşturma türü için “*mağdursuz kovuşturma (victimless prosecution)*” terimi de tercih edilebilmektedir. Bkz. FLANNIGAN, s. 482; CORSILLES Angela, “No-Drop Policies In The Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee To Action or Dangerous Solution?”, *Fordham Law Review*, C. 63, S. 3, 1994, ss. 853-882, s. 874.

²⁶ SIMPSON, s. 142.

²⁷ ROBBINS, s. 207.

²⁸ FLANNIGAN, s. 482.

²⁹ CORSILLES, s. 856.

³⁰ MILLS, s. 308.

³¹ Mağdurun iş birliği veya tanıklık yapmak istememesinin çeşitli sebepleri aile içi şiddetin siyah sayı olarak kalmasıyla aynı olup bunun yanında adli mercilerin mağdur suçlayıcı tavrı ve örülenmiş kadın sendromu yaşayan kadınların adli süreçle uğraşacak bir ruh halinin olmaması gösterilmiştir. Bkz. CORSILLES, s. 870-871.

dahi delile dayalı kovuşturmayaya dayanan isnadı düşürmeme politikaları muhakemenin ilerlemesine imkân sunmaktadır.

İsnadı düşürmeme politikaları öğretide aile içi şiddet faillerinin adalet önüne çıkarılmaya (*bring to justice*) başlanması olarak anılmaktadır³². Mağdurların aile içi şiddet fiili hakkında beyanda bulunmak istememesi üzerine bu politikayı uygulayan savcılar; şiddet olayına müdahale eden memurların ifadeleri³³, 911 çağrı kayıtları, mağdurda oluşan yaraların fotoğrafları, tıbbi kayıtlar, mağdurun komşu veya çocuklarının tanıklığı ve şüphelinin olay yerine gelen memurlara verdiği ifadeler gibi delillere dayanmaya başlamışlardır³⁴. İsnadı düşürmeme politikaları ABD'nin farklı eyaletlerinde “yumuşak” ve “sert” olmak üzere farklı düzeylerde uygulanmaktadır. İsnadı düşürmeme konusundaki bazı “yumuşak” politikalar savcılarını her aile içi şiddet olayına dair muhakemeyi ilerletmeye teşvik ederken, bazı “sert” politikalar ise faile karşı mağdurun halihazırda mevcut olan bir isnadı üzerine muhakemeyi ilerleten şekilde devam etmektedir³⁵. Hatta Utah, Wisconsin, Florida ve Minnesota'da savcılar resmi yazılı politikalarına isnadı düşürmemeyi de eklemiştir³⁶. Resmi yazılı bir dayanağa bağlı olmaksızın uygulanan isnadı düşürmeme politikaları genellikle eyalette yeni seçilmiş bir savcının görev gelmesiyle başlamakta ve zamanla ya da savcının görev süresinin dolmasıyla sona erebilmektedir. Bazı eyaletlerde ise savcılıkların mağdurun iş birliği olmaksızın aile içi şiddet fiillerine dair herhangi bir politikası bulunmamakta, isnadı düşürme veya muhakemeye devam etme her bir vakayı ele alan savcının takdirine bırakılmaktadır³⁷.

İsnadı düşürmeme politikalarının uygulanması esasında kamu yararına dayanmaktadır. Zira aile içi şiddetin birey ve aile düzeyindeki etkilerinin

³² SIMPSON, s. 142.

³³ ABD Yüksek Mahkemesi *Crawford v. Washington* içtihadında sanığın çapraz sorgu yapmasının mümkün olmadığı mağdur beyanlarının mahkeme tarafından kabul edilmesinin ABD Anayasası Altıncı Tadili'ndeki yüzleşme şartını (*confrontation clause*) ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu içtihat delile dayalı kovuşturmayı sınırlandırmıştır, zira mağdurun katılmaması halinde, soruşturma sırasında kolluk kuvvetlerine verdiği ifadeler, mağdur duruşmada ifade vermediği sürece delil olarak kabul edilmeyecektir. Bkz. FLANNIGAN, s. 482-483.

³⁴ SIMPSON, s. 144; ROBBINS, s. 216.

³⁵ Sert politikalara Duluth, Minnesota'daki savcılarının neredeyse hiçbir zaman mağdurun isteklerini dikkate almaksızın davaya devam etmeleri örnek gösterilmiştir. Duluth uygulamasında savcılar mağduru tanıklık yapmak isteyip istememelerinden bağımsız olarak duruşmaya çağrı kağıdıyla çağırılmaktadır. Bkz. CORSILLES, s. 862.

³⁶ SIMPSON, s. 145; CORSILLES, s. 863; MILLS, s. 308.

³⁷ SIMPSON, s. 145.

yanı sıra kadınların toplumsal olarak ikincilleştirilmesine dair topluma bir maliyeti bulunduğundan bu fiillerin takibi resen yapılmaktadır. Hatta bu durum, “bir erkek bir kadına her vurduğunda ve yaptığı her defasında yanına kâr kaldığında tüm kadınların hem önlenemeyen zarar riskinden hem de toplumsal eşitliği yönelik hareketin gecikmesinden zarar görmesi” olarak ifade edilmiştir³⁸. Isnadı düşürmeme politikalarıyla mağdurun güvenlik ihtiyacı karşılanmakta ve kovuşturma sürecine katılım yoluyla mağdur güçlendirilmektedir³⁹. Aile içi şiddet fiillerinin takibinin yalnızca mağdurun iradesine bırakılmaması, bu suçların muhakemesindeki kamu yararının sağlanması amacıyla kaynaklanmaktadır. Resen muhakemeyle faillerin hesap verebilirliğinin kesinliği artırılmakta, bu fiillerin cezasız kalmadığına dair topluma bir mesaj gönderilmekte, potansiyel failler bu fiilleri işlemekten caydırılmakta, özellikle kadınlar aile içi şiddetten korunmakta ve potansiyel mağdurlara güvence sağlanmaktadır⁴⁰. Nitekim isnadı düşürmeme politikalarının uygulanmaya başlanmasıyla ardından hazırlanan ilk raporlara yansıyan, bu zaman diliminden önce davaların yüzde elli ila yüzde sekseni düşürülürken bu politikaların tatbikinin ardından düşme oranının yüzde on ila yüzde otuz dört arasına gerilemesidir⁴¹. Bu sayılar isnadı düşürmeme politikalarıyla aile içi şiddet fiillerinin takibinin erozyona uğrama ve siyah sayı olarak kalma riskinin azaldığını ortaya koymaktadır.

B. Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nun Yaklaşımı: Pozitif Yükümlülükler Doktrini

Avrupa İnsan Hakları Hukuku sisteminde geçerli olan “yatay etki doktrini”⁴² uyarınca devletin görevi, yalnızca bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ve bu tür bir müdahaleden kaçınmaya zorlamak şeklindeki negatif yükümlülükten ibaret olmayıp buna ek olarak hukuk

³⁸ ROBBINS, s. 207.

³⁹ FLANNIGAN, s. 482.

⁴⁰ GARCIA/MARAVALL-BUCKWALTER, s. 622.

⁴¹ CORSILLES, s. 857.

⁴² Bu doktrin özel hukuk alanına giren ilişkilerde yani taraflardan birinin devlet olmadığı ya da devleti temsil etmediği durumlarda insan hakları hukuku ilkelerinin etkisini göstermesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin genellikle anayasalarda yer bulmasından hareketle bu eğilim “özel hukukun anayasallaşması”, “üçüncü kişilere etki” ya da en yaygın kullanımı ile “yatay etki” kavramları ile ifade edilmektedir. Bkz. PERDECİOĞLU İsmail Emrah, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 43, 2020, ss. 49-77, s. 54.

sisteminin teminat altına aldığı hak ve özgürlükleri kamu makamları ve görevlileri dışında özel kişilere karşı da korumaktır. Avurpa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8'in ihlali iddiası bakımından incelenen *X ve Y v. Hollanda* içtihadında şekillenen pozitif yükümlülükler doktriniyle, özel hayata veya aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesinin doğasında pozitif yükümlülüklerin bulunduğu ve bunların bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında dahi özel hayata saygıyı güvence altına almaya hasredilmiş bir takım tedbirlerin alınmasını içerdiği ortaya koyulmuştur⁴³.

Aile içi şiddet fiilleri bakımından da bireyin yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ve eşitlik gibi birtakım hukuki değerleri korumaya matuf olarak pozitif yükümlülükler doktrini geçerlidir⁴⁴. Devletin aile içi şiddet olaylarına ilişkin pozitif yükümlülükleri, ilk kez AİHM'in kilometre taşı niteliğindeki *Opuz v. Türkiye* kararında detaylı olarak ele alınmıştır⁴⁵. Karara konu olayda başvuru ve annesi birçok kez başvurusunun eski eşi tarafından tehdit, kasten yaralama ve kasten yaralamanın nitelikli hallerine maruz bırakılmış ve nihayetinde eski eş, başvurusunun annesini öldürmüştür. Başvuru her ne kadar birçok kez kasten yaralama ve tehdide uğradığını beyan etmişse de Hükümet, başvurusunun bunlara ilişkin şikâyetini geri alması sebebiyle muhakemenin sona erdiğini ifade etmiştir. AİHM ise

⁴³ *X ve Y v. Hollanda*, Başvuru no. 8978/80, 26 Mart 1985, para. 23. *X ve Y v. Hollanda* başvurusunda on altı yaşında olan zihinsel engelli kızının cinsel istismara uğradığına ilişkin belirtileri olan başvuru baba, kızın engel durumu sebebiyle şikâyetinde bulunmadığı için kızı adına şikâyetinde bulunmuştur (para. 9). Ancak yerel makamlar şikâyetin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması hasebiyle mağdur tarafından değil de baba tarafından yapılan bildirimi bir “şikâyet” olarak kabul etmemiş ve şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı ulusal hukuktaki itiraz sürecine rağmen kesinleşmiştir. AİHM ise ceza hukukunun *prima ratio* karakterini öne çıkararak, cinsel istismar gibi vahim bir olayda şikâyetin mağdur tarafından yapılmaması gerekçesiyle fiilen faile cezasızlık sağlanmasını ve bu durumda giderim yolu olarak yalnızca fail aleyhine tazminat davası açılabilmesini devletin pozitif yükümlülüğün gereğini yerine getirmemesi olarak değerlendirmiştir. Bkz. ERBAŞ, 2021, s. 2. Zira her ne kadar özel hukuk kişileri arasındaki haksız fiillere karşı özel hukuk yoluyla tazminat imkânı mümkün olsa da özel hayatın temel değerlerinin ve temel yönlerinin tehlikede olduğu bir durumda etkin bir caydırıcılığın sağlanabilmesi ancak ceza hukuku düzenlemeleri ile mümkün olabilecektir. *X ve Y v. Hollanda*, para. 27. Devlet, insan haklarının korunması için özel hukuk giderim yöntemlerinin yeterli olmadığı noktada ceza hukuku ile önleyici ve koruyucu tedbirler almalı, ceza hukuku bu noktada “*prima ratio*” karakterini göstermelidir. Ceza hukukunun aile içi şiddet olaylarında *prima ratio* karakterine ilişkin bkz. ERBAŞ, 2020, s. 222 vd.

⁴⁴ Nitekim AYM de AY m. 41 uyarınca ailede bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin aile içinde huzur ve barış ortamının sağlanmasına bağlı olduğunu nazara alarak devletin öncelikli yükümlülüklerinden birinin de aile içi şiddetin önlenmesi olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, 11/6/2020, para. 32.

⁴⁵ Kararın analizi ve devletin pozitif yükümlülüklerine dair detaylı bilgi için bkz. ERBAŞ, 2021, s. 2 vd.; ERBAŞ, 2020, s. 236 vd.

başvurucunun eski kocası tarafından maruz bırakıldığı aile içi şiddete karşı yetkili makamlar tarafından korunmaması nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının, annesinin öldürülmesi nedeniyle yaşam hakkının ve aile içi şiddet olayları karşısında devletin hareketsiz kalması nedeniyle kadın olan başvuru ve annesinin haklarının eşit şekilde korunmadığından hareketle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirirken şu hususları gözetmiştir: Öncelikle kamu makamları, objektif ve makul bir perspektiften bakıldığında bireylerin üçüncü kişilerin fiilleri nedeniyle gerçek ve yakın bir tehdit altında bulunduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bu tehdidi şüpheye yer bırakmayacak şekilde yerine getirmiş midir? Adli makamlar bu fiilleri önleme ve üçüncü kişileri caydırma amacıyla yetkisini kullanıp soruşturma yaparken bir taraftan aile içi şiddet fiillerinin sanığı bakımından AİHS m. 5, diğer taraftan aile içi şiddet fiillerinin müştekisi bakımından AİHS m. 8'deki yükümlülüklerine uygun davranmış mıdır?⁴⁶

AİHM'e göre aile içi şiddet olaylarında mağdur her ne kadar şikâyetini geri alsa da mağdurun AİHS m. 2, 3 ve 8 bağlamındaki hakları arasında devletin bir denge gözetmesi gerekmektedir. Şöyle ki devletler kovuşturmanın devam edip etmemesine ilişkin ceza hukuku sistemlerini dizayn ederken; suçun ciddiyeti, mağdurun zararının fiziksel veya ruhsal olması, olayda silahın varlığı, saldırı sonrasında tehdidin bulunup bulunmadığı, failin saldırıyı planlayıp planlamadığı, olayın aynı konutta yaşayan diğer aile bireylerine ve özellikle çocuklara etkisi, onlara karşı da saldırı tehdidinin bulunup bulunmadığı, mağdur veya risk altında olabilecek diğer bireylerin güvenliği ve sağlığına ilişkin tehdidin varlığı, mağdur-fail arasındaki ilişki, kovuşturmaya mağdurun beyanının aksine devam edilmesinin bu ilişki üzerindeki etkisi, fail-mağdur arasındaki ilişkinin geçmişi, taraflar arasındaki şiddet geçmişi ve failin adli sicil kaydında şiddet fiili bulunup bulunmadığı hususlarını gözetmelidir⁴⁷. Bu hususlar gözetildiğinde işlenen suçun ağırlığı ve başka suçların işlenmesi riskinin yüksek olduğu sonucuna varılıyorsa kamu yararı açısından da mağdurun beyanının aksine kovuşturmanın devamında fayda bulunmaktadır⁴⁸. Zira aile içi şiddet olayı gerçekleştiğinde bu fiillerin etkin bir şekilde soruşturulması da devletin pozitif yükümlülüğünün bir gereğidir.

⁴⁶ *Opuz v. Türkiye*, para. 129.

⁴⁷ *Opuz v. Türkiye*, para. 138.

⁴⁸ *Opuz v. Türkiye*, para. 139.

AİHM'e göre etkin soruşturmada⁴⁹ anlaşılması gereken, yerel mahkemele-
rin herhangi bir şekilde fiziksel veya psikolojik zararın cezasız kalmasına
izin vermemesidir. Nitekim bu, yetkili makamların aile içi şiddeti tolere
etmediğine dair kamuoyuna güven aşlamak için elzemdir⁵⁰.

AİHM'in *Opuz v. Türkiye* içtihadında vurgulanan aile içi şiddet olayla-
rında pozitif yükümlülükler doktrininin uluslararası bir sözleşmeyle ortaya
koyulması ihtiyacı üzerine İstanbul Sözleşmesi ihdas edilmiştir. Aile içi
şiddetle mücadele için koruyucu ve önleyici usule müteallik pek çok hükme
yer veren İstanbul Sözleşmesi, ayrıca hangi aile içi şiddet fiillerinin taraf
devletlerin ulusal hukukunda cezalandırılması gerektiğini de düzenlemiştir.
Sözleşme'nin m. 55/1. fıkrasında ise m. 35'te yer alan fiziksel şiddet, m.
36'da yer alan tecavüz dahil cinsel şiddet, m. 37'de yer alan zorla evlendirir-
me, m. 38'de yer alan kadın sünneti ve m. 39'da yer alan zorla çocuk dü-
şürme ve kısırlaştırma suçlarında taraf devletlere soruşturmaların tamamen
mağdur tarafından yapılan ihbar veya şikâyetle bağlı olmamasını ve mağdu-
run şikâyetini geri çekmesinden sonra bile muhakeme sürecinin devam et-
mesini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir⁵¹. Zira etkili soruşturma yükümlü-
lüğünün yerine getirilmesinin araçlarından biri de suçun muhakemesinin
resen yapılması (*ex officio proceedings*) ve mağdurların yargılamaya katılı-
mından bağımsız olarak sanıkların adalet önüne çıkarılmasının sağlanması-
dır. Bunun yanında nizasız muhakeme (*ex parte proceedings*) mağdur
şikâyetini geri alsa veya davaya katılmamaya karar verse de Cumhuriyet
savcısının resen kovuşturmaya devam etmesine olanak tanımaktadır. Bu
düzenlemenin amacı, ceza muhakemesinin başlatılması sorumluluğunu
mağdura yüklemekten muhakemenin yürütülmesini sağlamaktır⁵². Ancak

⁴⁹ Etkin soruşturma yükümlülüğü AİHM'in içtihatları ile belirlenmiş pozitif bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmakta olup, etkin soruşturma yükümlülüğü AİHS'ye dahil olan haklardan birinin ihlali halinde iç hukuk kapsamında yetkili makamlar tarafından gerekli incelemelerin ve araştırmaların yapılarak sorumluların tespit edilmesi, bu kişilerin cezalandırılabilmesi için adli makamlar önüne çıkartılmaları gibi işlemlerin tesisidir. Bu bağlamda etkin soruşturma yükümlülüğü ile taraf devletlere ihlal edilen hakka ilişkin soruşturmanın nasıl, hangi şartlarda ve kimler tarafından yapılacağı gibi konularda yükümlülükler yüklenmektedir. Bkz. BİLGE Burak, "AİHM İchtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2014, ss. 367-406, s. 368.

⁵⁰ *J.I. v. Hırvatistan*, para. 84.

⁵¹ AİHS m. 55'in mağdur bakımından oldukça zararlı etkileri olmasına rağmen psikolojik şiddet, ısrarlı takibi ve cinsel tacizi kapsamamasının eksiklik olduğuna dair bkz. GARCIA/MARAVALL-BUCKWALTER, s. 621.

⁵² NAKANE, s. 150; GARCIA/MARAVALL-BUCKWALTER, s. 620-621.

taraf devletlerin m. 55'in aksine fiziksel şiddet bağlamındaki küçük suçları (*minor offences*) şikâyeteye tabi tutmak için Sözleşme'ye çekince koyması m. 78 ve 79 uyarınca mümkündür. Fiziksel şiddetin bu ağır olmayan türünün ne olduğunu ceza kanunlarında tanımlamak taraf devletlerin takdirinde olduğu gibi bu bağlamda Ermenistan, Finlandiya, Letonya, Kuzey Makedonya, Polonya, Romanya ve Slovenya bu madde uyarınca çekince koymuştur⁵³.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarına da etkili soruşturmada bahsedebilmek için sıralanan kriterler arasında resen muhakeme başı çekmektedir⁵⁴. Zira etkili soruşturma yükümlülüğü yerine getirilmediğinde bir hak ve özgürlüğün ihlalinde sistematik bir cezasızlık durumu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de mağdurun delillerin elde edilmesinde iş birliği yapmaması veya isteksiz olması hali etkili soruşturmanın yürütülmesine engel olsa dahi bu durum devletin gerekli özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır⁵⁵. Mağdurun yargılamaya katılmaması veya isteksizliği her ne kadar ispat güçlüklerine yol açsa da İstanbul Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu'nda kolluk görevlilerinin en azından ölümle veya bedensel zararlar sonucunda fiziksel şiddet gibi ciddi suçlarla ilgili olarak, mağdur ifadesini veya şikayetini geri çekse dahi yargılamanın yürütülebilmesini sağlamak amacıyla, somut deliller, tanık ifadeleri, tıbbi uzmanlık gibi delilleri toplamak için proaktif bir şekilde soruşturma yürütmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶.

⁵³ NAKANE, s. 150.

⁵⁴ “Soruşturmaya resen ve derhal başlanmalı (i), soruşturma “tarafsız ve bağımsız” yürütülmeli (ii) soruşturmada “etkili deliller” toplanmalı (iii), soruşturma “makul bir özen ve süratle” tamamlanmalı (iv), soruşturma “kamusal denetime açık ve şeffaf” olmalı (v) ve soruşturma sonucunda bir kişinin suçlu olduğu sonucuna ulaşılmış ise, faile “caydırıcı bir ceza” verilmelidir (vi).” Bkz. ŞİRİN Tolga, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 1577-1607, s. 1582.

⁵⁵ *Branko Tomašić ve diğerleri v. Hırvatistan*, Başvuru no. 46598/06, 15 Ocak 2009, para. 62. Örneğin aile içi şiddet fiillerine karşılık gelecek şekilde örneğin Norveç Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 62/a-1 ve 244/1 uyarınca soruşturma ve kovuşturma mağdurun ihbarına veya kovuşturma başvurusuna bağlı olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Bkz. GREVIO, Baseline Evaluation Report Norway, <https://rm.coe.int/grevio-inf-2022-30-report-norway-eng-pour-publication/1680a923f8> (Erişim Tarihi: 7/10/2024), para. 250.

⁵⁶ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, para. 280, <https://rm.coe.int/1680a48903> (Erişim Tarihi: 7/10/2024). Esasında İstanbul Sözleşmesi’nin ihdasından önceki dönemde Avrupa Konseyi’nin 2002 tarihli Tavsiye Kararı’nda üye devletlerin ceza hukukunun, bir kişiye yönelik her türlü şiddet eyleminin, özellikle de fiziksel veya cinsel şiddetin, yalnızca ahlak, şeref veya namus ihlali değil, söz konusu kişinin fiziksel, psikolojik ve/veya cinsel özgürlüğünün ve bütünlüğünün ihlali anlamına gelmesini sağlamaları, ardından taraf devletlerin kadına yönelik şiddet olaylarında ceza muhakemesini resen savcı tarafından başlatılmasına dair hüküm-

III. AİLE İÇİ ŞİDDET FİİLLERİNİN RESEN MUHAKEMESİNİN SONUÇLARI İTİBARIYLA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Mağdur Bakımından Değerlendirme

1. Mağdurun Kırılgnlık Statüsü ve Otonomisi

Aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesinde kırılgn statüde kabul edilen mağdurun korunması ihtiyacı belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla korkma, çekinme, engel durumu, ekonomik olarak dezavantajlı durumda bulunma ve aile içi şiddetin mağdur tarafından anlaşılamadığı durumlarda şiddet fiilinin resen muhakemeye konu olması mağdurun korunması bakımından isabetli olabilmektedir. Devletin kırılgnlık karşısında aktif bir davranışta bulunması, kamu yararından mülhem olarak hem sosyal adaletin⁵⁷ hem de insan hakları hukuku bağlamında pozitif yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu nedenle bazı hallerde hak sahibinin kırılgnlık⁵⁸ statüsü gözetilerek ona uygun birtakım düzenlemeler yapılmalıdır. Kırılgnlığın sınırlarının belirlenmesi ve bir kişi veya grubun kırılgn olarak tasnif edilerek korunması için herkes bakımından geçerli olan kuralların dışında başka birtakım kurallara başvurulması gerekebilir. Bu kapsamda da kırılgnlık hukuki düzenlemelerin doğasını değiştirebilmektedir⁵⁹. Örneğin TCK m. 233'te aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunun temel şekli şikâyet tabi olarak düzenlenmişken; failin hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk etmiş olması durumunda bahsi geçen suçun resen muhakemesi kabul edilmiştir. Yani kanun koyucu özellikle hamile durumda bulunan eş objektif olarak daha çaresiz ve korunmaya muhtaç olarak değerlendirmiştir. Kırılgnlık aynı zamanda kırılgn bireyin ilişki içinde olduğu diğer kırılgn bi-

lere yer vermesi gerektiğine yer verilmişti. Bkz. 30 Nisan 2002 tarihinde Bakanlar Komitesi'nin 794. toplantısında alınan 2002 (5) sayılı Kadınların Şiddete Karşı Korunması Hakkında Tavsiye Kararı m. 34 ve 39 [https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:\[%2209000016805e2612%22\],%22sort%22:\[%22CoEValidationDate%20Descending%22\]}](https://search.coe.int/cm/#{%22CoEIdentifier%22:[%2209000016805e2612%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]}) (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

⁵⁷ Bkz. ÖZDEMİR Nadire, "Kırılgnlık Kavramı ve Özerklik Değeri Işığında Devletin Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 151, 2020, ss. 361-381, s. 375.

⁵⁸ Kırılgnlık kavramına dair bkz. ÖZDEMİR, s. 362 vd. Kırılgnlığın biyolojik, kişisel, ekonomik, sosyal ve kültürel koşullara bağlı olarak herkes için söz konusu olabileceği evrensel yaklaşımlar ve kırılgnlığın yalnızca belirli kişi ve gruplar için geçerli olabileceğini kabul eden dar yaklaşımlar bulunmaktadır. Örneğin dar yaklaşımlar arasında zikredilen Avrupa Cinsiyet Eşitliği Enstitüsü'ne göre kadınlar ve çocuklar da kırılgn grupta kabul edilmişlerdir. Bkz. ÖZDEMİR, s. 364.

⁵⁹ ÖZDEMİR, s. 371.

reyleri de dikkate almayı gerektirmektedir. Örneğin aile içi şiddet faili hakkında verilen bir ceza muhakemesi kararı; yalnızca şiddet faili ve mağdurunu değil, varsa fail ve mağdurun müşterek ve hatta müşterek olmayan çocuklarını dahi etkileyeceğinden yargılama makamları bu koşulları da göz önünde bulundurmalıdır⁶⁰.

Kırılğanlığın herkes için geçerli hukuki düzenlemelerden farklı hükümleri gündeme getirmesi kırılğan statüde olanları özgür ve serbest bir şekilde karar verip hareket eden otonom insandan farklılaşmaktadır. Bu nedenle de aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesi mağdurun otonomisine bir müdahale teşkil etmektedir. Örneğin; *State v. Taylor* davasında hâkimin şu sözleri mağdurun otonomisine ağırlık veren yaklaşımı sert bir şekilde ortaya koymaktadır:

*“Bence bu kadın kocası tarafından öldüresiye dövülmeyi isteyecek kadar deliye ve geri dönüp onunla evlenmek istiyorsa, bu onun bileceği bir iş. Eğer yükseğe çıkıp binadan atlamak isteseydi, ben yanında olmasaydım onu durduramazdım. Bu onun hayatı. Fotoğrafları gördüm. Bence o deli. Ben ne yapayım?”*⁶¹

Bunun haricinde aile içi şiddet mağdurlarının genellikle kadınlar olduğu dikkate alındığında bu mağdurların failin cezalandırılmasını değil de yalnızca şiddetin sona ermesini istemesi halinde suçun resen muhakemesinin otonomisine bir müdahale teşkil ettiği de ileri sürülmüştür. Bu tür durumlarda zorunlu ceza muhakemesi yerine aile içi şiddetin sona ermesi için eğitim ve destek programlarına başvurulmasının daha fazla işlevsel olduğu ve ayrıca mağdurun otonomisinin ihlal edilmesinin önüne geçtiği savunulmuştur⁶². Öte yandan örselenmiş kadın sendromu yaşayan kadınların içinde bulunduğu ajite durumun rasyonel şekilde karar verme ihtimalini azalttığı veya ortadan kaldırdığı ve bu halde mağdurun şikâyetini geri almasına hukuki sonuç bağlanarak muhakemenin sona erdirilmesinin “mağdura karşı failin eline koz vermek” olacağı savunulmaktadır⁶³. Her iki eleştiriye hak vermekle beraber

⁶⁰ ÖZDEMİR, s. 373.

⁶¹ Akt. ROBBINS, s. 212. Türk kamuoyunda kadına yönelik şiddetle ilgili ses getiren benzer bir durum için bkz. NTV Haber, “Berfin Özek’in Yüzüne Kezzap Atan Adamla Evlenmesi”, 13 Aralık 2021, https://www.ntv.com.tr/turkiye/berfin-ozek-yuzune-kezzap-atan-eski-sevgilisiyle-evlendi,ylhC0Ydupkm_5YNDfh4Prw (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

⁶² NAKANE, s. 161.

⁶³ ROBBINS, s. 218-219.

kanaatimizce Türk Hukuku'nda 6284 sayılı Kanun'la önleyici ve koruyucu tedbirlere yer verildiğinden bu tedbirlerden yararlanan mağdurun durumunun bilhassa nazara alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira koruyucu ve önleyici tedbirlerden etkili bir şekilde yararlanarak kırılğan olma durumu ortadan kalkan veya bu tedbirlere gereksinim dahi duymaksızın kırılğan statüde olmayan mağdurun şikâyetini geri almasına hukuki sonuç bağlamama mağdurun otonomisini ihlal etme riski taşımaktadır. Kırılğanlık otonomi ile desteklenmediğinde de paternalist sosyal politikalar aracılığıyla müdahaleler artmakta ve süregelen yeni kırılğanlıklar türetilmesi riski bulunmaktadır⁶⁴.

2. İkincil Mağduriyet

Mağduru fail hakkında beyanda bulunmaya zorlamadığından aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesinin hem mağdurun travmatize olmasını önlediği hem de failin mağdurun aleyhinde beyanda bulunması ihtimalinde dahi mağdura karşı daha fazla saldırgan olması riskini azalttığı kabul edilmektedir. Hatta bu durum 2004 tarihli Aile içi Şiddete Karşı Alabama Koa-lisyonu Raporu'na şu şekilde yansımıştır:

*“Salt mağdurun beyanı yerine öncelikli olarak kolluk kuvvetleri tarafından toplanan delillere güvenerek savcılar hem failin mağdura karşı yeniden şiddet uygulaması riskini azaltabilir hem de kovuşturmanın başarılı olma olasılığını artırabilirler.”*⁶⁵

Ancak failin resen muhakemesine rağmen failin mağdura karşı daha saldırgan olmayacağı bir ihtimal olmanın ötesine geçememektedir. Zira bu halde de failin aile içi şiddet olayı hakkında en başta polise ihbarda bulunan mağduru sorumlu tutması ve daha da öfkelenmesine yol açarak mağdura karşı şiddetini tekrar etmesi riski bulunmaktadır⁶⁶. Nitekim ABD'de isnadı düşürmeme politikalarıyla aynı dönemde gündeme gelen zorunlu yakalamaların (*mandate arrest*), aile içi şiddet failinin işsiz olduğu veya adli sicil kaydında mahkûmiyet geçmişi bulunan bir kimse olduğu durumlarda failin mağdura karşı şiddet uygulama ihtimalini artırdığı ampirik çalışmalarla ortaya koyulmuştur⁶⁷.

⁶⁴ ÖZDEMİR, s. 375.

⁶⁵ FLANNIGAN, s. 484.

⁶⁶ CORSILLES, s. 875; SIMPSON, s. 148.

⁶⁷ MILLS, s. 308.

Aile içi şiddetle mücadele için öngörülen resen muhakeme önleyici tedbirlerle desteklenmediğinde ikincil mağduriyet olarak şiddete uğrama riskinin gerçeğe dönüşmesi her zaman için ihtimal dahilindedir. Bu nedenle aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesinin failin ruh sağlığına yönelik tedavi programlarıyla desteklenmesi gerektiği savunulmuştur. Zira yalnız başına ceza hukuku yaptırımlarının faili aile içi şiddet fiilinden caydırma noktasında sınırlı bir etkisi olup bazı durumlarda sırf kendisine yaptırım uygulandığından bahisle fail kendisini mağdur olarak da algılayabilmektedir⁶⁸.

Kamuoyunda çoğu zaman ikincil mağduriyet olarak isimlendirilen bir diğer hal de şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verildiğinde veya hapis cezasına hükmedildiğinde ekonomik olarak şüpheli veya sanığa bağımlı olan mağdurun hayatını idame ettirmekte zorlanmasıdır. Ancak kanaatimizde bu hal ikincil mağduriyet olarak kabul edilip resen muhakemenin sakıncalı bir tarafı olarak ele alınamaz, zira sanığın aile içi şiddet fiili dışında söz gelimi üçüncü bir kişiye karşı işlediği şiddet fiili sebebiyle de hapis cezasına mahkûm edilmesi hali şüpheli veya sanığa ekonomik olarak bağımlı eşinin hayatını idame ettirmekte zorlanması anlamına gelmektedir. Fakat bu durum sanık hakkında bakmakla yükümlü olduğu eş veya çocuklarının bulunması sebebiyle muhakemenin sona ermesini ya da etkilenmesini gerektiren bir hal olmamakta; yalnızca cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesinde, adli para cezasının miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Ayrıca ifade edilmeli ki; hayatını idame ettirmekte zorlanan ve şiddet mağduru olan kimsenin korunması ve desteklenmesi sosyal devletin bir görevi olup⁶⁹ şiddet failine cezasızlık sağlamak yerine devletten bu görevlerini yerine getirilmesini beklemek daha isabetli ve yerinde olacaktır.

Aile içi şiddet fiillerinin resen muhakemesinin mağdurların hiçbir zaman şikâyetlerini geri alamayacaklarından bahisle durumu adli makamlara intikal etmekten çekineceklerine dair endişe de ileri sürülmüş, ancak Kaliforniya’da isnadı düşürmeme politikasının uygulandığı 1989 ve 1993 yılları arasında polise yapılan aile içi şiddet çağrılarında yüzde yirmi yedi oranında bir artış olması örnek gösterilerek bu endişenin yersizliği ortaya koyulmuştur⁷⁰.

⁶⁸ NAKANE, s. 162.

⁶⁹ Bu konuda bkz. KOLAY ÇEPNİ Şükran / ÖZBESLER Cengiz, “Eşleri Cezaevinde Olan Kadınlar ve Sosyal Hizmet: Nitel Bir Araştırma”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 13, S. 75, 2020, ss. 748-764.

⁷⁰ ROBBINS, s. 221.

TCK m. 86/3 kapsamında eşe karşı işlenen kasten yaralama suçunun düzeyi basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir olsa dahi şikâyeteye tabi olmaması AYM tarafından da değerlendirilmiştir. Kural olarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilir kasten yaralama suçunun (BTM yaralama) takibi şikâyeteye tabi olmakla beraber bu suçun eşe karşı işlenmiş olması suçun resen takibini gerektirmektedir. AYM'nin somut norm denetimine konu bir olayda⁷¹, TCK m. 86/3-a uyarınca eşe ve kardeşe karşı işlenen kasten yaralama suçunun şikâyeteye tabi olmamasının basit yaralama hali bakımından affetme veya barışma gibi kavramları peşinen yok saydığı, aile bireyleri arasındaki çatışmayı derinleştirdiği, kişilerin vazgeçme hakkını ortadan kaldırdığı, faili ıslah edebilecek düzenlemeler yerine doğrudan cezalandırmanın toplum huzuru, adalet anlayışı ve ailenin korunması ile bağdaşmadığı, eşe karşı basit yaralama suçunun şikâyeteye tabi olmaması nedeniyle bu suçu işleyenler ile eşe karşı cinsel saldırı suçu işleyenler arasında eşitsizlik yaratıldığı belirtilerek bahsi geçen düzenlemenin Anayasa m. 2, 5, 10, 11, 14, 36 ve 41'e aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir⁷². AYM; kanun koyucunun izlediği suç ve ceza politikası gereğince ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağını, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir⁷³. Buna paralel olarak ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması da izlenen suç ve ceza siyaseti ile ilgili olduğunu, kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesinin anayasal denetiminin kapsamı dışında olduğunu ifade etmiştir.

AYM'ye göre; BTM yaralamanın aile içinde daha kolay işlendiğini dikkate alan kanun koyucu, takdir yetkisi kapsamında aile içi şiddet suçlarının azaltılmasını ve gizlenmesini önlemek amacıyla aile bireyleri arasında işlenen bu suçun resen takibi ve verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını öngörmüştür⁷⁴. Söz konusu düzenleme eşitlik ilkesi bağlamında değerlendirildiğinde ise; aileyi koruyucu düzenlemeler yapmak devletin pozitif yükümlülükleri arasında olduğundan bu düzenleme ile yaratılan farklılığın aile içi şiddet suçlarının azaltılması ve aile içinde eşe veya kardeşe yönelik işlenen

⁷¹ AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, 11/06/2020.

⁷² AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, 11/06/2020, para. 23.

⁷³ AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, 11/06/2020, para. 26.

⁷⁴ AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, 11/06/2020, para. 30.

suçların gizlenmeden kovuşturulmasının sağlanmasına yönelik objektif ve makul bir nedene dayandığından anayasaya aykırı bulunmamıştır.

Kanaatimizce BTM yaralama ile önemli bir bedensel zararın oluşmadığı ileri sürülebilirse de AYM'nin bu kararı devletin aile içi şiddete karşı bireyleri koruması yükümlülüğü gözetildiğinde isabetlidir. Zira AİHM'e göre ağır bedensel zarar veya ağır fiziksel ya da zihinsel bir ıstırap olmaksızın da aşağılayıcı veya küçük düşürücü veya kişide korku, endişe veya aşağılama uyandıran bir davranış da insanlık dışı ve onur kırıcı bir davranış olarak değerlendirilebilir. Nitekim mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde küçük düşürülmesi, o davranışın onur kırıcı muamele olmasına yetebilir⁷⁵.

B. Adli Sistem Bakımından Değerlendirme

1. Mağdurun İş Birliği Yapmaktan İmtina Etmesi

Özellikle BTM yaralamalarda ya da sözlü tehdit gibi fiillerde mağdurun beyanı olayın aydınlatılmasında tek delil olabileceken iş birliği yapmayan mağdurun varlığı bu anlamda aile içi şiddet olayının delile dayalı kovuşturmaya tabi olmasında pratik bir sonuç vermemektedir⁷⁶. Bu nedenle de isnadı düşürmeme politikalarının aleyhine olarak sürülen görüşlerden bir diğeri kovuşturma kaynaklarının israfıdır. Mağdurun iş birliği yapmaması ve delillerin zayıf olması halinde yüksek bir ihtimalle beraatle sonuçlanacak aile içi şiddet olaylarında yapılan yargılama masrafları devlete yüklenecek ve daha önemli davalar için harcanabilecek kaynaklar heba edilmiş olacaktır⁷⁷. Masraf kaygısı dışında mağdurların ilk beyanlarının muhakemenin ilerleyen safhalarındaki beyanlarından farklı olması ve samimi beyanda bulunmaktan kaçınmaları aile içi şiddetin siyah sayı olarak kalmasını önlemek için resen takip hükümlerini de anlamsızlaştırmakta ve aile içi şiddet fiillerinin ispatını aşındırmaktadır⁷⁸. Bu aşınma da aile içi şiddet suçlarında ceza adalet sisteminin verimsizliğine ve düşük hapsetme oranlarına yol açmaktadır⁷⁹.

⁷⁵ *J.I. v. Hırvatistan*, para. 85.

⁷⁶ SIMPSON, s. 149.

⁷⁷ CORSILLES, s. 875.

⁷⁸ Aşınma veya yıpranma olarak Türkçe'ye çevrilebilecek "*attrition*" kavramının kriminolojideki karşılığı vakaların ceza adalet sistemindeki bir dizi potansiyel çıkış noktasının birinden yararlanarak sistemden çıkma sürecidir. Bkz. CHOPIN Julien/AEBI Marcelo F., "The Level of Attrition in Domestic Violence: A Valid Indicator of The Efficiency of a Criminal Justice System?", *European Journal of Criminology*, C. 17, S. 3, 2020, ss. 267-287, s. 269.

⁷⁹ CHOPIN/AEBI, s. 270.

Eşler arasında işlenen şiddet temelli suçlar genel olarak olayın sicağıyla mağdur eşin kolluk makamlarına ve adli mercilere başvurması suretiyle resmi olarak kayıtlara girmektedir. Bu bağlamda eşlerin yaşadıkları toplum, aile yapıları, sosyo-ekonomik durumları gibi birçok etkene bağlı olarak eşler arasında işlenen şiddet temelli suçlar çoğu kez adliyeye intikal etmese dahi olayın sicağıyla yahut bir noktada mağdur eş için şiddetin çekilmez hale gelmesi durumunda eşler arasında işlenen şiddet temelli suçların adliyeye intikal ettiği görülmektedir. Buna karşın mağdur eşin ekonomik yönden fail eşe bağımlı olması, yaşadığı toplumun kabulleri ve aile desteğinden mahrum kalması, ortak çocuğun bulunması gibi durumlarda mağdur eşin, eşi tarafından kendisine karşı işlenen suçları adliyeye intikal ettirme noktasında tereddüt yaşadığı ve uğradığı şiddeti kabullenmek durumunda kaldığı görülmektedir⁸⁰. Nitekim İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 2003 yılında aile içi şiddete ilişkin yürütülen bir ankette aile içi şiddete uğradığını beyan eden iki yüz otuz dört katılımcıdan yalnızca yirmisi bu olayla ilgili şikâyetçi olduğunu belirtmiş, bu kişilerden dördü şikâyetini geri almışken ikisi ise zorla geri aldığını beyan etmiştir. Durumdan haberdar kolluk ve Cumhuriyet savcısı dokuz olayda olayın aile içinde çözümüne kavuşturulmasına çalışmış, üç olayda ise konuyla hiç ilgilenmemiştir⁸¹.

Öğretide mağdurun iş birliği olmaksızın delile dayalı kovuşturmanın maddi gerçeğe ulaşma noktasında pratik sonuç vermemesi ihtimaline karşı mağdurun tanıklık yapmaya zorlanması bir seçenek olarak değerlendirilmiştir. Ancak mağdurun tanıklık yapması halinde delillerin müşterekliliği ve yüz yüzelik ilkesi uyarınca sanıkla duruşmada bir araya gelmesi ve dolayısıyla mağdurun ikincil mağduriyetine yol açabilmesi de mümkündür⁸².

⁸⁰ Aile içi şiddet olaylarında mağdurun ekonomik durumu, çocuk sahibi olup olmaması daha önce failden şikâyetçi olup olmaması gibi hususlara dair istatistiki veriler oldukça sınırlı olduğundan uygulamada karşılaştığımız mağdurların beyanlarından hareketle bu tespit yapılmıştır. Zira Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu'nun 2021 Yıllık Veri Raporu uyarınca erkekler tarafından öldürülen iki yüz seksen kadından tespit edilebildiği kadarıyla ikisi emekli, yedisi bir yerde çalışmamakta ve otuz sekizi bir işyerinde çalışmaktadır. İki yüz otuz üç kadının ise çalışma durumuna dair bir veri bulunmamaktadır. Ayrıca rapora göre kadınların yüzde elli altısının çocuk sahibi, yüzde biri hamile, yüzde dördü çocuk sahibi değil ve yüzde kırkının ise durumu bilinmemektedir. Bkz. <https://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/veriler/3003/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2021-yillik-veri-raporu> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

⁸¹ DEMİRBAŞ Zeynep Ferda, Aile Bireylerine Karşı Fena Muamele, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 97.

⁸² SIMPSON, s. 150-151. İstanbul Sözleşmesi m. 18/3 uyarınca taraf devletlerin yükümlülüklerinden biri de ikincil mağduriyetin ortaya çıkmasını engellemektir.

Mağdurun iş birliği yapmaktan imtina etmesi hali için İstanbul Sözleşmesi'ne taraf olan Gürcistan Ceza Muhakemesi Hukuku'nda 2020 yılında yürürlüğe giren bir düzenlemeye değinmek gerekir. Aile içi şiddet mağdurunun, hiç kimsenin kendisi veya yakını aleyhine suçlayıcı beyanda bulunmak zorunda olmadığını düzenleyen Gürcistan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m. 49/1-d uyarınca şiddet gören kimse mahkemede eşi veya yakın bir akrabası aleyhine tanıklık yapmayı reddedebilmektedir. Bu gibi durumlarda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 2020'de yapılan değişiklik uyarınca savcı veya hâkim; aile içi şiddet davasında sanığın eşi veya yakın akrabası olan (Gürcistan Ceza Kanunu m. 1261 kapsamında) veya aile içi bir suçun mağduru olan (m. 111 kapsamında) ve suçun bir sonucu olarak kişisel olarak duygusal veya fiziksel zarara veya maddi zarara uğrayan bir mağdura üç günlük bir düşünme süresi ile tanık ve mağdur koordinatörü ile bir istişare sunmalıdır (m. 50/5). Bu tür hükümler, mağdurun yakın bir akrabası aleyhine tanıklık etmeyi reddetmesini önlemek ve beraat kararının sonucu olabilecek tekrarlanan şiddet ve şiddet tehdidi riskinden kaçınmak için savcılık/hâkim için güvenceler olarak görülebilir⁸³.

Eşler arasında işlenen şiddet temelli suçların resen takip edilmesi ile uygulamada en çok sorunla karşılaşılacak durum, mağdur eşin failin ceza alması için mevcut diğer deliller ile çelişkili ve hayatın olağan akışı ile bağdaşmayan beyanlarda bulunmasıdır. Aile içi şiddetin genellikle özel alanda gerçekleşmesi ve mağdur dışında bir tanığının bulunmaması failin ispatlanması noktasında güçlükler yol açmakta ve mağdurun beyanı çoğu durumda en temel delil olmaktadır⁸⁴. Ancak özellikle olayın sıcaklığıyla verilen samimi ve oluştaya uygun beyanlarının yargılamanın ileriki safhalarında değiştirildiği, ilk beyanlardan rücu edildiği görülmektedir. Bu noktada savunma ve özellikle ilk beyanların mantıklı gerekçelerle değiştirilmesi durumunda fail hakkında beraat yahut kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar (KYOK) verildiği görülmektedir. Suçun sübutu hususunda beyanlardan rücu edilmesi şüpheye sebebiyet veriyorsa pek tabiidir ki şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği beraat ya da KYOK⁸⁵ verilmesi yerinde olacaktır. Ancak bazen yargılama makamlarının veya Cumhuriyet savcılıklarının mantıklı gerekçelere da-

⁸³ GREVIO, Baseline Evaluation Report Georgia, 2022, para. 351-352 <https://rm.coe.int/grevio-report-on-georgia-2022/1680a917aa> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

⁸⁴ GARCIA/MARAVALL-BUCKWALTER, s. 624.

⁸⁵ Bu durumda gündeme gelecek şüphenin iddianame tanzim etmeye yeter şüpheden daha hafif bir derecede olması gerekmektedir.

yanmasa dahi mağdur eşin beyanından rücu etmesi ve şikâyetini geri almasını göz önünde bulundurarak bu yönde kararlar verebildikleri görülmektedir⁸⁶. Bu noktada örnek teşkil etmesi amacıyla Yargıtay kararlarına değinmekte fayda vardır:

Yargıtay kararına konu bir olayda⁸⁷; soruşturma aşamasındaki sanık ve mağdur beyanı uyarınca sanık kızını elindeki sopa ile dövmeye başlamış ve sanığın eşi olan mağdurun olaya müdahale etmeye çalışması üzerine sanık mağdurun koluna sopa ile vurarak basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir şekilde yaralanmasına neden olmuştur. Kovuşturma aşamasında ise mağdur, *“olay günü eşim kızımın okuldaki davranışları nedeniyle kızımı darp ediyordu, ben araya girerek engellemeye çalıştım, onları ayırmaya çalışırken kızım salladığı sopa bana geldi, eşimin beni darp etme kastı yoktur, ... ben sanıktan şikâyetçi değilim”* şeklinde beyanda bulunmuş ve ilk derece mahkemesi soruşturma aşamasındaki beyanlarından rücu eden mağdurun beyanına ve dosyadaki darp raporuna dayanarak sanığın fiilinin taksirle yaralama suçunu oluşturduğuna ve bu suçun da şikâyet tabi olması nedeniyle şikâyet yokluğundan davanın düşmesine karar vermiştir. Yargıtay ise sanığın mağdurun koluna sopayla vurması fiilinin sanık ve mağdurların kolluk aşamasında alınan beyanlarından sabit olduğu anlaşılmasına rağmen fiilin TCK m. 86/2, 86/3-a-e’de düzenlenen kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfının tayininde hataya düşülerek verilen düşme kararının hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay kararına konu bir diğer olayda⁸⁸ ise; mağdurun ilk beyanları uyarınca, sanık suç tarihinde ayrı yaşadığı eşi mağdurla konuşmak için mağdurun yaşadığı eve gitmiş ve *“bunları sana ben aldım, bana geri vereceksin”* diyerek mağdurun kolundaki bilezik ve altın künyeyi almıştır. Mağdurun karşı koyması üzerine sanık taşıdığı av bıçağını çekmiş ve mağdurun kaçarak bir odaya kendisini kilitlemesi üzerine *“tekrar geleceğim ve seni öldüreceğim”* şeklinde sözler söyleyerek evden ayrılmıştır. Ancak kovuşturma aşamasında mağdur, sanığın bilezik ve künyeleri ihtiyaç halinde bozdurmak koşuluyla kendisine verdiğini ve bu nedenle sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmiştir. İlk derece mahkemesi, mağdurun soruşturma aşamasındaki

⁸⁶ Bu durumun esasen takdire tabi bir yönü bulunmadığından bir yetki aşımı durumu olduğu kanaatindeyiz.

⁸⁷ Yargıtay 12. CD, E. 2019/13142, K. 2021/3856.

⁸⁸ Yargıtay 6. CD, E. 2020/641, K. 2021/6814.

ilk beyanlarından rücu ettiğini nazara almış ve kovuşturma beyanına üstünlük tanımıştır. Buna göre; mağdurda bulunan altın ve bileziklerin ailenin ihtiyaçları için gerekli olduğunda bozdurulup kullanılmak maksadıyla sanık tarafından alındığı, bu nedenle sanığın eşi olan mağdura karşı silahla yağma suçundan cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de fiilin TCK m. 150/1 yollamasıyla m.106/2-a'daki silahla tehdit olduğu sonucuna varmıştır. Ancak Yargıtay, mağdurun soruşturma aşamasındaki beyanlarına üstünlük tanıyarak sanığın, kendisinden ayrı yaşayan mağdurun bulunduğu eve giderek kolundaki altın künyeyi zorla aldığı, bilezikleri çıkarmaya çalıştığı ancak mağdurun direndiği, tanığın araya girmesi üzerine mağdurun odaya kaçtığı bunun üzerine sanığın üzerinden çıkardığı bıçakla mağdurun bulunduğu odaya doğru giderek tehdit ve hakarete bulunduğu anlaşılmakla sanığın eyleminin yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde tehdit suçundan hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

2. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Muhakemeye Katılması

İstanbul Sözleşmesi m. 55/2 taraf devletlere, Sözleşme'de belirlenen suçların muhakemesinde mağdurun kendi talebi doğrultusunda kamu kuruluşlarından, sivil toplum kuruluşlarından ve aile içi şiddet danışmanlarından yardım ve/veya destek almasına imkân sunan tedbirleri ulusal hukukunda tanıma görevini yüklemiştir. Açıklayıcı Rapor'a göre bu desteğe başvurulmasıyla mağdurların şikâyetinde bulunma ve ifade verme olasılıkları daha yüksek olacak ve mağdurlar davaların sonucunu etkileyecek şekilde aktif olarak katkıda bulunarak duygusal açıdan zorlu bir görevi üstlenmek için daha dayanımlı olabilmektedirler⁸⁹.

İstanbul Sözleşmesi, bu desteğin mağdurun talebi üzerine olmasını hükme bağlamışsa da Türk Hukuku'nda mağdur bakımından daha ileri bir koruma getirilerek mağdurun rızasından bağımsız olarak bu destek imkânı sunulmuştur. 6284 sayılı Kanun m. 20/2 uyarınca Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı gerekli görmesi hâlinde eşe karşı şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan davalara katılma hakkına sahiptir. Söz konusu düzenleme uyarınca, suçtan doğrudan doğruya zarar görme şartı aranmaksızın Bakanlığın başvuruda bulunması halinde başka bir değerlendirme yapılmaksızın

⁸⁹ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, para. 282.

katılan sıfatını alabileceği öngörülmüştür⁹⁰. Bakanlığın aile içi şiddet davalarına katılması, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 239/2 uyarınca mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz olması veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması şeklindeki kırılğan mağdur kategorisi için sağlanan imkâna benzemektedir. Ülkemizdeki aile içi şiddet gerçekliği nazara alındığında çoğunlukla kadına karşı şiddet olaylarında devreye giren bu minvalde zorunlu katılma durumu aile içi şiddet mağdurlarının da kırılğan kategoride ele alındığını göstermektedir. Bahsi geçen düzenleme ile kanun koyucunun şiddet mağduru eşe, AY m. 41 uyarınca devletin pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak destek olunmasını, hak ve menfaatlerinin gözetilmesini ve korunmasını amaçladığı düşünülmektedir. Zira devletin özellikle kadına yönelik şiddet temelli suçlarla mücadelede özel bir önem atfetmesi ve mağduru daha etkin bir şekilde korumak istemesi dikkate değerdir⁹¹.

Ancak uygulamada; Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı vekilinin gerekçesiz mazeret dilekçeleri sunarak duruşmalara katılmaması, yargılamaya ilişkin genel geçer ve somut olaya özgü olmayan matbu dilekçeler sunması ve yargılama sonunda verilen mahkûmiyet hükmünde katılan kurum lehine vekâlet ücretine hükmolunmamışsa ancak buna ilişkin kanun yolu başvurusunda bulunması gibi esasa ve kanun koyucunun amacına uygun olmayan birtakım sorunların söz konusu olduğu görülmektedir.

Bu noktada 6284 sayılı Kanun m. 20/2 gereğince Bakanlığın katılan sıfatını aldığı hallerde katılan lehine vekâlet ücretine hükmedilip hükmedile-

⁹⁰ DOĞAN Recep, “Ceza Muhakemesinde Davaya Katılma ve 6284 Sayılı Kanundan Kaynaklanan Sorunlar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 12, S. 47, 2021, ss. 145-178, s. 161. “... mahkemelerin, Bakanlığın kovuşturmaya başlanılmadan önce bilgisinde olan eylemlere ilişkin açılan kamu davalarından Bakanlığı haberdar etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira Bakanlık soruşturma aşamasında bilgi sahibi olduğu ve Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri aracılığıyla takip ettiği hukuki sürece ilişkin katılma hususundaki takdir hakkını kullanabilecektir.” Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 13.12.2019 gün, 2019/6 Esas ve 2019/7 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararı. 6284 sayılı Kanun’un hazırlık çalışmalarına ve Adalet Komisyonu raporuna bakıldığında Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın davaya katılmasına ilişkin m. 20’nin alt komisyon çalışmaları sırasında kanun teklifine eklendiği görülmektedir. Yapılan değişikliğin Adalet Komisyonu tarafından uygun görüldüğü, ancak Adalet Komisyonu raporunda söz konusu değişiklikle güdülen amaç konusunda herhangi bir bilginin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bkz. TANER Fahri Gökçen, “Kadın, Çocuk ve Aile Bireylerine Yönelik Olarak Uygulanan Şiddet Dolayısıyla Açılan Kamu Davasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Davaya Katılma Hakkı ve Avrupa Örneği Karşısında Baroların ve Sivil Toplum Örgütlerinin Mevcut Durumu” **Suç ve Ceza**, S. 2, 2021, ss. 271-321, s. 283.

⁹¹ TANER, s. 283.

meyeceği noktasında Yargıtay daireleri arasında görüş birliği bulunmadığı belirtilmelidir. Kanaatimizce, sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın bu davalara katılması kanuni bir yükümlülük olduğundan katılan kurum lehine vekâlet ücretine hükmolunmaması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 14. CD de bu görüşü doğrular mahiyette bir sonuca varmıştır⁹². Zira AY m. 41 uyarınca huzur ve refahı ile özellikle anne ve çocukların korunmasına yönelik olarak her türlü istismar ve şiddetle karşı çocukları koruyucu tedbirleri alma görevi devlete ait olup aile ve çocukların korunması hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. 6284 sayılı Kanun m. 20/2 uyarınca Bakanlığın davaya katılması, doğrudan Anayasa ve kanundan kaynaklanan korumaya ilişkin bir kamu görevidir. Bu nedenle CMK m. 237 ve devamındaki katılma hakkına ilişkin suçtan doğrudan zarar görme şartı, katılan kurum olarak Bakanlık için söz konusu olmayıp, katılan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın vekili lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi hukuka aykırıdır⁹³.

6284 sayılı Kanun m. 20/2, AYM tarafından somut norm denetimi yoluyla da hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla ele alınmıştır. İtirazda mağdurun muvafakati aranmaksızın Bakanlığın davaya katılması halinde Bakanlık lehine vekâlet ücretine hükmedildiği ve şiddet olayının tarafları eşler evlilik birliğini devam ettirdiğinde her ikisinin de ekonomik külfet altına konulduğu iddia edilmiştir. Söz konusu hukuki düzenleme sebebiyle de hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği ileri sürülmüştür. AYM ise değerlendirmesinde, Bakanlığın davaya katılma suretiyle aile içi şiddet olgusu ile mücadele edildiği ve şiddet mağduru eşin korunduğunu bu nedenle söz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır⁹⁴. Anayasaya aykırılık iddiasının üzerine inşa edildiği hak arama özgürlüğü bakımından ise bilakis iddia makamının yanında katılan olarak yer alan Bakanlığın bu suretle muhakemenin seyrine yön verebilmesinin sağlandığı belirtilmiştir. Ayrıca mülkiyet hakkı bakımından da bir aykırılığın bulunmadığı, zira bu müdahale ile elde edilmesi hedeflenen kamusal fayda arasında makul bir oranın bulunduğu sonucuna varılmıştır.

⁹² Yargıtay 14. CD, E. 2018/10436, K. 2019/8991.

⁹³ Benzer yönde bkz. Yargıtay 8. CD, E. 2021/15109, K. 2021/22948; Aksi yönde bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2021/10177, K. 2021/12073; Yargıtay 6. CD, E. 2021/11452, K. 2021/8225; Yargıtay 3. CD, E. 2020/24096, K. 2020/18747.

⁹⁴ AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, 11/6/2020, para. 60.

C. Aile İçi Şiddet Kapsamındaki Suçlarda Cezaya Alternatif Çözüm Yolları Mümkün Olabilir mi?

Onarıcı adalet, failin cezalandırılması yerine fail ve mağdur arasında bir uzlaşmanın gerçekleşmesinin fail ve mağdur bakımından daha makul ve yararlı olduğuna dair bir yaklaşımdır. Ancak aile içi şiddet söz konusu olduğunda her durumda suçun şikâyet tabi tutularak onarıcı adalete başvurulması mağdur için her zaman bir koruma sağlamamaktadır. Bu nedenle ceza hukukunun “*ailelerin kendi kendine iyileşmesine*” izin verdiği ve onarıcı adalet gibi tarafların uzlaşmasını teşvik etmediği savunulmuştur⁹⁵. ABD’de ise bazı eyaletlerde sanığın adli sicil kaydında bir aile içi şiddet fiilinin bulunmaması halinde savcı hâkimden durma kararı vermesini ve sanığın danışmanlık tedbirini (*counseling*) başarıyla tamamlaması halinde davanın daha sonraki bir tarihte düşürülmesini de isteyebilmektedir. Örneğin, Virginia’da İlk Suçlu Statüsü (*First Offender Statute*) adli sicil kaydında daha önce aile içi şiddet bulunmayan bir sanığın aile bireyine saldırı ve darp kabahatinden yargılanmasının iki yıl süreyle ertelenmesine izin vermektedir. Sanık mahkeme tarafından verilen terapiyi başarıyla tamamladığında ve bu iki yıllık süre içinde hakkında yeni bir suç isnadında bulunmadığında ise kabahat isnadı düşmektedir⁹⁶. Bunun haricinde Avrupa Konseyi üyesi bir ülke olan Romanya Ceza Kanunu m. 193’te yer alan “*aile bireyine vurma veya diğer şiddet*” suçu hakkında ceza muhakemesi mağdurun şikâyeti üzerine başlamışsa muhakemenin sona ermesi ancak mağdurun şikâyetini geri almasıyla mümkün olmaktadır. Ancak muhakemenin resen başlaması halinde m. 159/1-c uyarınca uzlaşma ile muhakemenin sona ermesi mümkün olabilmektedir⁹⁷.

Türk Hukuku’nda ise aile içi şiddet teşkil edebilecek eşe karşı kasten yaralama tehdidin daha fazla cezayı gerektiren bazı nitelikli halleri (TCK m. 103/2), cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan olması hasebiyle eşe karşı işlenen cinsel saldırı ve ısrarlı takip uzlaştırma kapsamı dışında tutulmuştur.

⁹⁵ NAKANE, s. 161.

⁹⁶ SIMPSON, s. 146.

⁹⁷ Romanya Ceza Kanunu m. 159, 193 ve 196’da düzenlenen suçların bir aile bireyi tarafından işlenmesi halinde ceza davasının resen açılabilceği hükmüne yer vermiştir. Bkz. SAVA Mihaela, “Aspects of Legislative and Procedural Unification of Civil and Criminal Instruments For Fighting Domestic Violence”, **Perspectives of Law and Public Administration**, C. 10, S. 1, 2021, ss. 140-149, s. 147; Aile içi şiddet fiillerinde uzlaşmanın şiddetle mücadelede uygun bir araç olmamasından dolayı uygulanmaması gerektiğine dair bkz. PASAT, s. 396; SAVA, s. 147.

Ancak uzlaşma haricinde cezaya alternatif bir yöntem olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının CMK m. 231'deki şartların sağlanması kaydıyla aile içi şiddet teşkil eden birtakım suçlarda uygulanmasına engel yoktur. Ancak uygulamada bu kararı veren mahkemelerin çoğu zaman sanık hakkında aile içi şiddete özgülenmiş bir yükümlülük tatbik etmeyi ve mağdurun yaşı, kırılganlık durumu gibi özellikleri göz ardı ettikleri anlaşılmaktadır. Bunun yanında AİHM ve AYM içtihatlarına da yansıdığı üzere özellikle işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında somut olayın şartlarına uygunluğu değerlendirilmeksizin salt cezanın süresinden hareketle hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna başvurulması sistematik olarak bir cezasızlık sorununa yol açmaktadır⁹⁸. İlke olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının fail ve mağdurun somut durumunun gözetilmesi ve aile içi şiddet fiilinin niteliğini gözetip sanık hakkında şiddete başvurmamasını kolaylaştırıcı tedavi ve danışmanlık tedbirleri alma gibi birtakım yükümlülüklerle başvurulması yoluyla aile içi şiddetle mücadele konusunda devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal etmeyeceği kanaatindeyiz. Nitekim bu suretle aile içi şiddetle mücadele konusunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması onarıcı adaletin sağlanmasında işlevsel sonuç verebilecektir.

Bunun haricinde mağdurun soruşturma aşamasında şikâyetini geri almak istediğinde şüphelinin aile içi şiddet fiiline başvurmamasına yönelik tedavi ve danışmanlık tedbirlerini kabul etmesi üzerine kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya kovuşturma aşamasında sanığın söz konusu tedbirleri kabul etmesi üzerine tedavi süresince durma kararı verilerek⁹⁹ tedavinin başarıyla tamamlanması ve herhangi bir aile içi şiddet olayının yaşanmaması halinde düşme kararının verilmesi de kanaatimizce Türk Hukuku'nda uygulanması isabetli çözüm önerilerinden olabilecektir.

SONUÇ

Türk Ceza Hukuku Reformu'yla beraber yürürlüğe giren TCK ve CMK'nın aile içi şiddet olaylarında mağduru korumaya matuf olarak suç teşkil eden çeşitli şiddet fiillerini mağdurun şikâyetine tabi olmaktan çıkarılması isabetlidir. Nitekim resen takibi gereken aile içi şiddet olaylarında dahi

⁹⁸ Bkz. *Taylan v. Türkiye*, Başvuru no. 32051/09, 3 Ekim 2012, para. 42; AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 01/06/2023, para. 28. Aile içi şiddet özelinde bir değerlendirme olmasa da işkence ve kötü muamele yasağı karşısında HAGB uygulamalarının cezasızlığa yol açtığına dair bkz. ŞİRİN, s. 1586.

⁹⁹ NAKANE, s. 162-163.

mağdurların ilk kez iletişime geçtiği kolluk görevlilerinin durum hakkında işlem yapmaya isteksiz oluşları bu fiillerin şikâyeteye tabi hale getirilmesi halinde daha da vahim bir hal alabilecek, fail ve mağdur arasındaki bağımlılık ilişkisi sebebiyle mağdurun şikâyetini geri alması ve suçun siyah sayı olarak kalması riskini beraberinde getirecektir. Bu fiillerin muhakemesi resen yapılmasına rağmen kanun koyucunun amaçladığı kırılğan kadını koruma düşüncesinin uygulamaya yansımadağı anlaşılmaktadır. Zira mağdur eşler çoğu zaman ihbarda bulunarak muhakemenin başında olaya uygun samimi ve tutarlı beyanda bulunmalarına rağmen, muhakemenin devamında bu beyanlarından rücu etmekte, fail eşi korumak ve ceza almasını engellemek için şikâyetini geri çekip pek çok kez katılan sıfatını almaktan imtina etmektedirler. Bu durum, bazen eşlerin kendi aralarında özgür iradeye dayalı olarak barışmalarından kaynaklansa da çoğu zaman mağdur eşin başta ekonomik sebepler olmak üzere faile bağımlı olması, yaşadığı toplumun sosyokültürel gerekleri gibi çeşitli nedenlere dayanmaktadır.

Mağdurun adli makamlarla iş birliği yapmaktan imtina etmesi ve muhakemeye katılmaması halinde dahi bu fiillerin muhakemesine resen devam edilmesi kırılğan mağdurun söz konusu olmadığı hallerde mağdurun otonomisi ile bağdaşmayan sonuçlara sebep olmakta ve mağdurun bu kez de adli makamlar tarafından ikincil mağduriyete uğraması söz konusu olabilmektedir. Kanun koyucunun aile içi şiddetle mücadele konusunda suç politikası gereği yaptığı tercih bazen başka mağduriyetlerin oluşmasını engellemekte ise de bazen de başlı başına yeni mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Ancak gerek ABD Hukuk sisteminde gerekse de Avrupa İnsan Hakları Hukuku sisteminde isnadı düşürmeme politikaları ve pozitif yükümlülükler doktriniyle aile içi şiddetle mücadele için kat edilen yoldan dönülmemesi ve insan haklarının korunmasından geriye gidilmemesi için resen muhakemenin kategorik olarak ilga edilmesi gibi bir yol da bu noktada bir çözüm olmamaktadır. Bu noktada aile içi şiddet olaylarında onarıcı adalet yaklaşımının dikkate alınarak özellikle mağdurun kırılğan durumda olmadığı haller bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi, uzlaşma, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi cezaya alternatif çözüm yollarının tatbik edilmesi faydalı olabilir. Ayrıca bu müesseselerin şüpheli veya sanığa otomatik bir cezasızlık hali sağlamaması için özellikle şüpheli veya sanığın şiddet eğilimini sona erdirmeye yönelik tedbirler ve yükümlülöklere tabi tutulması da hem aile içi şiddetin tekrarlanmaması hem de kamu yararının sağlanması noktasında elverişli bir çözüm yolu olabilir. Bununla birlikte uygulamada Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı vekilinin gerekçesiz mazeret dilekçeleri

sunarak duruşmalara katılmaması, yargılamaya ilişkin genel geçer ve somut olaya özgü olmayan matbu dilekçeler sunması ve yargılama sonunda verilen mahkûmiyet hükmünde katılan kurum lehine vekâlet ücretine hükmolunmamışsa ancak buna ilişkin kanun yolu başvurusunda bulunması gibi birtakım sorunlar bulunmaktadır. Sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın bu davalara katılması kanuni bir yükümlülük olduğundan katılan kurum lehine vekâlet ücretine hükmolunmaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- BİLGE Burak, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, 2014, ss. 367-406.
- CHOPIN Julien/AEBI Marcelo F., "The Level of Attrition in Domestic Violence: A Valid Indicator of The Efficiency of a Criminal Justice System?", **European Journal of Criminology**, C. 17, S. 3, 2020, ss. 267-287.
- CORSILLES Angela, "No-Drop Policies In The Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee To Action or Dangerous Solution?", **Fordham Law Review**, C. 63, S. 3, 1994, ss. 853-882.
- DEMİRBAŞ Timur, **Kriminoloji**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- DEMİRBAŞ Zeynep Ferda, Aile Bireylerine Karşı Fena Muamele, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- DEMİR Şamil, "Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/2, ss. 211-228.
- DOĞAN Recep, "Ceza Muhakemesinde Davaya Katılma ve 6284 Sayılı Kanundan Kaynaklanan Sorunlar", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 12, S. 47, 2021, ss. 145-178.
- ERBAŞ Rahime, "Effective criminal investigations for women victims of domestic violence: The approach of the ECtHR", **Women's Studies International Forum**, S. 86, 2021, ss. 1-12.
- ERBAŞ Rahime, "Effective Criminal Investigations in Combating Domestic Violence and the ECtHR: Prima Ratio v. Ultima Ratio?", **Gender Based Approaches to the Law and Juris Dictio In Europe**, Ed. Elettra Stradella, Giovanna Spanò, Pisa University Press, Pisa, 2020, ss. 221-240.
- FLANNIGAN Krista R., "The Importance of Prosecution Policies in Domestic Violence Cases", **Criminology&Public Policy**, C. 12, S. 3, 2013, ss. 481-490.
- GARCIA Ana Montesinos/ MARAVALL-BUCKWALTER Isabel, "Article 55 Ex Parte and Ex Officio Proceedings", **Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence**, Eds. Sara De Vido/ Micaela Frulli, Edward Elgar Publishing, UK, 2023, ss. 620-629.
- KOLAY ÇEPNİ Şükran / ÖZBESLER Cengiz, "Eşleri Cezaevinde Olan Kadınlar ve Sosyal Hizmet: Nitel Bir Araştırma", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 13, S. 75, ss. 748-764.
- MILLS Linda G., "Mandatory Arrest and Prosecution Policies for Domestic Violence A Critical Literature Review and the Case for More Research to Test Victim Empowerment Approaches", **Criminal Justice and Behavior**, C. 25, S. 3, 1998, ss. 306-318.
- NAKANE Tomohiro, "Prosecution ex officio or following a complaint by the victim? An analysis on offences related to violence against women and sexual offences", **New Journal of European Criminal Law**, C. 12, S. 2, 2021, ss. 146-165.

- ÖZDEMİR Nadire, “Kırılganlık Kavramı ve Özerklik Değeri Işığında Devletin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 151, 2020, ss. 361-381.
- PASAT Aurel Octavian, “The Crime of Domestic Violence Aspects of Comparative Law”, **Perspectives of Law and Public Administration**, C. 10, S. 3, 2021, ss. 392-403.
- PERDECİOĞLU İsmail Emrah, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 11, S. 43, 2020, ss. 49-77.
- ROBBINS Kalyani, “No-Drop Prosecution of Domestic Violence: Just Good Policy, or Equal Protection Mandate?”, **Stanford Law Review**, C. 52, S. 205, 1999, ss. 205-233.
- SAVA Mihaela, “Aspects of Legislative and Procedural Unification of Civil and Criminal Instruments For Fighting Domestic Violence”, **Perspectives of Law and Public Administration**, C. 10, S. 1, 2021, ss. 140-149.
- SCOTT John, “Dark Figure of Crime”, **A Dictionary of Sociology**, 4. Baskı, Oxford University Press, 2015.
- SEYMOUR Kate/WENDT Sarah/NATALIER Kristin, **Responding to Domestic Violence**, Routledge, London, 2023.
- SIMPSON Nancy, “Benefits and Drawbacks of No-Drop Policies and Evidence-Based Prosecution”, **Richmond Public Interest Law Review**, C. 26, S. 3, 2023, ss. 141-158.
- ŞİRİN Tolga, “Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, ss. 1577-1607.
- TANER Fahri Gökçen, “Kadın, Çocuk ve Aile Bireylerine Yönelik Olarak Uygulanan Şiddet Dolayısıyla Açılan Kamu Davasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Davaya Katılma Hakkı ve Avrupa Örneği Karşısında Baroların ve Sivil Toplum Örgütlerinin Mevcut Durumu” **Suç ve Ceza**, S. 2, 2021, ss. 271-321.
- ÜNAL Gülseren, “Aile İçi Şiddet”, **Aile ve Toplum**, C. 2, S. 9, 2005, ss. 1-8.
- WHO, “Violence Against Women”, 25 Mart 2024 <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).
- YAZAR BELİRTİLMEMİŞ, **Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı**, TC Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, <https://turkiye.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/aismelkitabi.pdf> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

İnternet Kaynakları

- <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53955243> (Erişim Tarihi: 7/10/2024)
- <https://rm.coe.int/1680462545> (Erişim Tarihi: 7/10/2024)
- <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio> (Erişim Tarihi: 7/10/2024)
- <https://www.diken.com.tr/covid-izniyle-cezaevinden-cikti-bosanma-asamasindaki-esini-oldurdu> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

<https://dumlupinargazetesi.com/haber/18600062/uc-esini-de-olduren-adam-ben-kadin-dusmani-miyim> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

<https://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/veriler/3003/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2021-yillik-veri-raporu> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

https://www.ntv.com.tr/turkiye/berfin-ozek-yuzune-kezzap-atan-eski-sevgilisiyle-evlendi,ylhC0Ydupkm_5YNDfh4Prw (Erişim Tarihi: 7/10/2024).

NAMIK KEMAL’İN KAMU HUKUKUNU ALIMLAMA BİÇİMİ^(*)

Arş. Gör. Dr. Ezgi ÇALDIRAN^(**)

Öz: Namık Kemal’in kamu hukuku yorumunu ortaya çıkarabilmek için onun hukukun kaynağına ve hükümetin temeliyle işleyiş tarzına yaklaşımı incelenmelidir. Başlangıçta belirtmek gerekir ki Namık Kemal; özel hukuk karşısında kamu hukukunun bir disiplin alanı olarak kabul edilmesine karşı çıkmıştır. Bu karşı çıkışın temeli, siyasi iktidarı algılama biçiminde yoğunlaşır. Devleti “kurumsal bir siyasi iktidar” modeli olarak algılamaz ve bazı yazılarında hükümetle eş anlamlı olarak kullandığı devletin; tüzel kişiliği olamayacağını savunur. Dolayısıyla ona göre, tek tek bireylerin sahip olduğu “*hâkimiyet hakkı*”nın meşruiyet sağladığı ve sadece “soyut” bir kavram olarak gördüğü devlet; haklara ve yükümlülöklere sahip değildir. O, fıkıh kurallarıyla sadece kamu görevini yerine getiren gerçek kişilerin haklarının düzenlendiğini belirtir. Namık Kemal, bir yandan Osmanlı Devleti’nin ayakta kalabilmesi için Avrupalı meşruti yönetimlerin anayasal düzenlerinin örnek alınması gerektiğini yazmış; diğer yandan anayasal kuralların ve hukukun temelini, şeriat hükümlerine dayandırmıştır. Modern kamu hukuku; iktidarı kullanan kişilerle özdeşleştirilmeyecek, tüzel kişiliği haiz, meşruiyet temeli dini değil dünyevi bir kurum olan devlet fikrine dayanmaktadır. Bu nedenle, Namık Kemal’in kamu hukuku yorumunun, modern hukuk anlayışını yansıtmadığını görebiliriz.

Anahtar Kelimeler: Namık Kemal, Hukuk, Kamu Hukuku, Modernleşme, Yeni Osmanlılar.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 15.04.2025.

Çalışmayı okuyup fikirlerini benimle paylaşan Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi sayın Dr. Ali Saçar’a teşekkür ederim.

^(**) Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Tekirdağ - Türkiye,

E-posta: ecaldiran@nku.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5352-791X>.

NAMIK KEMAL'S RECEPTION OF THE PUBLIC LAW

Abstract: Namık Kemal's approach on the source of law, origin and function of government should be examined to understand his interpretation about public law. It should be remarked at the outset that he objected to define public law as an autonomous discipline against civil law. The basis of this objection concentrates on his perception of political power. He doesn't perceive the state as "institutionalized form of political power" and he writes that the state, he used in some of his articles synonyms with government, cannot have legal entity. According to him, the state, legitimized by individual *right to sovereignty*, is just an *abstract* concept and never has rights or obligations. He highlighted that only the rights of agents working in the public service, are regulated by Islamic jurisprudence. Namık Kemal wrote that European constitutional monarchy's institutions should be taken as an example for the Ottoman State to survive, on the other hand he grounded the source of constitution and law on Islamic jurisprudence. Modern public law is based on the idea of the state as a legal entity, independent from agents performing the power and has secular legitimacy. Therefore, we can see that his interpretation of public law doesn't reflect the modern understanding of law.

Keywords: Namık Kemal, Law, Public Law, Modernization, New Ottomans.

GİRİŞ

Namık Kemal; Türkiye’de henüz modern anlamıyla örgütlenmiş hukuk fakülteleri yokken ve kamu hukuku disiplini oluşmamışken gazete yazıları aracılığıyla kamu hukuku kavramlarını kullanarak siyasal ve anayasal meseleler hakkında fikir yürütmüştür.¹ Namık Kemal, siyasal ve hukuksal değişim talebinin yüksek olduğu bir zamanda yaşadığından² bu meselelere ilgi duymasında yaşadığı dönemin etkisi olduğu bilinmektedir. Batı dillerinin öğretildiği Tercüme Odası’nda³ çalışmış; bazıları Avrupa’da eğitim görmüş, Fransızca okuyup çağını takip edebilen, siyasal ve kurumsal dönüşüm taraftarı, fikirlerini makaleler aracılığıyla⁴ geniş kesimlere aktarmayı amaçlayan⁵ kişilerden oluşan Yeni Osmanlılar entelektüel grubu içinde bulunmuştur.

Türkiye’de hukuk eğitiminin içeriğinin Avrupa’da ortaya çıkan kavramların ve siyasi gelişmelerin ekseninde belirlenmesi “modernleşme” dönemiyle birlikte mümkün olabildiği için⁶ Namık Kemal, müfredatı Batı siyasal

¹ Bu makalede kullanılan Namık Kemal’in *İbret* Gazetesi’ndeki yazılarının transkripsiyonunu yapmış Nergiz Yılmaz Aydoğdu’nun, basının “siyasal muhalefet” aracı haline gelişinde Namık Kemal’in katkısına ilişkin tespitini bu açıdan değerlendirmek gerekir. Bakınız AYDOĞDU Nergiz Yılmaz, “Giriş”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 13-36, s. 14.

² Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, Namık Kemal’in Türk Hukuk Tarihi’ndeki yerini incelediği makalesinde, hukuki kurumların çağının ekonomik ve sosyal anlayışını yansıttığını vurgulayarak Tanzimat Dönemi’nin farklı ve yeni bir hukuk anlayışı getirdiğini; Namık Kemal’in de bu hukuk anlayışı dâhilinde düşünceler ürettiğini yazmaktadır. Bakınız FİNDİKOĞLU Ziyaeddin Fahri, “Türk Hukuk Tarihinde Namık Kemal”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 7, S. 1, 1941, ss. 177-223, s. 177-178.

³ BERKES Niyazi, **Türkiye’de Çağdaşlaşma**, (Hazırlayan: Ahmet Kuyaş), 24. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 199, 233; ZÜRCHER Erik Jan, **Modernleşen Türkiye’nin Tarihi**, (çev. Yasemin Saner), 33. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 106-107.

⁴ AYDOĞDU, s. 13; Yeni Osmanlıların bu yolla “kamuoyu” oluşturma çabası için bakınız ZÜRCHER, s. 112.

⁵ Yeni Osmanlıların gazete/basın yoluyla halkı, başta siyaset kurallarında, bilgilendirme fonksiyonunu üstlendiği; Nergiz Yılmaz Aydoğdu tarafından aktarılan, *İbret* Gazetesi’nin Namık Kemal’in içinde bulunduğu bir grup tarafından çıkarılmaya başlandığını duyuran yeni dönem ilanındaki cümlelerden de görülebilir. Bakınız AYDOĞDU, s. 17; *İbret* Gazetesi’nin Namık Kemal ve arkadaşları tarafından devralındığının duyurulduğu ilk sayısındaki yazıya Sovyet tarihçi Yuriy A. Petrosyan da işaret eder. Bakınız PETROSYAN Yuriy Aşatoviç, **Sosyalist Açıdan Jöntürk Hareketi**, (çev. Mazlum Beyhan / Ayşe Hacıhasanoğlu), 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2015, s. 87-88.

⁶ Türkiye’de hukuk eğitiminin tarihi, eğitim dilinin Fransızca ve Türkçe olması ve okul yönetiminin verilen eğitimin Avrupa’daki fakültelerle kıyaslanabilecek seviyeye getirme hedefi için bakınız GEDİKLİ Fethi, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 91-104; Ka-

düşünce tarihi ve hukuk anlayışına uygun olarak şekillendirilmiş bir kurumda eğitim almamıştır. Ancak Namık Kemal'in ülkede bulunduğu zamanlarda, geleneksel hukuk eğitimi kapsamında verilen dersler arasında bulunan⁷ fıkıh dersi ve Avrupa'da yaşarken hem Fransa'da hem İngiltere'de özel olarak hukuk üzerine dersler aldığı daha önce yazılmıştır.⁸ Ayrıca Avrupa'da farklı ülkelerde bulunmanın Namık Kemal'e bu ülkelerin siyasal kurumlarını ayrı ayrı tanıma olanağı verdiğini de eklemek gerekir.⁹

Namık Kemal'in hukuka dair görüşleri daha önce başka çalışmalara konu olmuştur; bu çalışmada özel olarak, onun kamu hukuku üzerine düşünceleri ele alınacaktır. Böylece kendi deneyimleri ve öğrendikleri kapsamında kamu hukukunu nasıl alımladığını bir bütün olarak görme imkânı olabilir. Bu amaçla öncelikle onun kamu hukukunu içerik olarak eleştirdiği ve neden özel hukuktan ayrı bir disiplin olamayacağını savunduğu yazıları incelenecektir. Bu yazılarında Avrupa'daki tartışmalara dair detaylı bilgiler verdiği, kendisinin kamu hukuku tanımına ve içeriğine hangi ilkeler üzerinden karşı çıktığı net bir biçimde görülebilir. Böylelikle Namık Kemal'in yazılarında kamu hukuku kavramını kullan-

mu Hukuku ve Genel Kamu Hukuku dersinin içeriğinin Avrupa'daki gelişmelere uygun olarak gelişmesi tarihi için bakınız AKKAYA KİA Rukiye, **Bir Ders Konusu Olarak "Devlet" ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 239-244; ayrıca Avrupa ile artan ilişkiler neticesinde ortak bir hukuki dil oluşturma amacıyla yazılan hukuk sözlükleri, Osmanlı Devleti'nin Avrupa ile değişen ilişkilerini anlaşılabilir kılmak ve yönetebilmek için hukuk alanında bazı düzenlemeleri zorunlu kıldığına örnektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız YÖRÜK Ali Adem, "İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928)", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S. 2, 2006 (Güz), ss. 99-128.

⁷ Klasik dönem hukuk eğitimi ve Tanzimat sonrası değişen eğitim anlayışı için bakınız OS-MANAĞAOĞLU Cihan, "Osmanlı Modernleşmesi Bağlamında, Osmanlı Devleti'nin Eğitim ve Öğretim Sisteminde Yapılan Değişiklikler (Reformlar)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXV, S. 2, 2007, ss. 143-222.

⁸ Namık Kemal'in oğlunun yazdıklarına dayanarak, onun yurtiçinde fıkıh ve hadis dersleri aldığı; Fransa ve İngiltere'de bulunduğu sırada hukuk dersleri aldığı hakkında bakınız AKÜN Ömer Faruk, "Nâmîk Kemâl", **İslâm Ansiklopedisi: İslâm Âlemi Tarih, Coğrafya, Etnografya ve Biyografya Lugati**, 9. Cilt, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1964, ss. 54-72, s. 57, 61; Namık Kemal'in Sofya'da fıkıh dersleri aldığı iddiası için bakınız FINDIKOĞLU, 1941, s. 184; Namık Kemal'in Fransa'da ve İngiltere'de hukuk dersleri aldığı hakkında bakınız KUNTAY Mithat Cemal, **Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında**, 1. Cilt, 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s. 321, 446 (dipnot 72), 537, 603; Namık Kemal'in İngiltere'de hukuk dersleri aldığı hakkında bakınız MENEMENCİOĞ-LU Nermin, "Namık Kemal Avrupa'da", **Bir Çağdaş Öncü Namık Kemal (1888-1988)**, 1. Basım, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1988, ss. 31-37, s. 35; Namık Kemal'in Fransa'da hukukçularla tanışıp, bu konularda incelemeler yaptığı yönünde bilgi için bakınız PETROSYAN, s. 87.

⁹ BERKES Niyazi, "Namık Kemal ve Kanun-u Esasi", **Felsefe ve Toplumbilim Yazıları**, 1. Basım, Adam Yayınları, 1985, ss. 175-199, s. 175.

dığı bağlam da tespit edilebilir. Ek olarak onun kamu hukukuna dair yorumlarının, düşüncelerinin anlaşılabilmesi için hukukun temeline ve hükümetin temeliyle işleyiş tarzına ilişkin yaklaşımının ortaya koyulması gerekir. Namık Kemal'in hükümetin fonksiyonu ve işleyişiyle ilgili fikirlerini açıklarken çağdaşı Batılı kurumları geleneksel/yerleşik Osmanlı düşüncesiyle biçimlendirdiğinin fark edilmesi önemlidir. Bu sayede Batılı siyasal, anayasal kurumları örnek alarak geliştirdiği fikirlerinin hangi açıdan modern kamu hukukundan ayrıldığı gösterilmeye çalışılacaktır.

Elbette bu hususlar, Namık Kemal'in hukuksal ve anayasal meselelere ilgi duyma nedeniyle birlikte değerlendirildiğinde tam olarak anlaşılacaktır. Yaşadığı çağın bu konulara eğilmesindeki etkisi yukarıda dile getirilmişti, burada esas nedenin Osmanlı Devleti'nin Avrupa karşısında güç kaybetmesine çare bulmak olduğu bilinmektedir.¹⁰ Yazılarında açık bir şekilde, Avrupa'nın çağdaş medeniyet seviyesi ve ilerlemesi karşısında Osmanlı Devleti'nin kayıtsız kalmasını bağımsızlığı tehlikeye atacak bir hareket olarak değerlendirir. Bu ilerlemenin bir parçası olarak gösterdiği Avrupalı yönetim şekli ve ilkelerinin kalıbını Osmanlı toplumunun geleneksel temeli üzerine oturtmaya çalışmasının sebebi budur.

I. NAMIK KEMAL'İN KAMU HUKUKU KAVRAMINI VE KAMU HUKUKUNUN İÇERİĞİNİ ALIMLAMA BİÇİMİ

Namık Kemal, özel hukuk karşısında kamu hukukunun bir disiplin alanı olarak gösterilmesine itiraz eder.¹¹ Kamu hukukuna dair yorumlarını ve eleş-

¹⁰ BERKES, 2017, s. 288; Namık Kemal'in "Meşveret usulü"nün kabul edilmesiyle devletin yıkım ihtimalinden kurtulacağını düşüncesi hakkında ayrıca bakınız BERKES, 1985, s. 181; YILMAZ Nergiz, Namık Kemal'de Siyasi Kavramlar, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü, 2000, s. 59; Namık Kemal'in "modern siyasal kavramları" devletin gücünü geri kazanması amacıyla kullandığı tespiti hakkında bakınız UMUT Hatice, "Namık Kemal'in Siyasi Düşüncesinde Toplum Sözleşmesi Kuramının Yeri", **Uluslararası Namık Kemal Sempozyumu (20-22 Aralık 2010 Tekirdağ)**, (Editör: Orhan Kemâl Tavukçu / Ali Tilbe), 2. Cilt, 2010, ss. 1083-1093, s. 1091; ÇAĞAN Kenan, "Namık Kemal'de Devletin Niteliği ve Temel Dayanakları", **Akademik İncelemeler Dergisi**, C. 7, S. 1, 2012, ss. 255-280, s. 267.

¹¹ Namık Kemal'in çeşitli yazılarında devlet-birey, kamu hukuku-özel hukuk ayrımları hakkında yazdığına; "bireysel hukuk/kamu hukuku ayrımına verdiği önem"e dair aksi görüş için bakınız ÖZLÜ Demir, "Hukukçu Olarak Namık Kemal", **Bir Çağdaş Öncü Namık Kemal (1888-1988)**, 1. Basım, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1988, ss. 77-92, s. 81, 86; Şerif Mardin, Namık Kemal'in kamu hukukuna dönük eleştirisini örfi hukuka bakışıyla açıklar. Bakınız MARDİN Şerif, **Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu**, (çev. Mümtaz'er Türköne / Fahri Unan / İrfan Erdoğan), 13. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 347.

tirilerini içeren yazısında “*hukuk-ı umumiye*” kavramının tanımına ve kapsamına yönelik açıklamalara yer verip bu konudaki farklı görüşleri aktarır.

“*Hukuk-ı umumiye en şâmil mânasınca bir cemiyetin gerek sâir cemiyetle ve gerek kendi tebeasının efrâdıyla olan münasebâtından münba’is kavâide itlak olunur.*”¹²

Ele aldığı kavramın tanımını verdikten sonra devamında bu disiplinin kendi içerisinde alt kısımlara ayrıldığını yazar ve bunlara karşı kendi itirazlarını hangi temeller üzerinden inşa ettiğini gösterir. Burada artık onun itirazının, gerçek kişilerden bağımsız hukuki varlığa sahip siyasi toplulukların farklı düzeylerdeki ilişkilerini konu edinen bir hukuk dalına ilişkin olduğundan şüphe etmemek gerekir. Böylelikle kamu hukukunun özel hukuktan ayrılmasına karşı çıkışı, kamu hukukunun öznesi ve kapsamı üzerinden yaptığı eleştiriler olmak üzere iki başlığa ayrılarak değerlendirilebilir. Öncelikle devletin kamu hukuku süjesi olarak kabul edilmesini eleştirir. Ona göre, devlet kendisini oluşturan insanlardan ayrı bir varlığa sahip değildir.¹³

Bu çalışma özelinde Namık Kemal’in kamu hukukunu alımlama biçimine dayanak noktası yapılması nedeniyle, onun devletin tüzel kişiliğini kabul edip etmediğini ortaya koymak çok önemlidir.¹⁴ Gerçi Namık Kemal,

¹² Namık Kemal, “Hukuk-ı Umumiye”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 122-127, s. 123, (bundan sonraki atıflarda 2019k olarak kullanılacaktır).

¹³ Namık Kemal, 2019k, s. 123.

¹⁴ Bu başlık altında örnekleri verilen makaleleri onun kamu tüzel kişiliği kavramına ne kadar uzak olduğunu açık bir biçimde ortaya koyar. Literatürde bu konuda farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Buradakinin aksine Namık Kemal’in devletin tüzel kişiliğini kabul ettiğini söyleyen çalışmalar da vardır. Namık Kemal’in devletin tüzel kişiliğini kabul ettiği yönünde görüş için bakınız NAL Sabahattin, “Namık Kemal’in Devlet Kuramı ve Devletin Sürekliliğini Sağlayacak Yönetim Biçimi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, 2019, ss. 633-649, s. 639, 643, 646; bu konuda Recai Galip Okandan’ın yazdıkları ayrıntılı inceleme gerektirir. Okandan bir yandan Namık Kemal’in devletin, insanlardan bağımsız bir varlığı olmadığını düşündüğünü yazar bir yandan da aşağıda anılan *Hürriyet* Gazetesi’ndeki yazısına atıfla devletin “*manevi kişiliği*”ni kabul ettiğini yazar. Bakınız, OKANDAN Recai Galip, **Âmme Hukukumuzun Anahatları [Türkiye’nin Siyasî Gelişmesi]**, 1. Cilt Osmanlı Devletinin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 121, 123.

Namık Kemal’in devletin tüzel kişiliği olmadığı yönündeki görüşlerine yer veren çalışmalar da vardır. Örneğin Namık Kemal’in “*devletin halktan ayrı bir vücudu*” olmadığını düşündüğünü yazar Kamiran Birand, bunun sosyal sözleşmeden ilham alındığını belirtir. Bakınız BİRAND Kamiran, “18 inci Asır Fransız Tefekkürü ve Namık Kemal”, **Felsefe Arkivi**, C. 1, S. 1, 1945, ss. 99-140, s. 114; Fındıkoğlu, Namık Kemal’in devletin tüzel kişiliği olduğuna ilişkin görüşleri eleştirdiğini yazar. Bakınız FINDIKOĞLU, 1941, s. 211; ayrıca Namık Ke-

Hürriyet Gazetesi'nde bir yazıda “Devlet bir şahs-ı manevidir...” diye yazmıştır.¹⁵ Fakat Namık Kemal'in devletin tüzel kişiliğiyle ilgili görüşlerini siyasal bir muhalefet grubu olan Yeni Osmanlıların ortak hedeflerinin açıklandığı gazeteden¹⁶ referansla değerlendirmek yeterli değildir. Onun bu konudaki görüşlerini, Avrupa'dan döndükten sonra çıkardığı *İbret* Gazetesi'ndeki makalelerinde detaylı olarak işlediğini görebiliriz. Bu yazılarında Namık Kemal'in kuvvetle ve sistemli olarak savunduğu görüş, devletin onu oluşturan bireylerden ayrı bir kişiliğe sahip olamayacağı yönündedir:

“Vâkıa Avrupa'da bir takım zaleme mu'inleri “devlet bir şahs-ı mânevîdir. Şu hakkı hâizdir. Şu işten menfaat görür” yollu safsata-perdâlıklar etmişlerdir.”¹⁷

Yukarıda açıklanan sebeple Namık Kemal'in kamu hukukuna dair açıklamalarını Avrupa'dan döndüğü son dönem gazete yazılarından takip etmek gerekir. Çünkü o ölümünden önceki bu son dönem gazete yazılarında hukukun kaynağı, hükümet ve hükümetin fonksiyonları konusundaki görüşlerini ayrıntılı biçimde yazar. Namık Kemal'in bu yazılarını görmezden gelerek devletin tüzel kişiliğine ilişkin düşüncesini *Hürriyet* Gazetesi'ndeki tek bir cümleden hareketle tespit etmeye çalışmak bizi gerçekten uzaklaştıracaktır.

mal'in devleti halktan ayrı bir varlık olarak değerlendirmemesini İslami kaynaklarla temellendirmesi hakkında tespit için bakınız YILMAZ, s. 90; Şerif Mardin, Namık Kemal'in farklı eserlerinden örneklerle “devletin doğası”na dair tutarsız görüşleri olduğunu vurgulasa da nihayetinde onun devletin tüzel kişilik iddiasında bulunamayacağını savunduğunu yazar. Bakınız MARDİN, s. 337-338; Namık Kemal'in devleti halktan ayrı bir entite olarak görmediği yönünde benzer tespit için bakınız ÇAĞAN, s. 270.

¹⁵ Namık Kemal, “*Ve şâvirhüm fi'l-emr*”, **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1.Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, Vakıf-Bank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 067-073, s. 068, (bundan sonraki atıflarda 2019p olarak kullanılacaktır).

¹⁶ Nitekim Namık Kemal, “*usul-i meşveret*” konusundaki yazılarından ilkinde Yeni Osmanlıların fikirlerinin *Hürriyet* Gazetesi'nden öğrenilebileceğini açıkça belirtir. Bakınız, Namık Kemal, “[*Usul-i meşverete dair bir mu'terize cevaben yazılmış mektup*]”, **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1.Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 142-147, s. 143, (bundan sonraki atıflarda 2019d olarak kullanılacaktır); ayrıca bu makalede kullanılan Namık Kemal'in *Hürriyet* Gazetesi'ndeki yazılarının transkripsiyonunu yapan Alp Eren Topal gazetesinin ilk sayısının topluluğun “resmi” yayımı olduğuna dair bir kayıtle çıkarıldığını aktarır. Bakınız TOPAL Alp Eren, “Giriş”, **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1.Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss.021-044, s. 026.

¹⁷ Namık Kemal, “Dostâne Bir Vesâat”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara) 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 80-82, s. 81, (bundan sonraki atıflarda 2019h olarak kullanılacaktır).

Devletin tüzel kişiliği fikrini kabul etmemesi yazılarında çoğu zaman iç içe geçen¹⁸ devlet ve hükümet terimlerine yüklediği anlamlarda da kendini gösterir. Çoğu kez devlet ve hükümet terimlerini aynı anlamda kullanmıştır.¹⁹ Bir terim olarak devleti, bir yanıyla milletin siyasi faaliyetlerinin ifadesi olarak diğer yanıyla “*heyet-i idarenin efrâdı*”nı anlatmak için kullanır:

“Çünkü millet bir halkın revâbıt-ı siyasiyesine nazaran bulunduğu hali tarif eder bir kelime olduğu gibi devlet de bir halkın icraat-ı siyasiyesine nazaran bulunduğu tavrı ifade eder bir lâfızdır.

Vâkıa devlet tabirinden heyet-i idarenin efrâdı murad olunursa onların gerek umumuna ve gerek bazı efrâdına ait bir takım menfaatleri olabilir.

*Fakat cümlesi sırf menfaat-i şahsiyedir. Namına menâfi’-i devlet denilemez. Ve heyet-i idarenin umumu mantıken ve hukuken millettten ayrı millete tekâbül edecek bir mecmû’ hâsıl eyleyemez.”*²⁰

Namık Kemal, devletin ya da hükümetin hak ya da görevleri olmadığını ancak çeşitli “kamusal” görevleri yerine getiren görevlilerin kişisel haklarını fıkıh kurallarıyla düzenlendiğini belirtir:

*“Kütüb-i kelâmiye ve fikhıyeye dahi müracaat olunsun. İmamın, vezirin, kadının, müftünün, âmilin, zabitin şahıslarına dair birçok hukuk tayin olduğu görülür. Lâkin hiç hükümet gibi, devlet gibi, heyet-i umumiyenin bir tavr-ı mahsusunu ifade için vaz’olunmuş birer lugattan ibaret olan şeylere hak veya vazife namıyla hiçbir şey tayin olunmuş mudur?”*²¹

Yukarıda örneklenen bu yaklaşımı, Şura-yı Devlet’in yapısının yeniden düzenlenmesi üzerine kaleme aldığı yazısında da kendini gösterir. Bireylerle siyasi otorite arasındaki uyumsuzluklarda farklı bir yargılama usulünün kabul

¹⁸ Örneğin; Namık Kemal, “Bazı Mülâhazât: Devlet ve Millet”, makalesinde “*hükümet veyahut devlet, halkın böyle bir tevkiî icra etmek şartıyla bulunduğu tavrına denilir.*” şeklinde iki terimi ikame olarak düşünmüştür. Bakınız Namık Kemal, “Bazı Mülâhazât: Devlet ve Millet”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara) 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 146-149, s. 147, (bundan sonraki atıflarda 2019ğ olarak kullanılacaktır).

¹⁹ YILMAZ, s. 91; FINDIKOĞLU, 1941, s. 208; MARDİN, s. 332; bu özdeş kullanıma dikkat çeken başka bir çalışma için bakınız UMUT, s. 1084; bu noktaya dikkat çeken başka bir çalışma için bakınız NAL, s. 638.

²⁰ Namık Kemal, “Herkesin Maksudu Bir Amma Rivayet Muhtelif”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara) 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 94-95, s. 95.

²¹ Namık Kemal, 2019h, s. 82.

edilmesi fikrini eleştirir. Onun itirazı hakkın bir bütün olduğu ve buna ilişkin uygulamanın da ayrılamayacağına dayanır. Ancak burada devleti, kendi işleyiş kuralları olan gerçek kişilerden bağımsız bir örgütlenme olarak kabul etmediğini görmek mümkündür.

*“Devlet kendine ait olan işleri bile mehâkim-i âdiyede rü’yet ettirince ve bir daire ile bir fert arasında olan davalar dahi de’âvî-i efrâdın usul-i muhakemesine tâbi olunca meselâ tüccarın ayrı mahkeme, ayrı usul-i muhakeme istemesine mahal kalmayacağına hiç şüphe yoktur.”*²²

Namık Kemal’in bu yazılarında, devleti; tüzel kişiliğe sahip dolayısıyla hukuki işlemlerin tarafı olabilecek, hükümetten/yürütme gücünü kullanan kişilerden ayrı kurumsal bir siyasal örgütlenme modeli olarak algılamadığını görebiliyoruz.

Namık Kemal’in kamu hukukunun özel hukuktan ayrı bir disiplin alanı olarak tanımlanmasına karşı çıkışının ikinci başlığını, kamu hukukunun kapsamı üzerinden yaptığı eleştiriler oluşturur. Namık Kemal; kamu hukukunun özel hukuktan ayrı düşünülmemeyeceğini, kamu hukukunu yalnızca bireyi esas alan bir perspektifle değerlendirerek anlatır. Kamu hukuku dallarından biri olarak *“Hukuk-ı Siyasiye”*nin içeriğinin²³ özel hukukta olduğu gibi yalnızca kişiye ait haklardan oluştuğunu vurgular.²⁴ Örneğin, Namık Kemal; halk egemenliği kavramında yer alan halk kelimesinin soyut bir anlam ifade ettiğini belirterek hükümetin temeli olan halk egemenliğini bireysel hakka dayandırarak anlatır:

*“Hakimiyet-i ahali ki kuvâ-yı hükümetin halktan münba’is olmasından ibaret ve lisan-ı şer’de namı hakk-ı biattır. Umum veya ahali kelimesinin ifade ettiği mâna-yı mücerred üzerine ârız olmuş bir salâhiyet değil her ferdin hilkaten mâlik olduğu istiklâl, istiklâl-i zâtî levâzımından bir haktır.”*²⁵

²² Namık Kemal, “[Mahkemelere Dair] Bir Mülâhaza”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 50-51, s. 51.

²³ Bazı hak ve özgürlüklerin yanı sıra eşitlik, halk egemenliği, kuvvetler ayrılığı ve memurların sorumluluğu olarak bugünkü karşılıklarıyla çevrilebilecek birtakım ilkeleri de bu başlık altında saymıştır. Bakınız Namık Kemal, 2019k, s. 124.

²⁴ Namık Kemal, 2019k, s. 125; Fındıkoğlu, Namık Kemal’in hukuk-i siyasiyeyi hukuk-ı şahsiyeye dayandırmasının sebebinin onun *“ferdiyetçi”* görüşleri olduğunu yazar. Bakınız FİNDİKOĞLU, 1941, s. 209-211.

²⁵ Namık Kemal, 2019k, s. 124.

Namık Kemal, özel hukuktan ayrı bir kamu hukuku disiplini olmadığını dahası insanların oluşturduğu toplulukları düzenlemek üzere inşa edilmiş bir hukukun olamayacağını *İbret* Gazetesi'ndeki yazılarında açıkça tekrarlamıştır. Dolayısıyla onun kamu hukuku üzerine düşüncelerini bu yazılarını da dikkate alarak değerlendirmek gerekir:

“Biz, ... ve hukuk-ı umumiyenin hukuk-ı şahsiyeden başka bir şey olmadığına dair bazı mülahazalar irad eyledik.

...

Şunu da ilâve ederiz ki bir cemiyet içinde hukuk-ı müştereke vardır fakat ferde hiç taalluku olmaksızın yalnız ictimâ üzerine terettüb eder bir hakk-ı umumî aklen mevcut olamaz.”²⁶

II. NAMIK KEMAL’İN KAMU HUKUKU KONULARINA YAKLAŞIMI

A. Namık Kemal’in Hukukun Temeline İlişkin Düşüncesi

Namık Kemal, Avrupa’da hukukun farklı şekillerde tanımlandığını belirtirerek; “*tabâyi’-i beşerden mehâsin-i mücerredeye mutabık olarak münba’is olan revâbit-ı zaruriye..*” tanımını benimsediğini açıklar.²⁷ Bu, elbette Montesquieu’nün kanunları, toplumsal ilişkilerin yansıması olarak kabul ettiği ünlü eserinin giriş cümlesindeki hukuk tanımını akla getirir.²⁸ Bu bir benzetme değildir çünkü Namık Kemal, Montesquieu’nün kanun tanımını bildiğini ve Avrupa’da neredeyse oybirliğiyle kabul edildiğini kendisi yazmıştır.²⁹ Tercüme Odası’ndan arkadaşı³⁰, Kâni Paşazâde Rıfat’ın Osmanlı

²⁶ Namık Kemal, “İfade-i Meram [İbret’in Tekrar Neşri]”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 134-140, s. 137.

²⁷ Namık Kemal, “Hukuk”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 52-55, s. 54, 55, (bundan sonraki atıflarda 2019j olarak kullanılacaktır).

²⁸ Montesquieu’nün kanun tanımı için bakınız MONTESQUIEU, **Kanunların Ruhu Üzerine**, (çev. Berna Günen), 2. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 3.

²⁹ Ayrıca Recai Galip Okandan, Namık Kemal’in Montesquieu’nün “Kanunların Ruhu” isimli eserini tercüme ettiği yönünde bir iddianın olduğundan bahseder. Bakınız OKANDAN, s. 120; Fındıkoğlu da Namık Kemal’in Montesquieu çevirisi yaptığını yazmıştır. Bakınız FİNDİKOĞLU, 1941, s. 187.

³⁰ Namık Kemal ile Kâni Paşazade Rıfat’ın ilişkileri ve Namık Kemal’in “*Hukuk-ı Umumiye*” hakkında yazdığı eleştirilerin Ebüzziya Tevfik tarafından yayımlandığı hakkında bakınız KUNTAY, s. 406.

Türkçesine “*Hukuk-ı Umumiye*” başlığıyla yaptığı çeviriye yazdığı eleştirisinde³¹ Montesquieu’nün kanun tanımının Avrupa’da yaygın olarak benimsendiğini vurgular.³²

Kâni Paşazâde Rıfat’ın çeviri eseri hakkındaki eleştirilerini, ikincisini Ebüzziyâ Tevfik’in talebi üzerine yazdığı, iki mektupta³³ dile getiren Namık Kemal’in; bu mektuplarında çevirisi yapılan kitabın içeriğine dair değerlendirmelerini görebiliyoruz. Namık Kemal ikinci mektubunda, kitabın yazarı Pradié Fodéré’nin yaptığı hukuk tanımını farklı açılardan eleştirir.

İlk eleştirisi, normların zorlama niteliğine sahip olduğu tespiti üzerinedir. Namık Kemal’in aktardığına göre, Fodéré; kanunun unsurları arasında insanları bazı davranışları yapmaya ya da bazı davranışlardan kaçınmaya yönlerecek ceza tehdidini saymıştır. Namık Kemal, Fodéré’nin tanımına karşı çıkışını Fıkıh’ta ceza ile karşılık bulmayan kurallar olduğu üzerinden temellendirmektedir:

“Ez-cümle kânûn’un ta’yin edeceği mevâd, halka mücerred ba’zı mücâzât ile tehdiden ilkâ olunmak kat’an lâzım değildir. Meselâ *Fıkh’in* munâkehât ve hattâ mu’âmelâta muta’allik ekser mücâzât-ı dineviyye ile te’yid olunmadığı gibi, hattâ Avrupalılar’ın elinde mevcûd olan ve kavânin-i medeniyye ve ticâriyye ve usûl-i muhâkeme ‘unvânlarıyla beyân olunan kanunların yüzde-bir mâddesi tevliid-i mücâzât etmek hâsiyyetinden berîdir.”³⁴

³¹ Kâni Paşazâde Rıfat’ın çevirisi daha önce literatürde incelenmiştir. Bu incelemelerde Namık Kemal’in söz konusu çeviri eserle ilgili eleştirilerine de yer verilmiştir. Bakınız AKKAYA KİA Rukiye, “Kâni Paşa-Zâde Rif’at Bey’in “Hukuk-ı Umûmiyye” (İstanbul, 1290) Kitabı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 1, 2019, ss. 1-14, s. 2-3; AKKAYA KİA, 2016, s. 235-236.

³² Namık Kemal, “1031 (145^b). Ebüzziyâ Tevfik’e”, **Nâmık Kemal’in Husûsî Mektupları**, Cilt IV, (Hazırlayan: Fevziye Abdullah Tansel), 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 643-650, s. 643, (bundan sonraki atıflarda 2013b olarak kullanılacaktır).

³³ İlk mektup ağırlıklı olarak tercüme, terim hatalarına yöneliktir. Bakınız Namık Kemal, “1030 (145^a). Ebüzziyâ Tevfik’e”, **Nâmık Kemal’in Husûsî Mektupları**, Cilt IV, (Hazırlayan: Fevziye Abdullah Tansel), 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 637-643, s. 640-642. Her iki mektupta da çeviri ve çevirisi yapılan kitabın içeriği eleştirilse de ikinci mektup ağırlıklı olarak çevirisi yapılan eserin içeriğine ilişkin eleştirilerden oluşur. Bu durum, Namık Kemal’in mektuplarının transkripsiyonunu yapan Fevziye Abdullah Tansel tarafından da Namık Kemal’in mektuplarına dair açıklamalar kısmında vurgulanmıştır. Bakınız **Nâmık Kemal’in Husûsî Mektupları**, Cilt IV, (Hazırlayan: Fevziye Abdullah Tansel) 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 632.

³⁴ (vurgu orijinalinde) Namık Kemal, 2013b, s. 644.

Hukuk normlarının zamanın ve mekânın gerekleri doğrultusunda insan iradesiyle değiştirilebileceği fikrinin Namık Kemal'e yabancı olduğunu Fodéré'nin eserine yaptığı eleştirilerden okuyabiliyoruz. Namık Kemal, hukukun alanını dinden ayrı düşünmez. Ona göre, dinin insanı sorumlu tuttuğu görev, ibadet ve ilahi adalete inanç olduğundan yönetim/devlet işleri her zaman dini kurallara bağlıdır.³⁵

Namık Kemal, hukukun temeli konusunu 1872 yılında *İbret Gazetesi*'nde yayımlanan "Hukuk" başlıklı yazısında yukarıda değinilen bu mektuplardan önce de ele almıştır.³⁶ Bu yazıya aynı fiillerin bazı ülkelerde suç sayılırken bazı ülkelerde suç sayılmamasının nedenini sorgulayarak başlamaktadır.³⁷

Namık Kemal, bu soruyu sorduktan sonra kendi cevabını verir. Ona göre hukukun kaynağı, insan yani bu dünyadan bir kaynak değil, kâinatın tamamı için geçerli olan hakikatin neden olduğu ilişkilerdir:

*"Binâenaleyh kâffe-i âsârda olduğu gibi hukuk muâmelâtında gördüğümüz intizam veya ihtilaf gibi haller dahi ale'l-amyâ ve müteselsilen zuhûr eder ve birbirinin irtibatından kurtulmaz bir takım illetlerin netâyic-i zaruriyesinden ibarettir."*³⁸

Namık Kemal, hukukun kaynağının kâinat için geçerli olan bir "mebde-i evvel" olduğunu düşünür. Ancak, onun düşüncesinde insan iradesi ("ihtiyar-ı beşer") tamamen yok sayılmaz.³⁹ Hukukun kaynağı olarak insan iradesi, tüm dünya için iyi ve kötüyü belirleyen ilahi kurallarla sınırlıdır: "*Binâenaleyh hukuk "tabâyi-i beşerden mehâsin-i mücerredeye mutâbık olarak münba'is olan revâbit-ı zaruriyeye" denilir*"⁴⁰.

³⁵ Namık Kemal, 2013b, s. 646-647.

³⁶ Namık Kemal'in bu yazısında, "*İslam hukuk felsefesi*"ne uygun bir hukuk tanımı yapmaya çalıştığı tespiti hakkında bakınız GÖZÜBENLİ Beşir, "XIX. Asır Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri ve Namık Kemal", **Uluslararası Namık Kemal Sempozyumu (20-22 Aralık 2010 Tekirdağ)**, (Editör: Orhan Kemâl Tavukçu / Ali Tilbe), 1. Cilt, 2010, ss. 495-510, s. 505.

³⁷ Namık Kemal, 2019j, s. 52.

³⁸ Namık Kemal, 2019j, s. 53.

³⁹ Namık Kemal, 2019j, s. 53.

⁴⁰ Namık Kemal, 2019j, s. 54; Namık Kemal'in bu cümledeki hukuk tanımının, "*hukuk felsefesinin muhtelif devirlerinden*" yansımalar taşıdığı ancak İslam hukuk anlayışıyla sıkı bir ilişkisi olduğu hakkında bakınız FINDIKOĞLU Ziyaeddin Fahri, "Namık Kemal, Hukukçu", **İş: Felsefe, Ahlâk ve İctimaiyat Mecmuası**, 25, ss. 25-40, s. 30. Bu yayına İstanbul Üniversitesi

Namık Kemal'in hukuku tanımlarken Montesquieu'nün tarifini benimsemişi açıkça görülebilir. Montesquieu bu kanun tanımını yaparken hukuku, aşkın kökenleri yerine somut ilişkilere dayanan rasyonel temelleriyle açıklamaya çalışır. Ancak Namık Kemal, hukuku dini kökenlerinden bağımsız değerlendirmez. Tersine Namık Kemal başvurduğu hukuk tanımındaki zorunlu ilişkileri yani iyiyle kötüyü, günah ile sevabı belirleyen ilahi kurallara olduğunu her zaman vurgular.⁴¹ Dolayısıyla Namık Kemal'in hukuka bakışının, Osmanlı Devleti'nin şeriat temelli hukuk algısından farklı bir çözümleme içermediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Başka bir deyişle Namık Kemal; Montesquieu ve Rousseau gibi Batı siyasal düşüncesini biçimlendiren eserleri kendi zamanı için geçerli olan kabullerle değerlendirdiğinden modern hukukun sınırları dışında kalmıştır.⁴²

B. Namık Kemal'in Hükümetin Temeline ve İşleyiş Tarzına İlişkin Düşüncesi

Namık Kemal, siyasal otoritenin temelinin cebre değil bireylerin sahip olduğu egemenlik hakkına dayandırmıştır. Bunu açıklarken Jean-Jacques Rousseau'dan bahisle, hükümetin güçle ya da zorla kurulmadığını vurgular.⁴³ İnsanların bu hakkını kendi eliyle kullanmasının mümkün olmayacağından⁴⁴; bu nedenle herkesin hakkını başkasının müdahalesinden koruyacak bir “üstün

Hukuk Fakültesi Kütüphanesi dergi arşivinden ulaşıldı. “Namık Kemal, Hukukçu” başlıklı yazının başında ya da sonunda yazar bilgisine yer verilmemiştir. Ancak bu çalışmada Namık Kemal'in biyografisi için yararlanılan İslâm Ansiklopedisi'nin Ö. F. Akün tarafından yazılan maddesinde Namık Kemal hakkında yazılan eserlerin tanıtıldığı bölümde, “Namık Kemal Hukukçu” makalesinin Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu tarafından yazıldığı belirtilmiştir; Niyazi Berkes de bu makalesine ve bu cümlesine atıf yaparak Namık Kemal'e göre hukukun kaynağının şeriat olduğunu yazar. Bakınız BERKES, 1985, s. 184.

⁴¹ Namık Kemal, 2019j, s. 55; Okandan, Namık Kemal'in İslam hukuku kurallarını kanun yapma yetkisinin sınırı olarak düşündüğünü yazmıştır. Bakınız, OKANDAN, s. 123; Birand ise Namık Kemal düşüncesinde kanunların yapımı esnasında dini kurallara ve “*kültüre*” uyularak hareket edilmesi gerekliliğini yazmıştır. Bakınız BİRAND, s. 126.

⁴² Buradakinin aksine Namık Kemal'in yazılarında modern devlet ve modern hukukun gerekleri doğrultusunda bir yapılanma tasvir ettiği yönündeki görüş için bakınız SAÇAR Ali, “Namık Kemal Tiyatrosunda Modern Osmanlı Yurttaşlığının Askeri Yönünün İnşası”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 28, S. 1, 2022, ss. 205-222.

⁴³ Namık Kemal, 2019d, s. 142; BERKES, 1985, s. 183.

⁴⁴ Namık Kemal, halkın sahip olduğu hürriyeti az nüfuslu bir yerde dahi kendi eliyle koruyamayacağını bu nedenle temsil yöntemine başvurulduğunu yazmıştır. Bakınız Namık Kemal, “Efkâr-ı Umumiye”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 199-205, s. 199.

güç” oluşturulması zorunluluğundan bahseder. Bu zorunluluk hem *Hürriyet Gazetesi*’nde hem *İbret Gazetesi*’ndeki yazılarında tekrarlanmıştır.⁴⁵

Bireyleri temsil ettiğini açıkça yazdığı⁴⁶ devlet/hükümetin amacı, Namık Kemal açısından adaletin sınırlarını savunmaktır:

*“Fakat hukuk-ı insaniyenin tekabülünden hâsıl olan hadd-i adaleti bilmeğe umum ebnâ-yı beşer muktedir olamadığından ve muktedir olanların dahi pekçok defalar bilmek veyahut bilişine göre hareket etmek istemediği hergün bin tecrübe ile bedâhete çıktığındandır ki zaten mücerred ve binaenaleyh hükmünü mer’î tutturmağa iktidardan mahrum olan bu haddin taarruzdan vikâyesi için her cemiyette maddî bir kuvve-i gâlibenin vücuduna zaruret-i katiye messetmiştir.”*⁴⁷

Namık Kemal’in hükümetin fonksiyonuyla ilgili fikirleri Osmanlı düşüncesi açısından oldukça tanındıktır. Bu anlamda Namık Kemal’in yönetim hakkını adaletle birleştiren geleneksel Osmanlı düşüncesinden ayrıldığını söyleyebiliriz.⁴⁸ Yukarıdaki alıntılardan görülebileceği gibi Namık Kemal’in düşüncesi; yönetim hakkını adaletle birleştiren, hükümdarın toplumsal düzenin ilkelerini, işleyişini gözetmesi gerektiğini anlatan ve Osmanlılar tarafından da benimsendiğini bildiğimiz geleneksel kabullerle⁴⁹ uyumludur.⁵⁰ Buna uygun olarak adaleti salt dini bir gereklilik olarak düşünmez; adalet siyasi iktidarın güvencesidir.

⁴⁵ *Hürriyet Gazetesi*’nden bir örnek şu satırlardır: “Umumun o hakka müterettib olan vezâifi bizzat icra etmesine imkan müsait olmadığındandır ki tayin-i imam ve teşkil-i hükümet zaruriyetten olur”. Bakınız Namık Kemal, 2019p, s. 067.

⁴⁶ Bakınız Namık Kemal, 2019ğ, s. 147; Namık Kemal’in devletin gelişimine dair fikirlerinin incelenmesi için bakınız PETROSYAN, s. 118 vd.

⁴⁷ Namık Kemal, 2019ğ, s. 146.

⁴⁸ Hükümetin temelini adaletle açıkladığı başka bir yazısı için ayrıca bakınız Namık Kemal, “[Adalet ve Mahkemeler Hakkında]”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 261-266, s. 261.

⁴⁹ Yönetim ve adalet ilişkisi, bu düşüncenin işlevi ve tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız TİMUR Taner, **Osmanlı Toplumsal Düzeni**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, 2010, s. 242 vd; Osmanlı Devleti’nin yönetim anlayışına temel olan “adil yönetim” düşüncesinin temelleri ve tarihi hakkında ayrıca bakınız TİMUR Taner, **Osmanlı Kimliği**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, 2010, s. 142-152, (bundan sonraki atıflarda 2010a olarak kullanılacaktır); İNALCIK Halil, “Şer’at ve Kanun, Din ve Devlet”, **Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adâlet**, 3. Baskı, Kronik Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 49-60, s. 59-60; İNALCIK Halil, “Adâletnâmeler”, **Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adâlet**, 3. Baskı, Kronik Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 95-169, s. 95-100.

⁵⁰ Niyazi Berkes, Namık Kemal’in meşru yönetimin adaletle sağlanabileceği düşüncesinin Rousseau ile temellendirilebileceği yorumunu yapmıştır. Bakınız BERKES, 2017, s. 291.

*“Ulü’l-ebşâra ibret-nümûn olan mukteziyât-ı tabiiyedendir ki Acemler, Yunanlılar, Romalılar gibi harabe-zâr-ı ğabrâda imâr-ı medeniyet ve ibka-yı nam u şöhret eden ümem-i kadîme her ne zaman ki hikmet ve adaletle hareket ettiler saadet ve galibiyete mazhar oldular ve her ne vakit cebr u tasallut yollarına gittiler o zaman içinde inkıraz buldular.”*⁵¹

Namık Kemal’in hükümetin işleyiş tarzına ilişkin düşüncelerini Fransa’da Yeni Osmanlıların fikirlerini duyurmak amacıyla çıkardığı *Hürriyet Gazetesi*’nde sekiz yazıdan oluşan “*usul-i meşverete dair*” yazı serisinde ayrıntılı olarak okuyabiliyoruz. Bu yazı dizisi; Osmanlı Devleti’nde parlamentolu yönetimin nasıl biçimlendirilmesi gerektiği, Osmanlı toplumu için Avrupa anayasal düzenlerinin hangisinin örnek alınması gerektiği üzerine yoğunlaşmıştır.⁵²

Daha önce de değinildiği gibi onun Avrupa’nın yönetim biçimini örnek almasının bir sebebi bulunur. Çağının ileri medeniyeti olarak gösterdiği Avrupa’nın⁵³ yönetim ilkelerinin Osmanlı kurumları karşısında üstünlük sağladığını açıkça dile getirir.⁵⁴

*“Malumdur ki bundan kırk-kırk beş sene evvel Devlet-i Aliyye’nin zaten müşrif-i indiras olan tesisât-ı siyasiyesi bütün bütün mahvolmuş ve Avrupa’nın kavâid-i idaresi bir galebe-i mutlaka hâsıl etmiş idi.”*⁵⁵

Bu karşılaştırmayı yaptığı yazısında, bireylere hukuki koruma sağlamakla ziyade Osmanlı Devleti’ni ayakta tutabilecek siyasi bir “*eser*” olarak nitelendirdiği Tanzimat sürecinin ve bu sürecin bir uzantısı olarak Avrupa’nın bazı yönetim ilkelerinin benimsenmesinin Osmanlı Devleti’ni Avrupa Devletleri arasına soktuğundan bahseder.

⁵¹ Namık Kemal, “[Adalet]”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 319-326, s. 319.

⁵² Namık Kemal, 2019d, s. 144-145.

⁵³ Namık Kemal, “İzah-ı Meram”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 83, s. 83.

⁵⁴ Ayrıca Namık Kemal’in, Batı medeniyetinin “*üstünlüğünü gördüğü ve etkilendiği*” tespiti için Bakınız TİMUR Taner, “Namık Kemal’in Magosa Sürgünü ve Uluslararası Politika”, **Osmanlı Çalışmaları: İlkel Feodalizmden Yarı Sömürge Ekonomisine**, 3. Baskı, İmge Kitabevi, 1998, ss. 305-317, s. 305.

⁵⁵ Namık Kemal, “Tanzimat”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 221-224, s. 221, (bundan sonraki atıflarda 2019ö olarak kullanılacaktır).

“Hatta bu tarîkin ittihadı veya tabir-i âharla hâricen tuttuğumuz politika tedâbirinin ittirâdı devleti bin türlü müşkilâta düşürmekle beraber o kadar faideli bir netice hâsıl etmiş idi ki adeta Avrupa’ca tekâfül-i umumî dahilinde bulunduktan başka düvel-i muazzamadan ma’dûd olmuş ve hele Fransa muharebesinden sonra bayağı ittifakımız Avrupa ittifaklarınınca esbâb-ı muzafferiyette[n] addolunur bir hale gelmiştik.”⁵⁶

Osmanlı Devleti’nin Avrupa karşısında yitirdiği gücünü tekrar elde etmesi⁵⁷, Namık Kemal’in yönetim şekline ve bu kapsamla sınırlı olarak hukukun biçimsel yapısına bakışını şekillendirir ve elbette daraltır. Ona göre, bunlar Avrupa’nın temsil ettiği çağdaş medeniyetin esas unsurları arasındadır. Medeniyete karşı durmanın, zamanının icatlarını kullanmamanın bağımsızlığı tehlikeye attığı uyarısında bulunur.⁵⁸ Yazılarında hukukun formel yapısı da medeniyetin bir yüzü olarak kabul edilir. Ancak Batılı form içinde yazıya geçirilmesi ve koruma altına alınması gereken kurallar, şariat kurallarıdır.

“İslâmiyeti medeniyet-i hâzıra ile imtizâcdan beri zanneden Avrupalılara ise bu fikirlerinin butlânını isbat etmekte hiç su’ûbet çekilmez. Meselâ ... ıslahat-ı sahiha ... eğer şariat namına ilân edilmiş olsa idi ve fıkraşının fıkrasına tatbiki kâbil olmayan mahud Kanun-ı Ceza Fransa düstûrundan istirâk edileceğine fikhın ukûbât faslı tedvin olunsa idi Avrupaca İslâmiyetle medeniyet beyninde tezaad bulunduğu dair vücudundan şikâyet olunan fikrilerinin husulüne bile meydan kalmaz idi.

Şimdi yine kavâid-i şer’iye fikhın tayin ettiği üzere hükm-i zamana tevfi-kan tamamıyla fiile çıkarılır ise Avrupa’ya memalik-i Osmaniye’de cereyan eden adaleti tahsîn ve tahayyür ile alkışlamaktan başka yapacak bir şey kalmayacağında hiç şüphe buyurulmasın.”⁵⁹

Namık Kemal’in Batılı kurumları İslami kurallara uygun olarak yorumlamaya çalıştığı bilinmektedir.⁶⁰ Hükümetin temelini ve işleyiş tarzını ele

⁵⁶ Namık Kemal, 2019ö, s. 222-223.

⁵⁷ Karşılaştırınız, Niyazi Berkes Osmanlı Devleti’nin sorunlarına karşılık Namık Kemal’in ilk yapısal çözümü anayasal bir yönetimin kurulmasında gördüğünü yazar. BERKES, 2017, s. 288.

⁵⁸ Namık Kemal, “Medeniyet”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 358-361, s. 360.

⁵⁹ Namık Kemal, “Şark Meselesi I”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 141-145, s. 142.

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız BORA Tanıl, **Cereyanlar: Türkiye’de Siyasi İdeolojiler**, 5. Baskı, İletişim Yayınları, 2017, s. 25; “Namık Kemal ve arkadaşlarının... Doğu ile Ba-

alırken de Batılı anayasal kurumları Osmanlı toplumunun gelenekleriyle, dini kavram ve kurallarla düşünmüştür. Örneğin; “*usul-i meşveret*”i Avrupa’daki parlamentolu yönetim biçimini anlatmak için kullanır.⁶¹ Yasa yapma ve bakanları denetleme yetkisinin “*usul-i meşveret*”e karakterini veren özellikler olduğunu⁶² yazmasına rağmen Yeniçeri ocaklarının “*ümme*t”in iradesini yansıttığını söyleyerek bu ocakların kaldırılmasına kadar Osmanlı Devleti’nin “*usul-i meşveret*”e benzer bir yönetime sahip olduğunu iddia eder.⁶³

Namık Kemal, “*usul-i meşveret*”in özünün şeriat kuralları arasında bulunduğunu iddia eder.⁶⁴ Bu özün Batılı formlarla uygulanmasının Osmanlı geleneklerine ve dini kurallara aykırı olmadığını şu şekilde açıklar: “*Mademki şer’an usul-i meşveret mukarrerdir, esas mevcut olduktan sonra icraatta olan teferruatını icmâ-ı ümme*t tayin eder.”⁶⁵

Namık Kemal’in Osmanlı Devleti için önerdiği siyasal yapının nasıl şekillendirildiği, hangi ülkenin örnek alındığı tartışması bir yana⁶⁶; onun hü-

tı’yı uzlaştırma isteği” hakkında bakınız OLGUN İbrahim, “Namık Kemal Kuşağı ve I. Meşrutiyet”, VIII. Türk Tarih Kongresi (Ankara: 11-15 Ekim 1976) Kongreye Sunulan Bildiriler, III. Cilt, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1983, ss. 1763-1770, s. 1766; Namık Kemal’in Batılı kavramları “*Osmanlı-İslam gelenekleri*”yle açıklama eğiliminin sosyal sözleşme kapsamında incelemesi için bakınız UMUT, s. 1083-1093.

⁶¹ Namık Kemal’in “*usul-i meşveret*” terimini “*meşrutî sistem*” gibi kullandığı tespiti ile karşılaştırınız YILMAZ, s. 59; Namık Kemal’in bu terimle “*temsili hükümet*” sistemini işaret ettiği tespiti için bakınız MARDİN, s. 342.

⁶² Namık Kemal, “[*Courrier d’Orient ile La Turquie* beyninde *usul-i meşveret*in kabulüne dair zuhur eden nizâ’ üzerine mütâlaa]”, *Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal’in Hürriyet Gazetesi 1.Cilt (1868-1869)*, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 599-604, s. 604.

⁶³ “... zira Devlet-i Aliyye ta Yeniçeriler kalkıncaya kadar yine irade-i ümme ve binaenaleyh bir nev *usul-i meşveretle idare olunuyordu. Mebusâna vereceği hakk-ı nezareti ahali bi’n-nefs kendi icra ederdi.*”, Namık Kemal, 2019d, s. 144; Namık Kemal’in Yeniçeriliğin kaldırılmasından önce bu grubun padişah karşısında bir güç olduğuna, bu nedenle o dönemi “*meşrutî yönetim*” olarak gördüğüne ilişkin fikirlerinin değerlendirmesi için ayrıca bakınız TOPAL, s. 032-033.

⁶⁴ Taner Timur, sadece Namık Kemal’in değil tüm Yeni Osmanlıların mücadelesini şeriatla biçimlendirdiğini ve sınırladığını yazar. Bkz. TİMUR, 1998, s. 309-310; Timur bu tespitini 19. yüzyıldaki reformlar ve aydınların düşünce sistemi açısından da dile getirmiş ve bu dönemdeki anayasal gelişmeleri uluslararası ilişkilerin baskısı sonucu ortaya çıktığını eklemiştir. Bkz. TİMUR, 2010a, s. 153.

⁶⁵ Namık Kemal, 2019d, s. 144.

⁶⁶ Namık Kemal; ilgili yazısında Almanya, İngiltere ve Amerika’yı ansa da bu ülkelerle Osmanlı Devleti arasındaki bazı farklılıkları gerekçe göstererek Fransa’daki siyasal yapılanmanın Osmanlı Devleti için örnek alınabileceğini açıkça yazmıştır. Bkz. Namık Kemal, 2019d, s. 145. Ancak bu çalışmadaki amacın, onun siyasal örgütlenmeyi şekillendirirken özel olarak esas aldığı ülkeyi tartışmak değil modern siyasal kurumlara yönelik geleneksel temellendirmelerine dikkat çekmek olduğunun altını çizmek gerekir.

kümetin fonksiyonuna dair yukarıda işaret edilen ve geleneksel Osmanlı düşüncesiyle son derece uyumlu olduğu belirtilen düşünceleri, burada kurumlar üzerinden tekrar vurgulanmaktadır. Namık Kemal'e göre, adaleti koruma görevi padişaha aittir ve onun yetkileri bu önerilen yeni siyasal yapıda korunur.⁶⁷ Yetişkin herkesin (erkeklerin) oyuyla oluşturulan Meclis-i Şura-yı Ümmet'in bir görevi de siyasi sorumluluğu bulunan Bakanlar Kurulu'nun "*icra-yı adalet*" ve "*istihsâl-i terakkî*" konularında sorumluluğunu işletmek ve bütçeyi denetlemektir.⁶⁸ Namık Kemal'in önerdiği siyasal kurumlardan biri olan Senato ise devletin temel yapısını ve halkın özgürlüğünü korumakla görevlidir.⁶⁹ Senato, hanedan üyelerinden, ulema sınıfından, yüksek askeri görevliler ve padişahın seçtiği kişilerden oluşur.⁷⁰ Senatoya atfettiği devletin temel yapısını koruma görevi, Meclis-i Şura-yı Ümmet'e sunulacak kanunların dini kurallar dahil bazı ilkelere⁷¹ uygunluğunun incelenmesi yoluyla yerine getirilir.

SONUÇ

Kamu hukuku; meşruiyetini kendinde bulan, tüzel kişiliğe sahip bir siyasi iktidar modeli üzerine inşa edilmiştir.⁷² Bu anlamda kamu hukuku, geleneksel ve dini temellerinden kurtulan siyasi iktidarın kuruluş ilkelerini belirlemeye yönelmiştir.⁷³ Namık Kemal'in yazılarının, kamu hukukunun bu

⁶⁷ "Çünkü padişah vazife-i adaletin icrasına şer'an memurdur.", Namık Kemal, 2019d, s. 146.

⁶⁸ Namık Kemal, "[Usul-i meşverete dair üçüncü mektup]", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1.Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 173-180, s. 173-174; Namık Kemal, "[Usul-i meşverete dair ikinci mektup]", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1.Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss.156-164, s. 159.

⁶⁹ "Meclisin esas-ı zuhuru kudreti teşri ile kudret-i tenfiz beyrinde bir kudret-i ta'dilin tahakkuk-ı lüzumudur. Vazifesi ise nizamât-ı esasiye ve hürriyet-i umumiye muhafaza etmektir.", Namık Kemal, "[Usul-i meşverete dair dördüncü mektup]", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1.Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 206-208, s. 206, (bundan sonraki atıflarda 2019g olarak kullanılacaktır).

⁷⁰ Namık Kemal, 2019g, s. 206.

⁷¹ Bu ilkeler için bakınız Namık Kemal, 2019g, s. 207.

⁷² LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, (çev. Dilşad Çiğdem Sever / Kıvılcım Turanlı), 1. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017, s. 53.

⁷³ LOUGHLIN, s. 53; Modern devlet, kamu hukuku özel hukuk ayırımının tanındığı bir hukuk anlayışına dayanmaktadır. Bakınız HELLER Hermann, **Staatslehre: in der Bearbeitung von Gerhart Niemeyer**, 6. revidierte Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, s. 152.

temel mantığını ve zamanla bugünkü şeklini alan tarihi birikimi içermediği vurgulanmalıdır. Onun kamu hukukunu alımlama biçimi modern kamu hukuku anlayışından oldukça uzaktır. Yukarıda farklı şekillerde gösterildiği gibi onun yönetim şekline ve hukukun biçimsel yapısına bakışı, gücünü kaybeden Osmanlı Devleti'nin Avrupa karşısında içinde bulunduğu durumdan yine çağının ileri medeniyeti olarak kabul ettiği Avrupa'nın ilkelerini benimseyerek kurtulabileceği düşüncesine dayanmıştır. Her şeyden önce Namık Kemal; devletin dinden ayrı, dünyevi temelleri olan bir kurum olarak inşasını aydınlatacak hukuki açıklama arayışında değildir. Ona göre devletin temel yapısını düzenleyen anayasa normlarının her biri dini kurallara uygun ("müftâ-bih"⁷⁴) olmalıdır. Makalelerinde Osmanlı Devleti için önerdiği hükümet sistemini Batılı hukuki, siyasi terminolojiye uygun olarak ifade ederken, bu sistemin biçimlendirilmesinde şeriat kurallarının sınırlarından ayrılmadığı görülmektedir.

Namık Kemal'in düşüncesinde devlet, tüzel kişiliğe sahip kurumsal bir örgütlenme biçimini ifade etmez. Onun yazılarında bir kavram olarak devlet, bazen hükümeti ve otoriteyi kullanma yetkisi olan bireyleri anlatmak için kullanılır. Dini hukuk geleneği içinde devletin bir hak öznesi olarak kabul edilmediğinin, sadece kamu görevini yerine getiren şahısların haklarının düzenlendiğinin altını çizer ve kamu hukuku alanındaki tartışmaları bireysel haklar perspektifiyle ele alır.

Hem Tercüme Odası'nda hem yurtdışında yürüttüğü entelektüel çalışmaları Namık Kemal'e; Batılı anayasal kurumları tanıma, modern devletin oluşmasında kurucu etkiye sahip düşünürlerin fikirlerini öğrenme imkânı sağlasa da bunun sınırlı bir tecrübe olduğunu anlamak gerekir. Hukukun temeliyle ilgili (zaman zaman oldukça keskin biçimde dile getirdiği) kabul-leri ve devletin tüzel kişiliği olmadığını dini-geleneksel atıflarla savunması Namık Kemal'in modern hukuk düşüncesine uzak olduğunu gösterir. Böylece kamu hukuku yazılarıyla onun modern hukuktaki iz düşümü tespit edilebilir.

Ulaşılan bu sonuç şaşırtıcı veya yadırgatıcı olmamalıdır. Namık Kemal devletin bağımsızlığını korumak için bir zorunluluk olarak gördüğü Avrupa tipi modernleşmeyi örnek aldığı için fikirleri bu açıdan ele alınmalıdır. Önerdiği/örnek gösterdiği sistemler modern devletin ortaya çıktığı Avru-

⁷⁴ Namık Kemal, 2019d, s. 144.

pa'nın hükümet sistemleridir. O sadece batı siyasal düşüncesini şekillendiren temel düşünörlere atıf yapmaz; aynı zamanda modern devletin anayasal/hukuksal kavram ve kurumlarını kullanır. Bu nedenle fikirlerini örnek aldığı düşünce sisteminden kopararak hatta bilinçli bir karşıtlık üzerinden okuyamayız. Tekrar etmek gerekirse Namık Kemal'in Batılı hükümet sistemlerini örnek almasına rağmen hanedandan/padişahdan bağımsız, laik, kurumsal bir siyasi iktidar/devlet fikri geliştirmeye çalışmamıştır.

Avrupa tipi modernleşmeyi salt kurala bağıllık, kurallı yönetimin kurumsallaşması olarak değerlendiremeyiz. Buradaki modernleşme, liberal ekonomik değerler temelinde siyasi ve hukuki yansıması olan bir değişimi esas alır. Temeli; kendi kuralını koyabilen, bu kuralı dilediği biçimde değiştirebilen ve meşruiyetini bireyin iradesine borçlu bir siyasi iktidar modelidir. Namık Kemal'in yazılarında kurallı yönetimin kurulması gerektiğine yönelik fikirler görsek de yönetime temel oluşturacak bu kuralın niteliğine/esasına ilişkin açıklamaları onu Avrupa tipi modernleşme düşüncesinden uzaklaştırır.

KAYNAKÇA

- AKKAYA KİA Rukiye, “Kâni Paşa-Zâde Rif’at Bey’in “Hukuk-ı Umûmiyye” (İstanbul, 1290) Kitabı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 1, 2019, ss. 1-14.
- AKKAYA KİA Rukiye, **Bir Ders Konusu Olarak “Devlet” ya da Genel Kamu Hukuku Dersinin Kökenleri**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- AKÜN Ömer Faruk, “Nâmık Kemâl”, **İslâm Ansiklopedisi: İslâm Âlemi Tarih, Coğrafya, Etnografya ve Biyografya Lugati**, 9. Cilt, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1964, ss. 54-72.
- AYDOĞDU Nergiz Yılmaz, “Giriş”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 13-36.
- BERKES Niyazi, “Namık Kemal ve Kanun-u Esasi”, **Felsefe ve Toplumbilim Yazıları**, 1. Basım, Adam Yayınları, 1985, ss. 175-199.
- BERKES Niyazi, **Türkiye’de Çağdaşlaşma**, (Hazırlayan: Ahmet Kuyaş), 24. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017.
- BİRAND Kamiran, “18 inci Asır Fransız Tefekkürü ve Namık Kemal”, **Felsefe Arkivi**, C. 1, S. 1, 1945, ss. 99-140.
- BORA Tanıl, **Cereyanlar: Türkiye’de Siyasi İdeolojiler**, 5. Baskı, İletişim Yayınları, 2017.
- ÇAĞAN Kenan, “Namık Kemal’de Devletin Niteliği ve Temel Dayanakları”, **Akademik İncelemeler Dergisi**, C. 7, S. 1, 2012, ss. 255-280.
- FINDIKOĞLU Ziyaeddin Fahri, “Namık Kemal, Hukukçu”, **İş: Felsefe, Ahlâk ve İhtimaiyat Mecmuası**, 25, ss. 25-40.
- FINDIKOĞLU Ziyaeddin Fahri, “Türk Hukuk Tarihinde Namık Kemal”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 7, S. 1, 1941, ss. 177-223.
- GEDİKLİ Fethi, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 91-104.
- GÖZÜBENLİ Beşir, “XIX. Asır Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri ve Namık Kemal”, **Uluslararası Namık Kemal Sempozyumu (20-22 Aralık 2010 Tekirdağ)**, (Editör: Orhan Kemâl Tavukçu / Ali Tilbe), 1. Cilt, 2010, ss. 495-510.
- HELLER Hermann, **Staatslehre: in der Bearbeitung von Gerhart Niemeyer**, 6. revideerte Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- İNALCIK Halil, “Şerî’at ve Kanun, Din ve Devlet”, **Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adâlet**, 3. Baskı, Kronik Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 49-60.
- İNALCIK Halil, “Adâletnâmeler”, **Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adâlet**, 3. Baskı, Kronik Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 95-169.
- KUNTAY Mithat Cemal, **Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında**, 1. Cilt, 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010.

- LOUGHLIN Martin, **Kamu Hukukunun Temelleri**, (çev. Dilşad Çiğdem Sever / Kılılcım Turanlı), 1. Baskı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017.
- MARDİN Şerif, **Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu**, (çev. Mümtaz'er Türköne / Fahri Unan / İrfan Erdoğan), 13. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.
- MENEMENCİOĞLU Nermin, "Namık Kemal Avrupa'da", **Bir Çağdaş Öncü Namık Kemal (1888-1988)**, 1. Basım, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1988, ss. 31-37.
- MONTESQUIEU, **Kanunların Ruhu Üzerine**, (çev. Berna Günen), 2. Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- NAL Sabahattin, "Namık Kemal'in Devlet Kuramı ve Devletin Sürekliliğini Sağlayacak Yönetim Biçimi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, 2019, ss. 633-649.
- Namık Kemal, "1030 (145^a). Ebüzziyâ Tevfik'e", **Nâmık Kemal'in Husûsî Mektupları**, Cilt IV, (Hazırlayan: Fevziye Abdullah Tansel), 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 637-643.
- Namık Kemal, "1031 (145^b). Ebüzziyâ Tevfik'e", **Nâmık Kemal'in Husûsî Mektupları**, Cilt IV, (Hazırlayan: Fevziye Abdullah Tansel), 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 643-650.
- Namık Kemal, "[Adalet]", **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 319-326.
- Namık Kemal, "[Adalet ve Mahkemeler Hakkında]", **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 261-266.
- Namık Kemal, "[*Courrier d'Orient* ile *La Turquie* beyninde usul-i meşveretin kabulüne dair zuhur eden nizâ' üzerine mütâlaa]", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1. Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 599-604.
- Namık Kemal, "[Mahkemelere Dair] Bir Mülâhaza", **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 50-51.
- Namık Kemal, "[*Usul-i meşverete dair bir mu'terize cevaben yazılmış mektup*]", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1. Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 142-147.
- Namık Kemal, "[*Usul-i meşverete dair ikinci mektup*]", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1. Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 156-164.
- Namık Kemal, "[*Usul-i meşverete dair üçüncü mektup*]", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1. Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 173-180.

- Namık Kemal, “[Usul-i meşverete dair dördüncü mektup]”, **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal’in Hürriyet Gazetesi 1. Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 206-208.
- Namık Kemal, “Bazı Mülâhazât: Devlet ve Millet”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 146-149.
- Namık Kemal, “Dostâne Bir Vesâat”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 80-82.
- Namık Kemal, “Efkâr-ı Umumiye”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, 2019, ss. 199-205.
- Namık Kemal, “Herkesin Maksudu Bir Amma Rivayet Muhtelif”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 94-95.
- Namık Kemal, “Hukuk”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 52-55.
- Namık Kemal, “Hukuk-ı Umumiye”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 122-127.
- Namık Kemal, “İfade-i Meram [İbret’in Tekrar Neşri]”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 134-140.
- Namık Kemal, “İzah-ı Meram”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 83.
- Namık Kemal, “Medeniyet”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 358-361.
- Namık Kemal, “Şark Meselesi I”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 141-145.
- Namık Kemal, “Tanzimat”, **Namık Kemal Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri Bütün Makaleler I**, (Hazırlayan: Nergiz Yılmaz Aydoğdu / İsmail Kara), 2. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 221-224.
- Namık Kemal, “Ve şâvirhüm fi’l-emr”, **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal’in Hürriyet Gazetesi 1. Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 067-073.

- OKANDAN Recai Galip, **Âmme Hukukumuzun Anahatları [Türkiye'nin Siyasî Gelişmesi]**, 1. Cilt Osmanlı Devletinin Kuruluşundan Yıkılışına Kadar, Fakülteler Matbaası 1977.
- OLGUN İbrahim, "Namık Kemal Kuşağı ve I. Meşrutiyet", **VIII. Türk Tarih Kongresi (Ankara: 11-15 Ekim 1976) Kongreye Sunulan Bildiriler**, III. Cilt, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1983, ss. 1763-1770.
- OSMANAĞAOĞLU Cihan, "Osmanlı Modernleşmesi Bağlamında, Osmanlı Devleti'nin Eğitim ve Öğretim Sisteminde Yapılan Değişiklikler (Reformlar)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXV, S. 2, 2007, ss. 143-222.
- ÖZLÜ Demir, "Hukukçu Olarak Namık Kemal", **Bir Çağdaş Öncü Namık Kemal (1888-1988)**, 1. Basım, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1988, ss. 77-92.
- PETROSYAN Yuriy Aşatoviç, **Sosyalist Açından Jöntürk Hareketi**, (çev. Mazlum Beyhan / Ayşe Hacıhasanoğlu), 1. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2015.
- SAÇAR Ali, "Namık Kemal Tiyatrosunda Modern Osmanlı Yurttaşlığının Askeri Yönünün İnşası", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 28, S. 1, 2022, ss. 205-222.
- TİMUR Taner, "Namık Kemal'in Magosa Sürgünü ve Uluslararası Politika", **Osmanlı Çalışmaları: İlkel Feodalizmden Yarı Sömürge Ekonomisine**, 3. Baskı, İmge Kitabevi, 1998, ss. 305-317.
- TİMUR Taner, **Osmanlı Kimliği**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, 2010.
- TİMUR Taner, **Osmanlı Toplumsal Düzeni**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, 2010.
- TOPAL Alp Eren, "Giriş", **Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi 1. Cilt (1868-1869)**, (Hazırlayan: Alp Eren Topal), Karton Kapak 1. Baskı, Vakıf-Bank Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 021-044.
- UMUT Hatice, "Namık Kemal'in Siyasi Düşüncesinde Toplum Sözleşmesi Kuramının Yeri", **Uluslararası Namık Kemal Sempozyumu (20-22 Aralık 2010 Tekirdağ)**, (Editör: Orhan Kemâl Tavukçu / Ali Tilbe), 2. Cilt, 2010, ss. 1083-1093.
- YILMAZ Nergiz, **Namık Kemal'de Siyasi Kavramlar**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü, 2000.
- YÖRÜK Ali Adem, "İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928)", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, S. 2, 2006 (Güz), ss. 99-128.
- ZÜRCHER Erik Jan, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, (çev. Yasemin Saner), 33. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

SEÇKİNCİ VE PLEBİSİTER BOYUTLARIYLA NASYONAL SOSYALİZM^(*)

Arş. Gör. Dr. **Burak SAYGILI**^(**)

Öz: Totaliter bir ideoloji olan Nasyonal Sosyalizm, seçkinci ve plebisiter unsurları eklektik biçimde barındıran bir rejim inşa etmiştir. Rejimin ideolojik birikimi, meşruiyet arayışı ve siyasal stratejisi; seçkinci ve plebisiter unsurların bir arada yer aldığı bir modelin ortaya çıkmasını gerekli kılmıştır. Esasen Nazizmin halk topluluğu (*Volksgemeinschaft*) konsepti, her iki unsur için de elverişli bir zemin sunmaktadır. Biyolojik-üstünlükçü tasavvur ve öjenik tasarım üzerinden oluşturulmak istenen yeni bir seçkinler zümresi, Nazi rejiminin seçkinci yönünün önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Nasyonal Sosyalizmin katı bir hiyerarşi ve lider kültü öngörmesi de hareketin seçkinci yönlerini yansıtan hususlar arasındadır. Halk desteği üzerinden kendisini meşrulaştırmak isteyen Nazi rejimi, liderlik makamı ile halk iradesi arasında bir özdeşlik kurmaktadır. Nazi rejiminde gerçekleşen seçimler, referandumlar ve siyasal törenler ise Nasyonal Sosyalizmin plebisiter yöntemlerini teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Nasyonal Sosyalizm, Siyasal Meşruiyet, Totaliter Rejimler, Seçkincilik, Plebisiteryenizm.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 09.04.2025.

Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan “Totaliter Sistemlerde Anayasa” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

^(**) Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Tekirdağ - Türkiye,

E-posta: bsaygili@nku.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0083-5273>.

NATIONAL SOCIALISM: ITS ELITIST AND PLEBISCITARY DIMENSIONS

Abstract: National Socialism, as a totalitarian ideology, established a regime that incorporated both elitist and plebiscitarian elements in an eclectic manner. The ideological framework of the regime, its pursuit of legitimacy, and its political strategies necessitated a model that combined elitist and plebiscitarian components. Essentially, Nazism's conception of *Volksgemeinschaft* -a "people's community"- constitutes a propitious basis for both. In this vision, the forging of a new elite class-grounded in biologically supremacist thought and eugenic design-forms part of the regime's elitist tendency. Furthermore, National Socialism's emphasis on a strict hierarchy and a cult of leadership manifests its elitist orientation. On the other hand, the Nazi regime, aiming to legitimize itself through popular support, posits an identity between the role of leadership and the people's will. Elections, referendums, and political ceremonies held under the Nazi rule constituted the plebiscitarian methods of National Socialism.

Keywords: National Socialism, Political Legitimacy, Totalitarian Regimes, Elitism, Plebiscitarianism.

GİRİŞ

Yirminci yüzyılın totaliter hareketleri arasında önemli bir yer edinen Nasyonal Sosyalizm; öncelikle bir siyasal akım olarak başlamış, ardından yeni bir rejimin inşasına yol açmıştır. Aşırı milliyetçi söylemini biyolojik üstünlükçülük üzerine inşa eden, katı bir hiyerarşi ve lider kültü öngören söz konusu hareket; entelektüel açıdan güçlü, tutarlı ve sistematik bir fikriyat öne sürmekten uzak görünmektedir. Buna rağmen Nasyonal Sosyalizmin geçmişteki Alman düşünce birikiminden istifade ettiğini ve böylelikle geçmişten aktarılan birikimi manipüle ve istismar ettiğini belirtmek mümkündür.

Nasyonal Sosyalizmin ideolojik içeriği ve stratejik yöntemleri, bir taraftan sıradan insanlardan oluşan kitlelere karşı küçümseyici bir ton taşıyarak elitist bir rota izlerken diğer taraftan da geniş kalabalıkların duygu dünyasına hitap etmekte, ırksal-biyolojik bağ üzerinden ortak bir zemine vurgu yapmaktadır. Bu durum, Nazi hareketinin saf anlamda seçkinci veya plebisiter bir hareket olarak tanımlanmasını güçleştirirken Nasyonal Sosyalizmin eklektik biçimde her iki boyuta da yer verdiğini göstermektedir. Söz konusu tablo, ideolojik motivasyonlar ve rejimin ihtiyaçları bağlamında Nasyonal Sosyalizm içinde seçkinciliğin ve plebisiteryenizmin yeniden şekillendirilerek araçsallaştırıldığını ortaya koymaktadır.

Nasyonal Sosyalizmin seçkinci ve plebisiter boyutlarına ilişkin analizler, öncelikle rejimin genel karakterini tahlil ve tetkik etmeyi lüzumlu kılmaktadır. Bu bağlamda Nazi rejiminin totaliter yapısının incelenmesi, rejimin spesifik yönlerinin anlaşılması açısından bir gereklilik olarak görünmektedir. Nitekim Nasyonal Sosyalizmin seçkinci ve plebisiter boyutlarının rejimin totaliter amaçlarından azade bir biçimde değerlendirilmesi mümkün değildir.

I. TOTALİTER BİR REJİM OLARAK NAZİ ALMANYASI

Hayatın geniş alanlarında tahakküm kurması ve özel yaşam alanını dahi devletin içinde eritmesi ile bilinen ve tanımlanan totaliter rejimler, iktidar yoğunlaşmasının radikal seviyelere ulaştığı sistemleri ifade etmektedirler. Devlet iktidarının kişilerin yaşamlarına derinden müdahale ettiği, topyekûn siyasallaştırma ve mobilizasyon çerçevesinde politikalarını tahkim ettiği bu rejimlerde halk iradesinin gerçek anlamda tecelli ettiğini söylemenin mümkün olmadığı açıktır. Ancak bu durum, söz konusu rejimlerin seçim olgusuna hiçbir şekilde yer vermedikleri anlamına gelmemektedir. Zira totaliter

rejimler, kısıtlı ve manipüle edilmiş de olsa seçimlere bir ölçüde yer veren rejim tipolojilerini oluşturmaktadırlar.

Totaliter rejimleri; ideolojik manipülasyon ve baskı yöntemleri ile her şeyi kuşatmayı, özel hayatı ve sivil toplumu ortadan kaldırmayı amaç edinen rejimler olarak tanımlamak mümkündür¹. Halkın tamamen devlet içinde hapsedilmesini öngören siyasal tahakküm atmosferi, totaliterizmin temel bir unsurunu oluşturmaktadır². Toplumsal hayatın tamamen siyasallaşması ve böylelikle toplum ile devlet arasındaki sınırın ortadan kaldırılması, totaliter rejimlere ait nitelikleri oluşturmaktadır³. Toptancı bir ideolojinin mevcudiyeti, buna bağlı bir tek-parti modeli, gelişmiş bir gizli polis ağı üzerinden hakimiyet kurulması gibi hususlar da totaliter rejimlere içkin unsurlar olarak görülmektedir⁴. Konuya dair etraflıca bir tanım yapmak gerekirse şunları ifade etmek mümkündür: resmî ideoloji ve bunu yansıtan kuşatıcı bir tek partiye dayalı düzeninin bulunduğu, muhalefet alanının tamamen reddedildiği, gelişmiş bir militer ağın ve yoğun bir korkutma pratiğinin mevcut olduğu, sivil toplumun var olması için bir imkânın tanınmadığı rejimler; totaliter rejimler olarak tanımlanmaktadır⁵.

Totaliter rejimlerin zora ve tahakküme dayalı boyutu, söz konusu rejimlerin herhangi bir meşruiyet zeminine ihtiyaç duymadığı anlamına gelmektedir. Teokratik bir yetkilendirmeye veya geleneksel veraset sistemine dayanmayan bu rejimler, benimsedikleri ideolojiyi siyasal meşruiyet kaynağı olarak telakki etmektedirler. Resmî ideolojinin bütünselliği, kapsayıcılığı ve tek-hakikatçi içeriği; topluma ve dünyaya ilişkin bir okuma biçimi öngörürken bu çerçevede rejime ilişkin meşruluk iddiasını da içinde taşımaktadır. İdeolojik fanatizm ile bütünleşen bu meşruluk iddiası, totaliter rejimlerin rıza üretme sürecinin de bir parçasını oluşturmaktadır.

Temsili demokrasi anlayışının totaliter rejimler tarafından sert biçimde eleştirilmesi, söz konusu rejimlerin lider ile kitleler arasında bir doğrudanlık öngörmesinden kaynaklanmaktadır. Millet iradesinin tecessüm ettiği kişi olarak kabul edilen lider, temsili usulleri bile aşacak bir ağırlığa sahip olarak telakki edilmektedir. Söz konusu rejimlerde liderin konumu, devlet ile bü-

¹ HEYWOOD Andrey, *Siyasi İdeolojiler*, Ankara: Liberte, Ankara, 2013, s.223.

² SARTORİ Gioavanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Sentez Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 248, 249.

³ LİNİZ Juan Linz, *Totaliter ve Otoriter Rejimler*, Liberte, Ankara, 2008, s. 37.

⁴ FRIEDRICH Carl J, "The Evolving Theory and Practice of Totalitarian Regimes", *Totalitarianism in Perspective: Three Views*, Praeger Publishers, New York, 1969, s. 126.

⁵ ANAYURT Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 336.

tünleşmenin ötesinde toplum ile özdeşleşme anlamına gelmektedir⁶. Plebisi-ter yöntemlerin kullanılmasına da alan açan bu tablo; birey, toplum, devlet ve lider ilişkisinin demokratik rejimlerden çok farklı biçimde yapılandırıl-masını beraberinde getirmektedir. Bu durum, klasik anlamda bir demokratik meşruiyet üretmese de totaliter rejimler ile toplum arasında bir bağ kurması sebebiyle ilgili rejimlerin meşruiyet söylemlerine dayanak oluşturmaktadır.

Katı bir hiyerarşinin ve zirvede konumlanan lider kültürünün totaliter re-jimlerdeki varlığı⁷, söz konusu rejimleri eşitlikçilik karşıtı bir pozisyonda değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Toplum içindeki kişilerin eşitliğini reddeden bu durum, totaliter rejimlerin seçkinci boyutunun temelini oluşturmaktadır. Yönetici elitlerin toplum üzerindeki geniş yetkileri, totaliter rejimlerin seçkinci karakteri üzerinden meşrulaştırılmaktadır.

Nazi Almanyası'nın siyasal ve hukuki yapısının, totaliter rejimlerin başlı-ca örneklerinden birisini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Zira ülkedeki tablo; toplumun çeşitli yöntemlerle topyekûn mobilize edildiğini, kuşatıcı bir partiyi, totalist bir ideolojiyi ve güçlü bir lider kültürünü, özel yaşama derinden nüfuz edecek tekniklerin varlığını, yaygın ve yoğun şekilde devlet terörünün kulla-nıldığını göstermektedir. Bu bağlamda Nasyonal Sosyalist rejimin totaliter özellikleri açıkça üzerinde taşıdığını tespit etmek mümkün görünmektedir⁸.

⁶ Troçki'nin 14. Louis ve Stalin arasında yaptığı mukayese, iki liderin yönetim tasavvurunun ötesinde geleneksel mutlakiyetçilik ile modern totaliter rejimler arasında bir kıyaslama olarak anlaşılmaya da müsaittir. Buna göre ilki, "ben devletim" derken ikincisi "ben toplumum" demektir. Troçki'nin söz konusu analizi için bkz. BUCHEIM Hans, "Struktur der totalitären Herrschaft und Ansätze totalitären Denkens", *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, C. 8, 1960, s. 165.

⁷ GENTILE Emilio, "Total and Totalitarian Ideologies", *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 65.

⁸ Juan Linz, Raymond Aron, C. J. Friedrich, Z. K. Brzezinski, Karl Popper ve Hannah Arendt gibi totaliterizm üzerine eser üreten birçok isim, Nazi rejimini totaliter bir rejim olarak tanımlamıştır. Totaliterizmin tanımı ve kapsamı hususunda görülen ihtilaflar ise geniş ve ayrı bir konuyu oluşturmaktadır.

LİNZ, 2008.

ARON Raymond, **Democracy and Totalitarianism: A Theory of Political Regimes**, Frederick A. Praeger Publishers, New York and Washington, 1969.

FRIEDRICH Carl J. ve BRZEZINSKI Zbigniew K, **Totalitarian Dictatorship and Autocracy**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2014.

POPPER Karl R., **Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Band I und II**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.

ARENDT Hannah, **The Origins of Totalitarianism**, Harcourt Brace and Company, San Diego, New York and London, 1973.

A. Nazi Rejiminin Meşruiyet İddiası

Totaliter rejimlerin baskı ve tahakküm mekanizması üzerinden işleyen yapısı, söz konusu rejimlerin herhangi bir meşruiyet iddiasında bulunmadıkları anlamına gelmemektedir. Totaliter rejimlerin dayandıkları ideolojiye duyulan inanç, ilgili rejimlerin siyasal meşruiyetlerinin temelini oluşturmaktadır. Fanatikçe bir sadakat ve adanmışlık üzerine inşa edilen ideolojik bağlılık, ilgili rejimlerin siyasal meşruiyetlerinin özünü oluşturmaktadır. Söz konusu rejimlerin geniş bir toplumsal desteğe dayandığını öne süren argümanlar da totaliter rejimlerin meşruiyetine dair diğer boyutu oluşturmaktadır. Bahsedilen rejimlerin belirli bir toplumsal desteğe sahip olduklarını söylemek gerçekten de mümkündür. Ancak söz konusu rejimlerin toplumu mobilize etme ve topyekûn siyasallaştırma stratejileri, kitleleri manipüle etmeye ve toplumsal gerçekliği aldatıcı bir biçimde aktarmaya dair teknikleri; bu rejimlerdeki toplumsal destek olgusunun abartılı olarak sunulmasına olanak sağlamaktadır.

Nazi rejimine dair kuramsal izahlar, rejimin kendisini meşrulaştırmasını ve gerekçelendirmesini analiz etmek açısından fikir vericidir. Demokrasi kavramının yeniden tanımlanması üzerinden rejime dönük entelektüel alanda bir destek üretilmesi, bu kapsamda mühim bir çabayı ifade etmektedir. Bu yaklaşımın odak noktası, demokrasinin türdeşlik zemini üzerinden tarif edilmesidir. Örneğin Ernst Forsthoff tarafından 1934 yılında yazılan *Der Totale Staat* isimli eser, bu yönde bir eğilimi işaret etmektedir. Homojen bir topluluk olarak nitelenen *volk* unsuru ve buna dayalı bir türdeşlik bilinci, söz konusu yaklaşımın temel dayanağını oluşturmaktadır⁹. Bu tutum; eşitliğin eşitler arasında geçerli olduğu söylemi üzerinden bir türdeşlik varsaymakta ve bu zeminde teşekkül eden bir kolektiviteyi kurgulamaktadır. Schmitt'in geçmiş dönem eserlerine kadar uzanan söz konusu tutum; heterojen olanın elenmesini, hatta imha edilmesini demokrasinin özünde mevcut olan bir unsur olarak telakki etmektedir¹⁰. Bu yaklaşımın ileriki versiyonunu *Siyasal Kavramı*'nda vurgulayan Schmitt; iç düşman ilanı bağlamında hukuk-dışı kılma ve sürgün gibi tedbirlere başvurmanın gerekliliğinden de söz etmektedir¹¹.

⁹ FORSTHOFF Ernst, *Der Totale Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933, s.38.

¹⁰ SCHMITT Carl, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, Dost Kitabevi, Ankara, 2014, s. 25.

¹¹ SCHMITT Carl, *Siyasal Kavramı*, Metis, İstanbul, 2006, s. 75.

Siyasal Kavramı'nda Schmitt; siyasetin sosyo-ekonomik çatışmalara indirgenemeyeceğini, bunun ötesinde dost ve düşman arasındaki ontolojik çatışmaya dayandığını belirtmektedir.

Söz konusu eser ile *völkisch* öğretiler arasında belirli bir uzaklığın bulunduğu iddia edilse bile bu durum, Schmitt'in Nasyonal Sosyalizmi desteklemesine engel oluşturmamıştır. KAES An-

Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*'nde halk iradesinin tecelli etmesinde tek yöntem olarak oyların aritmetik çoğunluğunun esas alınmasını eleştirmektedir¹². Buna göre teknik ve pratik nedenlerle halk adına temsilcilerinin karar verebiliyorsa aynı halk adına bir temsilcinin karar vermesini temellendirmek de mümkündür¹³. Bu yaklaşım biçiminin, Weimar Almanya'sının entelektüel hayatında yaygın biçimde görülen anti-parlamentarist eğilimlerin tesiri altında olduğu anlaşılmaktadır. Zira Weimar demokrasisine karşı muarız olarak gelişen polemiksel söylemler, liberalizmin ve parlamentarizmin entelektüel sahada mahkûm edilmesine yol açmıştır. Örneğin Alman parlamentarizminin herhangi bir eylem ve düşünce üretmediğinden yakınan Oswald Spengler, parlamenter cumhuriyetin bir hükümet biçimini değil şirketi andırdığını öne sürmektedir. Parlamentarizme dair eleştiriler; parlamentonun seçkinlerden müteşekkil bir oluşum değil, düşük nitelikli kişilerin seçildiği bir yer olarak tasavvur edilmesine dayanmaktadır. Kışkırtıcı bir biçimde *Niteliksizlerin Egemenliği (Herrschaft der Minderwertigen)* başlığını taşıyan Edgar Jung'a ait kitap, küçümseyici ve tenkit edici söylemleri çerçevesinde eleştirilerin odağına parlamentoyu almaktadır. Parlamento yaşamını; hizip çekişmeleri ve menfaat çatışmaları neticesinde kamu yararı'nın yadsınması üzerinden izah eden, parlamento ve parti adına sergilenen "mutlakiyetçiliği" (*absolutizmi*) eleştiren August Winnig'in yaklaşımı da konu bağlamında değinilmesi gereken bir tutumu ifade etmektedir¹⁴. Bu durum, Weimar Almanyası'ndaki entelektüel yaşamında parlamenter demokrasiye dayalı siyaset kurumunun büyük bir taarruzla karşılaştığını belirgin kılmaktadır.

Muhafazakâr devrim teorisyenleri tarafından demokrasinin yeniden tanımlanması; Nasyonal Sosyalizmin parlamenter demokrasi eleştirisine zemin hazırlamış, böylelikle lider kültüne dönük beklentiyi de güçlendirmiştir. Arthur Moeller'in gerçek demokrasiyi güçlü bir lider üzerinden izah eden yaklaşımı, bu bağlamda kritiktir. Moeller'e göre milletin kaderini kendi kaderi ile özdeş kılan bir lider, Üçüncü İmparatorluğu inşa edecektir. Alman halkının uluslaşması ve ulusun siyasallaşması, böyle bir lider tipinin doğma-

ton, JAY Martin ve DIMENBERG Edward, **The Weimar Republic: Source Book**, University of California Press, Berkeley, Los Angeles and London, 1994, s. 331.

¹² SCHMITT, 2014, s. 35.

¹³ A.g.e, s. 52.

¹⁴ SONTHEIMER Kurt, **Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik**, Nymphenburger Verlagshandlung, München, 1962, s. 180-190.

sına bağlıdır¹⁵. Bu durum, halk iradesinin parlamenter usuller üzerinden tecelli etmesi yerine güçlü bir liderlik ile özdeşleştirilmesi anlamına gelmektedir. Böylelikle temsili prosedürler yerine liderin şahsında doğrudan tecesüm eden bir halk iradesi tasarımı öne çıkarılmaktadır.

Nazi rejimi öncesi Weimar Almanyası'nın tecrübe ettiği siyasal atmosfer; siyaset kurumuna ve geleneksel siyasi partilere güvenin oldukça zayıfladığını, yaşanan istikrarsızlıktan parlamenter rejimin sorumlu tutulduğunu işaret etmektedir. Hem entelektüel alanda hem de geniş halk kitlelerinde karşılık bulan bu eğilim, düzenin inşası için güçlü bir liderliğe dönük özlem şeklinde tezahür etmektedir. Versailles Antlaşmasına karşı beslenen hınç ile birleşen ve yayılmacı tezlerle desteklenen hissiyat da geleneksel siyaset hatına karşı gelişen tepkiyi güçlendirmektedir¹⁶. Liberal ve demokratik değerlerin karşısında tutucu tandanslar ile hareket eden Alman yargı makamlarının tavrı da bu atmosfer içinde mühim bir tesir sahibidir¹⁷. Söz konusu ortam; klasik demokrasi tasavvurunun önemli ölçüde saldırıya uğradığını ve radikal siyasal akımların kendilerine alan bulduğunu göstermektedir. Bununla birlikte radikal-sağ hareketler karşısında radikal solun daha zayıf bir konumda kaldığı, yargı makamlarının ve Alman bürokrasisinin radikal-sağa belirli bir tolerans ile yaklaştığı da tespit edilmektedir¹⁸. Bu tablo, bir taraftan radikal hareketlerin yükselişini ifade ederken diğer taraftan da radikal-sağın radikal-sol karşısında güçlenmesini kolaylaştırmış görünmektedir.

¹⁵ MOELLER VAN DER BRUCK Arthur, **Germany's Third Empire**, Howard Fertig, New York, 1971, s. 227, 228.

¹⁶ Almany'a'nın askeri olarak yenilmediğine fakat kendi siyasal elitleri tarafından ihanete uğradığına ilişkin sırttan bıçaklanma efsanesi (*Dolchstoßlegende*), söz konusu tepkinin önemli kaynaklarından birini teşkil etmektedir. Sırttan bıçaklanma efsanesine ilişkin bkz. GROß Gerhard P., **Das Ende des Ersten Weltkriegs und die Dolchstoßlegende**, Reclam Verlag, Leipzig, 2018.

¹⁷ CAN Osman, "Le Roi Est Immortel, Vive Le Roi (Kral Ölümsüzdür, Yaşasın Kral)-II", **Radikal İki**, 30 Kasım 2008.

¹⁸ 1919'daki Spartakist Ayaklanması (*Spartakusaufstand*) gibi isyanlardan endişe eden Weimar'daki müesses nizamın, öncelikli tehdit olarak Komünizmi gördüğü anlaşılmaktadır. Bu durum, aşırı sağı görece kollayan siyasal psikolojinin temelini oluşturmaktadır. 1923 tarihli "Birahane Darbesi" (*Bierkeller-Putsch*) ile ilgili olarak Hitler'in oldukça hafif bir ceza alması, bu durumun göstergelerinden biridir.

Cumhuriyeti Koruma Kanununun 9. Maddesinin 2. Fıkrasının hükmünün Hitler'e uygulanamayacağına karar veren Mahkeme, "Hitler gibi Alman bilinciyle düşünen ve hisseden bir kişiye dair" (*Auf einen Mann, der so deutsch denkt und fühlt wie Hitler*) tabiri ile onu bir Alman vatanseveri gibi tasvir etmektedir.

DAUERLEIN Ernst, **Der Aufstieg der NSDAP in Augenzeugenberichten**, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1976, s.227.

Toplumsal refahı tesis etmedeki yetersizlik ve totaliter hareketlerin oluşturduğu tehdit karşısında Weimar demokrasisinin kör bir özgüven ile hareket etmesinin de Almanya'daki demokratik zeminin yok edilmesine olanak sağladığı anlaşılmaktadır¹⁹.

İhanete uğramışlık hissi karşısında Weimar döneminin tutucu düşünce geleneklerinin kısmi desteğini de alarak Alman halkı için yeni, güçlü ve geniş bir yaşam alanı vaat eden Nasyonal Sosyalist hareket; hem siyasal imkanları hem de sokak şiddeti yöntemlerini kullanarak kendi konumunu güçlendirmiştir. 1933 sonrasında inşa edilen Nazi rejiminin meşruiyetine ilişkin söylem ise daha ziyade ideolojik bir zemine dayanmaktadır. Bu kapsamda hem halk iradesi söylemine hem de hukukilik görünümüne referansta bulunulduğu görülmektedir. Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'nin (NSDAP) 1933 seçimlerinde elde ettiği başarı, halk iradesine dayalı bir meşruiyet iddiası için zemin teşkil ederken Reichstag Yangını Kararnamesi ve Yetki Yasası gibi düzenlemeler üzerinden de rejimin hukukiliği temellendirilmeye çalışılmıştır²⁰. Yetki Yasasının süresinin uzatılması ise hukukilik görünümüne rejimin ilerleyen aşamalarında da belirli bir önem atfedildiğini sahif olduğunu göstermektedir²¹.

B. Nasyonal Sosyalizm ve Alman Devleti

Nasyonal Sosyalizmin ideolojik köklerinde devlet yerine halkın (*volk*) öne çıkarılması, söz konusu ideoloji ile totaliter devlet konsepti arasında bir tenakuz ihtimalini akla getirebilmektedir. Bu hususta değinilebilecek önemli bir nokta, rejimin ideolojik retorığının yaşanan tabloyu anlamak için tek başına yeterli olmamasıdır. Zira ideolojik retorığın ötesinde gerçekler dünyasında rejimin nasıl işlediğinin değerlendirilmesi, siyasal sistemlere dair tespitler bakımından daha önemli bir unsur oluşturmaktadır. Kaldı ki Nas-

¹⁹ Konuya ilişkin erken uyarı mahiyetinde görülebilecek ilişkin Hermann Heller'in tespitleri için bkz. HELLER Hermann, **Europa und der Faschismus**, De Gruyter, Berlin und Leipzig, 2014.

HELLER Hermann, **Sozialismus und Nation**, Jungeuropa Verlag, Dresden, 2019.

²⁰ Hukukilik ile devrimci momentum arasında bir bağdaştırma kurmayı hedefleyen Nasyonal Sosyalist teorisyenler, Nazi rejiminin inşası sürecinin hukukiliğinin üstünü çizmektedir. Örneğin Heinrich Triepel, bu süreci bir hukuk devrimi olarak tanımlamıştır. Bu yaklaşıma göre, Nazi rejimi legaliteyi hiçbir zaman terk etmemiştir. PAUER-STUDER Herlinde, **Justifying Injustice: Legal Theory in Nazi Germany**, Cambridge University Press, Cambridge, 2025, s. 51.

²¹ MOMMSEN Hans, **Entstehung und Bedeutung des Ermächtigungsgesetzes vom 23. März 1933**, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, 2003, s. 20

yonel Sosyalizmin ideolojik söyleminin tamamen yekpare bir görünüm arz ettiğini ve bütün tarihsel aşamalarda herhangi bir revizyona uğramadan devam ettiğini söylemek de isabetli değildir.

Rejimin teşkilat mekanizmasının nasıl işlediğine dair realist tespitler üzerinden üretilen analizler, Nazi Almanyası'ndaki güç dengelerinin dağınık bir yapıda tecelli ettiğini ve kaotik bir mekanizmanın mevcut olduğunu göstermektedir. Lider kültürünü yansıtan Führer ilkesine (*Führerprinzip*)²² ve uyum sürecine (*Gleichsaltung*)²³ rağmen rejim içinde yaşanan klikleşmeler ve güç mücadeleleri, bu bağlamda sorunsallaştırılabilecek hususlardır. Fakat bu durum; rejimin totaliter bir nitelik taşımadığına değil, söz konusu klikleşmelerin de totaliter bir mekanizma çerçevesinde yaşandığına işaret etmektedir²⁴.

Nasyonal Sosyalizmin ideolojik müktesebatının devletten ziyade *volk*'u öne çıkaran bir söyleme sahip olduğunu, hareketin lideri Hitler'in sözlerinde de tespit etmek mümkündür. Devlet otoritesinin tek başına bir hedef oluşturmadağını, zira milletin felakete sürüklenmesi halinde iktidara karşı isyanın bir görev olduğunu belirten Hitler'in ifadeleri; bunu açık biçimde yansıtmaktadır²⁵. İlerleyen aşamada Nazi hukuk kuramında devleti aleni biçimde talileştiren söylemlere yer verilmesi de konunun kuramsal boyutunu oluşturmaktadır²⁶. Nordik toplumda devlet müessesesinin ırksal karışma neticesinde gerçekleşen yabancılaşmanın tesiri ile ortaya çıktığına dönük iddialar, devlet konseptine dair tahfif edici retorikler arasında yer almaktadır. Doğay-

²² Carl Schmitt, Nasyonal Sosyalist rejimde anayasacılığın özünü Führer prensibinin oluşturduğunu öne sürmüştür. Disiplini ve hiyerarşiyi yok etmekle, tabiiyet ilişkisini yadsıma ile eleştirilen "nezaret" (*Aufsicht*) konseptinin karşısında konumlandırılan Führer prensibi; liberal-demokratik rejimlerin yanı sıra merkezîyetçi-bürokratik rejimlerden de farklı bir model olarak sunulmaktadır.

FIJALKOWSKI Jürgen, **Die Wendung zum Führerstaat: ideologische Komponenten in der politischen Philosophie Carl Schmitts**, Westdeutscher Verlag, Köln, Opladen, 1958, s. 149, 150.

²³ *Gleichsaltung* kavramını, eşgüdüm olarak tercüme etmek de mümkündür. Bu kavram; telkin, sindirme ve tasfiye boyutlarını da içermektedir. FAULKNER Neil, **Tırmanan Faşizmin Kitale Psikolojisi: Marksist-Freudyan Bir Analiz**, Yordam Kitap, İstanbul, 2024, s. 11.

²⁴ Nazi rejiminde lider kültürü ile birlikte varlığını sürdüren dağınık ve kaotik iktidar odaklarının totaliter bir plüralizm oluşturduğuna dönük tespitler için bkz. BAST Jürgen, **Totalitärer Pluralismus: Zu Franz L. Neumanns Analysen der politischen und rechtlichen Struktur der NS-Herrschaft**, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1999.

²⁵ HITLER Adolf, **Kavgam**, Anonim Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 67.

²⁶ CHAPOUTOT Johann, **The Law of Blood: Thinking and Acting as a Nazi**, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2018, s. 39.

la uyumlu bir Nordik geçmiş tasavvur eden Helmut Nikolai'nin anlatısı, devlet müessesine dair olumsuz çağrışımlar için bir zemin ihtiva etmektedir²⁷. Bu anlatılar, tarihsel geçmişin ideolojik gayelerle manipüle edilmesinin bir örneği olmasının yanı sıra rejimin gelecek vizyonuna dair de fikir vermektedir.

Nasyonal Sosyalist hareketin erken dönemlerden itibaren devlet konsepti yerine *volk*'u vurgulamasının muhafazakâr çevrelerde harekete dair şüphelerin ve kaygıların dile getirilmesine yol açtığı ise aşikardır. Nitekim Alman muhafazakârlarındaki devletçi eğilim, Nasyonal Sosyalizmin devleti yadsıyan yaklaşımına karşı ciddi bir mesafe koymuştur. Fakat Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi'nin sistem içinde yer edinerek ehlileştirilebileceğine dönük beklenti, Alman muhafazakârlarının Nazi hareketine alan açmasına olanak sağlamıştır. Nazilere kilit pozisyonlar vermeksizin hükümete dahil etme stratejisini içeren ehlileştirme ve dizginleme konsepti (*Zähmungskonzept*)²⁸, sistem-karşıtı görülen Nazi hareketi için daha müsamahalı bir yaklaşımın benimsenmesi anlamına gelmiştir. Fakat ilerleyen aşamada yaşanan süreç, bu konsept ile beklenen çerçevenin sınırlarını fazlasıyla aşmıştır. Özellikle de Cumhurbaşkanı Hindenburg'un ölümünün ardından gerçekleşen 19 Ağustos 1934 tarihli referandum neticesinde Führer ve Şansölyelik makamlarının birleşmesi, Alman muhafazakârlarının beklediği rotanın açıkça dışına çıkıldığını göstermektedir²⁹. Böylelikle Nasyonal Sosyalist Parti; muhafazakâr aktörlerden Hindenburg'un rejim içindeki ağırlığından kaynaklanan engeli de aşmış, Hitler merkezli lider kültürünü esas alan bir yapılanmanın inşasına yönelmiştir.

Rejimin inşası bağlamında kritik bir öneme sahip olan Reichstag Yangını Kararnamesi ve Yetki Yasası (*Ermächtigungsgesetz*) da muhafazakâr elitlerin bekledikleri sınırların aşılması ve rejimin yeni rotasının belirlenmesi noktasında işlevsel bir konuma sahiptir. Reichstag Yangınının ardından toplumdaki ve siyasal elitlerdeki güvelik endişelerinin istismarı yoluyla hazırlanan bu süreç; Komünizm karşıtı propaganda ve düzeni tesis etme iddiası

²⁷ A.g.e, s. 113, 114.

²⁸ HÖHNE Heinz, "Warten auf Hitler: Deutschlands Weg in die Diktatur (IV)", **Der Spiegel** 4, 23 Ocak 1983.

²⁹ ROCHA Matthew J., **From Schleswig to Anschluss: The Plebiscites and Referendums of Interwar Germany, Honors Theses. Paper 1408**, Colby College History Department, 2023, s. 89, 90.

<https://digitalcommons.colby.edu/honorstheses/1408> (Erişim Tarihi: 01. 02.2025)

üzerinden merkezci vekiller ile milliyetçi vekillerin ikna edilmesi yoluyla yürütülmüştür. Komünist tehdide karşı olağanüstü ve istisnai tedbirlerin gerekliliği fikrinin güçlenmesi neticesinde yürürlüğe konan 28 Şubat 1933 tarihli ve Halkın ve Devletin Müdafaası için Reich Başkanının Kararnamesi isimli kararname, Weimar Anayasası'nda yer alan 114, 115, 117, 118, 123, 124 ve 153. maddelerin askıya alındığını ifade etmektedir. Böylelikle toplantı hürriyetinden yazışma hizmetlerine dair müdahalelere, ifade özgürlüğünden ev arama ve el koymaya dair hükümlere uzanan geniş bir skalada Weimar Anayasası'nın çizdiği sınırların dışına çıkmak mümkün hale gelmiştir. Belirli bir yargı kararı olmadığı halde kişilerin tutuklanmasına olanak sağlandığı da göz önüne alındığında bu durumun muhalefet açısından büyük bir tehlikeye yol açtığı açıktır³⁰.

Yetki Yasasının kabul edilmesine giden süreç, Nasyonal Sosyalist olmayan vekillerin bir kısmının tehdit edilmesi veya rızalarının alınması ile tesis edilmiştir. Reichstag Yangını kararnamesinin sağladığı imkanlar ile muhalefet üzerinde ciddi bir tehdit oluşturan Nasyonal Sosyalistler, uhdelelerinde bulundurdıkları bu güç üzerinden merkezci vekillere karşı tehditkâr bir tutum benimsemişlerdir. Nitekim merkezci vekillerin tutuklanması halinde Parlamento içi çoğunluğu sağlamak mümkün görünmektedir. Böyle bir ihtimalin varlığı, merkezci vekillerin Nazi Partisi ile uyumlu davranmasına yol açmıştır. Milliyetçi vekiller ise Cumhurbaşkanı Hindenburg'un konumu üzerinden teskin edilmiştir. Yetki Yasasında Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin muhafaza edileceğine dair bir hükmün bulunması, milliyetçi vekillerin ikna edilmesi sürecinde fonksiyonel bir işlev görmüştür. Ayrıca Yetki Yasasındaki yetkilerin kendisi ile istişare etmeksizin kullanılmayacağına dair Hindenburg'un bir mektup yayınlaması da konuya dair kaygıları gidermeye dönük bir role sahiptir³¹.

Nasyonal Sosyalist hareketin erken aşamalarında muhafazakâr elitlerle kurulan tolerans ve ittifak ilişkisinin, Weimar döneminde devlet-karşıtı olarak görülebilen Nazi hareketinin meşrulaştırılmasına hizmet etmiş olduğu aşikardır. Nazi rejiminin inşa edildiği ilerleyen aşamada ise Alman muhafazakârlarının bir kısmının Nazi hareketinin içine dahil olarak Nasyonal Sos-

³⁰ Reichstag Yangını kararnamesi için bkz. **Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat**, 28 Şubat 1933, <https://www.verfassungen.de/de33-45/reichstagsbrand33.htm> (Erişim Tarihi: 05. 02. 2025)

³¹ BULLOCK Alan, **Hitler: A Study in Tyranny**, Harper Torchbooks, New York and Evanston, 1964, s. 266.

yalist politikaya yön tayin etmede belirleyici olma çabası içine girdikleri anlaşılmaktadır. Bu durum, harekete daha eski dönemlerde katılan partizan isimlerle daha sonraki süreçte dahil olan muhafazakâr çevreler arasında belirli farklılıkların varlığının göz önünde tutulmasını gerekli kılmaktadır³². Söz konusu eğilim farklılıklarının çeşitli seviyelerde tezahür ettiğini rejimin ilerleyen aşamalarında da gözlemlemek mümkündür. Klikler arası mücadelelere ve tasfiye hareketlerine de konu olabilen bu eğilim farklılıkları, rejimin çöküşüne kadar önemli ölçüde devam etmiştir.

Nazi rejiminin ulaştığı aşama, Alman muhafazakârlığının *völkisch* tonlarının da ötesine ulaşmış bir tablo ortaya koymaktadır. Özellikle de savaş dönemi içinde rejimin radikallik seviyesinin yükselmesi, muhafazakâr beklentilerin ötesine geçildiğini göstermektedir. Bu durumu hareketin liderinin tercihlerinden izole olarak ele almak mümkün olmasa da kümülatif bir radikalleşmenin varlığının da göz önüne alınması gerekmektedir. Söz konusu radikalleşmeye rağmen rejimin belirli bir istikrar arayışı içinde olması ise konunun başka bir boyutunu oluşturmaktadır.

Nazi rejiminin istikrar arayışı ve rejimin bekasına dair beklenti, yeni düzenin ihdasına ilişkin sistem tasarımlarını beraberinde getirmektedir. Söz konusu sistem tasarımlarının bütünüyle tutarlı bir perspektifi yansıttığını söylemek mümkün olmasa da Nasyonal Sosyalizmin temel hedeflerini yansıttığını söylemek imkân dahilindedir. Irkçı bir toplum tasavvuru, kuvvetli bir lider kültü, katı bir hiyerarşiye dayanan ilişki biçimleri; Nasyonal Sosyalist sistem tasarımlarının parçalarını oluşturmaktadır. Nazizme ilişkin sistem tasarımları, belirli yönlerden seçkin bir boyut taşıırken diğer taraftan da plebisiter bir yöne sahip olması ile dikkat çekmektedir. Rejimin ideolojik müktesebatının her iki boyutu da taşıması, Nasyonal Sosyalizmi klasik bir aristokratik eğilim veya bilinen anlamda popülist bir hareket gibi değerlendirmeyi güçleştirmektedir.

II. NASYONAL SOSYALİZMİN SEÇKİNCİ YÖNÜ

Nasyonal Sosyalizmin; sıradan insanlardan oluşan düzensiz bir kalabalık yerine hedefe odaklanmış ve disiplinli bir kolektiviteden söz etmesi, bu-

³² Belirli kaygıların ve arzuların tesiri ile Nasyonal Sosyalist Parti'ye dahil olan muhafazakâr kesimler, hareketin partizan mensupları tarafından "Mart'ta yenilenler" (*Märzgefallene*) olarak anılmıştır. Konuya dair bkz. SCHMITZ-BERNING Cornelia, **Vokabular des Nationalsozialismus**, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, s. 399.

nun içinde liderlik ve rehberlik yeteneği ile donanmış özel kişilere olan ihtiyaçtan bahsetmesi; ilgili siyasal hareketin seçkinci yönlerini oluşturmaktadır. Bu durum, Nasyonal Sosyalizmin kalabalıkların duygularına hitap eden ve onları manipüle eden bir retorikten beslense bile seçkinci bir öze sahip olduğunu göstermektedir. Klasik Alman aristokrasisinin ve muhafazakâr çevrelerin Hitler'i "Bohemyalı bir onbaşı" olarak küçümsemesi³³, Muhafazakâr Devrim düşünürlerinin bir kısmının Nazi hareketini kültürel seviye olarak düşük bulması gibi hususlar³⁴; Nasyonal Sosyalizmin seçkinci boyutlara sahip olduğunu görmezden gelmeyi gerektirmektedir. Bu tablo, Nasyonal Sosyalizmin seçkinciliği kendi ihtiyaçları çerçevesinde yeniden şekillendirdiği anlamına gelmektedir.

Nazi rejiminin halk iradesi kavramını kullanarak kendisine destek üretmesi, Nasyonal Sosyalizm tarafından eşitlikçi bir halk tasavvurunun kabul edildiğini veya bilinen anlamıyla demokrasinin benimsendiğini göstermektedir. Zira Nasyonal Sosyalizm; açık biçimde eşitlikçi değerleri hedef almakta, demokrasinin klasik formuna itiraz etmektedir. Klasik batı demokrasisine yönelik tenkitler; eşitlikçi ve kitlesel demokrasi anlayışına yönelik reddiyelerden beslenmektedir. Bu reddiyelerin hareket noktasını ise organizmacı ve hiyerarşik bir disiplin ile türdeş bir topluluk konsepti üzerine kurulu alternatif bir model tasarımı oluşturmaktadır. Bu modelin odak noktasını da seçkinci bir ideolojik muhteva oluşturmaktadır.

Hitler'in tarihsel referansları, onun seçkinci bakış açısına dair önemli nüveler taşımaktadır. Sparta'yı ilk ırkçı devlet olarak tanımlayan ve sistematik olarak ırkı muhafaza etme amacı bağlamında bu modelden ilham aldığı

³³ Hitler'i Bohemyalı bir onbaşı olarak küçümseyen yaklaşım, onun gibi alt tabakadan ve yabancısı birinin yüksek tabakadan iktidar sahipleriyle rekabet edemeyeceğini varsaymaktadır. PETERSON Edward N., *The Limits of Hitler's Power*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1969, s. 8.

Hitler'i Bohemyalı onbaşı olarak tanımlayan Hindenburg'un onun kişiliğine dair yaklaşımı için bkz. WHEELER-BENNETT. J. W., *Hindenburg: The Wooden Titan*, Palgrave Macmillan, London, 1967, s. 407.

³⁴ Muhafazakâr devrimin kuramcılarında Ernst Jünger'in Nazizme dair eleştirileri, bu kapsamda telakki edilebilir. Nasyonal Sosyalizmin topyekûn seferberliği yalnızca teknik anlamda icra ettiğini, ideolojik muhteva olarak da ezoterik metafizikten yoksun olduğunu öne süren Jünger, Nazizmi kahramansı bir idealizmden uzak bulmuştur. Jünger'e göre Nasyonal Sosyalizm, dizginlenemeyen avam bir küçük burjuva kitlesinin desteğine dayanmakta ve demagoglar tarafından yönlendirilmektedir. NEAMAN Elliot Y., *Dubious Past: Ernst Jünger and the Politics of Literature After Nazism*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles and London, 1999, s. 41.

anlaşılan Hitler, ırksal üstünlük fikrini Spartalıların muzafferliği üzerinden temellendirmektedir. Zayıf, sakat ve hasta çocukların ölüme terk edilmesinin insan onuruna yaraşır olduğu iddiası, Hitler'in söyleminde tarihsel bir anlatı üzerinden desteklenmektedir. Kalıtsal hastalık taşıyan ve kısır kimselerle evliliğin yasaklanması gibi hususlar, ulusun öjenik tasarım ile şekillendirilmesi anlamına gelmektedir³⁵. Normatif düzenlemelerle de desteklenen bu öjenik tasarım, zaten ayrıcalıklı bir konuma sahip görülen Alman ulusunun diğer ırklar arasında daha seçkin bir konuma taşınmasını hedeflemektedir. Zira toplumun sterilize edilmesi ve türdeşleştirilmesi fikri, Nazizmin seçkin-ci düşünce yapısının mühim bir parçasını oluşturmaktadır.

Anti-semit ve anti-komünist retorikini seçkinci bir zeminde birleştiren Hitler, "Marksizm'in Yahudi doktrini, doğanın uyduğu aristokratik prensibi reddeder, ebedi özel haklar yerine kuvveti, sayı üstünlüğünü ve ağırlığını koyar" ifadeleri üzerinden seçkinci bir diskur kullanmaktadır³⁶. Bu söylem, seçkinciliğin bir tabiat kanunu gibi telakki edildiğini ve bu gerekçeyle kitle-sel demokrasi tasavvuruna itiraz edildiğini göstermektedir. Hitler'in seçkin-cilik vurgusu, anti-parlamentarist söylem ile de bütünleşmektedir: "Çoğunluğun otoritesi prensibi, bu imkânı bir kişinin elinden aldığı, onun yerine sayı ve kitleyi koyduğu zaman, aristokratik prensibe aykırı düşülmüş olur. Aristokratik prensip ise asalet kavramına dayanır, bu da ilk on bin kişinin hiçbirine yer vermez."³⁷

Hitler'in Avusturya'daki gözlemlerinin parlamento kurumuna karşı geliştirdiği eleştirilerde büyük bir tesire sahip olduğu anlaşılmaktadır. Avusturya'daki seçim usulünün Parlamento'da Alman çoğunluğun hakimiyetini engellediği düşüncesi ile başlangıçta sorunun kaynağını bu bağlamda değerlendiren Hitler, ilerleyen aşamada bunun ötesine geçerek parlamentonun tabiatına karşı tepkili hale gelmiştir. Fakat daha sonraki süreçte Hitler, parlamentarizmin reddedilmesinin meseleyi çözmek anlamına gelmediğini de ifade etmiştir. Kitlenin tembelliğine karşı deha sahibi kişilerin taarruzlarına değinen Hitler, parlamenter çoğunluğun basitliğinden ve kalitesizliğinden yakınmaktadır³⁸. Seçilmiş temsilcilerin mantıksal yetkinlik bakımından seç-

³⁵ LANDA Ishay, **Fascism and the Masses: The Revolt Against the Last Humans, 1848-1945**, New York and London: Routledge, New York and London, 2018, s. 206, 207.

³⁶ Hitler, s. 46.

³⁷ A.g.e., s. 57.

³⁸ A.g.e., s. 54-58.

kin kişilerden oluşmadığını, kitle içgüdüsünün dehaya düşman olduğunu belirten Hitler; parlamenter sistemdeki milletvekillerinin sorumluluğu gerçek anlamda üstlenmediğini öne sürmektedir. Dolayısıyla “Alman demokrasisi” adını verdiği konsepti bunun karşısına koymakta ve bu konseptte seçilen liderin, sorumluluğu gerçekten üstleneceğini iddia etmektedir. Üstlenilecek sorumluluğun büyüklüğü ve ağırlığı da yeteneksiz ve zayıf kimselerin öne çıkmasını engelleyecektir. Bu atmosfer içerisinde zayıf kimselerin kolaylıkla eleneceğini belirten Hitler, şu ifadeleri kullanmaktadır: “tarihin panteyonuna yalnız kahramanlar girer, entrikacılar değil”³⁹.

Alman etnisist-milliyetçiliğini ifade etmek için kullanılan ve sahiplenen *völkisch* kavramını benimserken ırkların değer olarak farklı seviyelerde olduğunu öne süren Hitler, en güçlüünün üstünlüğü üzerinden bu yaklaşımı ile izah etmektedir. Bunu doğanın aristokratik ilkesi ile ilişkilendiren Hitler; sadece ırkların değil, kişilerin de değer olarak aynı konumda olmadığını açıkça savunmaktadır⁴⁰. Bu yaklaşımın neticesi, ırklar arasında öngörülen sosyal-Darwinist ve hiyerarşik tasavvurun, kişiler arası ilişkilere de uyarlanmış olmasıdır. Böylelikle sıradan kimseler ile seçkin görülen profiller arasında değer yönünden açık bir farklılık öngörülmektedir.

Nasyonal Sosyalist dönemde inşa edilen rejimin karakteri de seçkinciliğe dair kuvvetli izler taşımaktadır. Dolayısıyla seçkinci yaklaşımın salt bir retorik olarak kalmadığını, fiiliyatta da uygulama alanı bulduğunu söylemek mümkündür. Halk iradesinin üzerinde tecessüm ettiği düşünülen liderin kararnamelelerinden bir yönetim pratiği uygulaması, bunun örneklerinden biridir. Nitekim söz konusu kararnameler, parlamenter müzakerelerin bir ürünü değil, seçkin bir tabiata sahip görülen liderin iradesine ve kararına dayanmaktadır⁴¹. Hukuku koruyacak olan kişinin de Führer olarak görülmesi ve ona yargıçlık rolü atfedilmesi de lider kültürünün barındırdığı seçkinciliğin hukuk alanındaki yansımasını oluşturmaktadır⁴².

³⁹ A.g.e., s. 54-65.

⁴⁰ A.g.e., s. 270.

⁴¹ Nazi hukuk kuramı, halkın iradesinin Führer’de cisimleştiğini kabul etse de bu durum, halkın iradesinin sahici biçimde incelendiği anlamına gelmemektedir. GROSSWALD CURRAN Vivian, “Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology’s Impact on Substantive Law”, *Cornell International Law Journal*, C. 35 S.1, Kasım 2001, s. 166.

⁴² Schmitt; hakiki bir liderin aynı zamanda yargıç olduğunu, çünkü liderlikten yargıçlığın doğduğunu belirtmektedir. SCHMITT Carl, *Hukuki Düşüncenin Üç Türü*, Pinhan, İstanbul, 2021, s. 86.

Organizmacı kuramlardan destek alarak devlet modelinin başı kabul edilen lider; bir temsilcinin ya da vekilin fazlasıyla ötesine geçen bir konuma sahiptir. Bu bağlamda lider ile kurulan ilişki; biçimsel ya da işlevsel değil, yaşamsal bir içeriğe sahiptir. Oyların “sayılmasından” ziyade “ağırlıklarının tartılmasını” savunan bu konsept, çoğunluğun yönetimi yerine iyi ve yetkin kabul edilenlerin hakimiyetini öne sürmektedir. Bu durumda eşitsizliğin meşrulaştırılması da bir adaletsizlik olarak değil, siyasal bütünlüğün ve düzenin gereği olarak telakki edilmektedir⁴³.

Halk topluluğu (*Volksgemeinschaft*) konsepti, Alman toplumunun geniş kitleleri için bir duygudaşlık önermesine rağmen toplum içindeki hiyerarşik farklılıkları yadsımayan bir tabiata sahiptir. Bu konsept üzerinden bir ortak yaşam tecrübesinin varsayılması, rejimin *völkisch* bir meşruiyet zemini inşa etmesinin temelini oluşturmaktadır. Fakat söz konusu konsept, kanun önünde eşitlik ilkesi yerine kan ve toprak bağı (*Blut und Boden*) üzerinden herkese kendisine ait olanın verileceğini ifade etmektedir⁴⁴. Benzer olanlara benzer muamelede bulunulması şeklinde ifade edilebilecek olan bu tutum, insanlar arasındaki farklılıkları hiyerarşik bir zemine yerleştirmektedir. Bu bakış açısı, seçkin bir temelden toplumun yeniden yapılandırılmasının gerekçesini oluşturmaktadır.

Nasyonal Sosyalizmin seçkin boyutu, Alman muhafazakârlığı içindeki aristokratik eğilimler ile bazı yönlerden benzeşse de gerçek anlamda bir uyum içerisinde değildir. Kuşaklar boyunca soylarının taşıdığı unvanlar üzerinden kendilerini imtiyazlı bir konuma yerleştiren aristokratların karşısında Nasyonal Sosyalizm; atalardan tevarüs edilen yaşam alanının korunması vazifesi, ideolojik bağlılık ve biyolojik üstünlük üzerinden kendisini tanımlamaktadır. İki eğilimin de barındırdığı militarizm ve hiyerarşik dünya görüşü belirli bir yakınlık sağlarken aristokratların ve Nazilerin siyasi üstünlüğe bakış açısındaki farklılıklar, iki eğilimin örtüşmesini engelleyen temel hususları oluşturmaktadır. Zira Nasyonal Sosyalistler, aristokratların sınıfsal üstünlük iddialarını kabul etmemektedir⁴⁵.

⁴³ MERRIAM Charles A., **The New Democracy and The New Despotism**, McGraw-Hill Book Company, New York and London, 1939, s. 212-216.

⁴⁴ KOELLREUTTER Otto, **Der nationalsozialistische Rechtsstaat**, NS Historisches Archiv, 1938, s. 22.

⁴⁵ MALINOWSKI Stephan, **Nazis and Nobles**, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 231, 232.

Nasyonal Sosyalizmin *Volksgemeinschaft* tasavvuru, soylulara tarihsel olarak doğuştan bahşedilen bir imtiyaz fikrini dışlamaktadır. Söz konusu konsept, Almanya'daki nüfusun bir kısmını aşağıda görse de saf kan üzerinden milyonlarca köylü ve işçi ile ırkçı bir bağ kurması sebebiyle soylulara tanınan imtiyaz ile çelişki arz etmektedir. Fakat bu durumun toplumsal gerçeklik açısından sahici bir eşitlik üretmediği de açıktır. Yaşanan tablo, eski aristokrasi ile ciddi anlamda farklılaşsa da sadakat ve ıslah gibi hususlar üzerinden inşa edilen yeni bir soyluluk anlayışına dayanmaktadır⁴⁶. Bu durum, rejimin kendisini meşrulaştırmak ve desteğini genişletmek amacıyla kapsamlı bir kolektiviteden söz ettiğini fakat inşa edilen mekanizmanın özünde eşitlikçi bir yapı olmadığını göstermektedir. Zira Nasyonal Sosyalizm, klasik aristokrasinin bir devamı olmasa bile lidere ve ideolojiye sadakat üzerinden yeni bir hiyerarşi ve seçkinler zümresi ihdas etmektedir.

Yeni bir seçkinler zümresinin oluşturulması bağlamında SS birimlerinin rolü mühimdir. Yemin ile birbirlerine kenetlenmiş bir klanlar topluluğu olarak tanımlanan SS, Himmler'in ifadelerine göre seçim yoluyla oluşacak yeni yönetici sınıfın kaynağını oluşturmaktadır. Himmler, bunun oluşum sürecinin sürekli yenilenen yeni bir aristokrasiyi ve ebedi gençliği temsil eden bir soyluluğu ifade ettiğini belirtmektedir. SS üyelerinden yeni bir aristokrasinin yaratılması amacıyla kütük listelerinin oluşturulmasına dair plan, yeni soyluluk düşüncesinin öjenik esaslara dayandırıldığını göstermektedir. Evliliklerle ilgili kurallara dair büronun yoğun biçimde çalışması ve Himmler'in konuya dair titiz incelemelerde bulunması, yeni bir seçkinler zümresinin oluşturulması düşüncesinin rejim için kritik bir öneme sahip olduğunu göstermektedir⁴⁷.

Nasyonal Sosyalizmin seçkinci yönünü analiz etmek açısından SS yapılanmasının dizaynı bağlamında dile getirilen tarihsel referansları tahlil etmek de fikir vericidir. Hint kültüründeki savaşçı kastlardan Japon samuray kültürüne uzanan geniş bir referans kümesinden söz eden Himmler'in yoğunlukla söz ettiği tarihsel teşkilat ise Töton Şövalyeleri Tarikatıdır (*Deutschen Orden*). Bu referans, SS'in teşkilatlanma biçimi ve ideolojik yöne-

⁴⁶ MALINOWSKI Stephan, s. 335.

⁴⁷ LONGERICH Peter, **Heinrich Himmler**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 352-358. Himmler'in kendisini bitkileri ıslah etmekle görevli kişilere benzetmesi, konu bağlamında fikir vericidir. Dolayısıyla üstlenilen görev, tarlada istenmeyen bitkileri ayıklamaya benzetilmektedir. KRAUSNICK Helmut, "The Persecution of the Jews", **Anatomy of the SS State**, Walker and Company, New York, 1972, s. 14.

limi bağlamında önemlidir. Töton Tarikatındaki kalite, sadakat, örgütlenme yeteneği ve doğudaki kolonizasyon başarısı; Himmler'in övgüsüne mazhar olan unsurları oluşturmaktadır. Söz konusu teşkilat ile Prusya devleti arasında bir süreklilik öngören Himmler, Töton Tarikatındaki bekaret yükümlülüğünü ise “soyun yadsınması” (*Die Verneinung der Sippe*) ve “kanın israfı” (*Vergeudung des Blutes*) olarak görerek eleştirmektedir. Öjenik proje ile bütünleşen kusursuz bir örgüt inşa etme fikri; Führer'i ve Almanya'yı korumaya odaklanmakta, kriz anları için dayanıklı bir yapı meydana getirmeyi hedef olarak belirlemektedir⁴⁸. SS yapılanmasına ilişkin bu vizyon, militer ve ırkçı boyutu kuvvetli bir elitist tasarımın Nasyonal Sosyalizmde önemli bir yer edindiği anlamına gelmektedir. Söz konusu tarihsel referansların Nazi ideolojisine göre yeniden şekillendirilmesi ise klasik aristokratik eğilimlerden farklı noktalara ulaşıldığını göstermektedir.

Nazi rejiminin seçkinci boyutunun, sadece Hitler'in kişiliğine dönük sadakat ve övgüler üzerinden tezahür etmemesi de dikkat çekicidir. Yaşanan tablo, Führer prensibi üzerinden rejim içindeki aktörlerin de Führercikler haline gelmesine imkân tanıdığını göstermektedir. “Führer'e yönelik çalışma” konsepti, bu durumun temel dayanağını oluşturmaktadır. Yukarıdan gelen talimatların yanı sıra aşağıdan kaynaklanan inisiyatiflere ve enerjiye de alan açan bu konsept, rejimin hem otokratik hem de politokratik bir tabiatı sahip olduğunu yansıtmaktadır. Hiyerarşinin çeşitli kademelerinde yer alan kişiler için üst konumdaki lidere sadakat öngören bu durum, kümülatif bir radikalleşmeyi de beraberinde getirmektedir⁴⁹. Yaşanan süreç içerisinde Führer gibi düşünerek karar vermesi beklenen idarecilerin, klasik bir bürokrat gibi hareket etmek yerine kendi hakimiyet alanlarını oluşturdıkları görülmektedir. Hitler'in sosyal-Darwinist bir bakış açısıyla en güçlü olanın kazanacağına dair bir inanç ile hareket etmesi ve genellikle bürokrasi içindeki çatışmalara doğrudan müdahale etmemesi de bu mekanizmayı beslemiştir⁵⁰.

⁴⁸ WIPPERMANN Wolfgang, **Der Ordensstaat als Ideologie**, Colloquium Verlag, Berlin, 1979, s. 260-263.

⁴⁹ LAVIS Simon, “The exception of the norm in the Third Reich: (Re)reading the Nazi constitutional state of exception”, **State of Exception: Law, History, Theory**, Routledge, New York and London, 2021, s. 94-112.

⁵⁰ ACTON Edward, **Nazism and Stalinism: A Suitable Case for Comparison?**, The Historical Association, Shaftesbury, 1998, s. 32.

III. NASYONAL SOSYALİZMİN PLEBİSİTER YÖNÜ

Weimar Almanya'sında yaşanan istikrarsızlık ortamı ve geleneksel siyaset kurumuna dair sert eleştiriler, halk iradesi ve demokrasi kavramlarından vazgeçmeden bu kavramların dönüştürülmesi ve başkalaştırılması sürecini beraberinde getirmiştir. Bu durum, geleneksel monarşiden de parlamenter ve liberal demokrasiden de ayrışan yeni bir düzen söylemine yol açmıştır. Monarşi fikrinin kutsanmayı gerektirdiğini fakat son Alman monarkının kutsiyeti ayaklar altına aldığı öne süren Moeller'in söylemleri, geleneksel monarşi için şartların uygun olmadığına dair yaklaşımın bir parçasını oluşturmaktadır. Öte yandan bu bakış açısı, parlamenter hükümet sistemine ve geleneksel partiler sistemine olan öfkelerini de devam ettirmektedir. Neticede monark olmayan fakat güçlü önderlik nitelikleri ile donanmış olan bir lidere dair özlemler, bu entelektüel zemin üzerinden filizlenmiştir. Partilerin yarattığı hayal kırıklığına karşı güçlü bir özlem duyulan bu liderlik konsepti; Moeller'in ifadesiyle “formel bir sandık usulü ile ilgili değil, halkın güvenine dayalı seçilişle ilgili bir meseledir”⁵¹. Muhafazakâr devrim düşüncesinde kuvvetli bir yer edinen bu söylem, seçim usulünü tam olarak yadsımayan fakat seçim konseptini ideolojik bir liderlik ve düzen anlayışı içinde yeniden şekillendiren bir tutumu içermektedir.

Nasyonal Sosyalizmin plebisiter yönü, esas olarak rejimin kendisini halk iradesi üzerinden meşrulaştırmasına dayanmaktadır. Geleneksel-monarşik çizgideki mutlakiyetçi rejimlerin veraset usulüne veya teokratik esaslara dayalı bir atanmışlık sistemine dayanmayan Nazi rejiminin, halk iradesini meşrulaştırıcı bir unsur olarak değerlendirdiğini söylemek mümkündür. Fakat halk iradesinin sağlıklı bir biçimde yansıtacağı mekanizmaların tesis edilmediği bu rejimde, halk iradesinin gerçek anlamda tecellisinden söz etmek imkân dahilinde değildir. Yaşanan süreç; daha ziyade liderin ve partinin halk adına hareket etmesini, çeşitli yöntemler üzerinden de toplumun belirli bir irade göstermeye zorlanmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda Nazi rejiminde gerçekleşen seçimlerin ve referandumların tahlil ve tetkik edilmesi gerekmektedir.

Hitler'in Şansölye olmasından sonra gerçekleşen ilk seçim olan 5 Mart 1933 tarihli genel seçim, Nazi Almanya'sı içinde gerçekleşen tek “çok partili” seçimi ifade etmektedir. Fakat seçimin çok partili biçimde gerçekleşmesi,

⁵¹ MOELLER VAN DER BRUCK Arthur, s. 227, 228.

özgür ve adil koşullarda gerçekleştiği anlamına gelmemektedir. Zira Komünist Parti'nin fiilen yasaklandığı, Sosyal Demokrat Parti'nin ise ağır baskılar altında varlığını sürdürdüğü bir politik atmosfer söz konusudur. Bu seçimin neticesinde Nasyonal Sosyalistlerin yaklaşık %44 oy aldığı, Nazilerin ortağı gibi bir siyasal hat izleyen Alman Ulusal Halk Partisi'nin (DNVP) ise %8 oy aldığı görülmektedir⁵². Bu seçim, klasik batı demokrasisine dair unsurların adaletli olmayan koşullarda da olsa var olduğu bir zemine işaret etmektedir. Fakat rejimin kısa sürede büründüğü hal, bu unsurların da çok büyük ölçüde ortadan kaldırıldığı yeni bir düzeni ifade etmektedir. Reichstag Yangınının ardından Komünist Parti'nin yasadışı ilan edilmesi, 22 Haziran 1933'te Sosyal Demokrat Parti'nin kapatılması, merkezci ve muhafazakâr partilerin ise kendilerini feshetmeye zorlanması; sürecin yeni rotasını oluşturmuştur. 14 Temmuz 1933 tarihli kanun ise Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi dışında partilerin kurulmasını yasaklayarak tek partili rejimi hukuk düzleminde ilan etmiştir⁵³. Rejimin tek partili yapısı, ilerleyen dönemde gerçekleşen seçimlerin mahiyetini de aleni biçimde etkilemiştir. Nitekim Nazi Almanya'sında gerçekleşen referandumlara paralel olarak 29 Mart 1936 ve 10 Nisan 1938'de genel seçimlerin yapıldığı görülmektedir. Referandumlar ile aynı tarihlerde gerçekleşen bu seçimlerde bütün sandalyeler için Nazi listesi oylamaya sunulmuştur⁵⁴. Tek partiye dayalı seçim listesinin sunulduğu bu tablo, totaliter rejimlere içkin bir unsur olan tek parti modelinin seçim süreçlerindeki yansımasını ifade etmektedir.

Nazi rejiminde plebisiter boyutun diğer unsurunu ise referandumlar oluşturmaktadır. Demokratik bir müzakere ve yarışma ortamını açıkça ortadan kaldıran, lider kültü ve katı bir hiyerarşi üzerinden hareket eden Nazi rejiminin buna rağmen halk iradesi retoriğine başvurması dikkat çekicidir. Nitekim söz konusu referandumlar, halk iradesi üzerinden rejimin kendisini meşrulaştırmasına alan açmakta ve imkân sağlamaktadır. Bu bağlamda referandumların işlevi, halk iradesinin tecessüm ettiği bir makam olarak sunulan

⁵² 1919-1933 tarihleri arasındaki Almanya seçim sonuçları için bkz. FALTER Jürgen u.a, "Reichstagswahlergebnisse und Mandate in der Weimarer Republik: Reichstagswahlen 1919 - 1933", **Bundestag.de** <https://www.bundestag.de/resource/blob/190456/f8d637d1039a06a614cfff0264f8b5d10/reichstagswahlergebnisse-data.pdf> (Erişim Tarihi: 25.02.2025)

⁵³ **Gesetz gegen die Neubildung von Parteien**. 14 Temmuz 1933, <https://www.verfassungen.de/de33-45/parteien33.htm> (Erişim Tarihi: 11.02.2025)

⁵⁴ Nazi rejimi altında yapılan seçimler hakkında bkz. GESSELLSCHAFT FÜR SCHLESWIG-HOLSTEINISCHE GESCHICHTE, "Wahlen 1933 bis 1938", **geschichte-s-h.de**, <https://geschichte-s-h.de/sh-von-a-bis-z/w/wahlen-1933-bis-1938/> (Erişim Tarihi: 22.02.2025)

liderlik ile toplum arasında var olduğu kabul edilen uyumun görünür kılınmasıdır. Bu durum, bir taraftan iç kamuoyunun mobilize edilmesi anlamına gelirken uluslararası sahada da rejimin iddialarının meşruiyetine ve toplumsal desteğine ilişkin öne çıkarılmaktadır.

Weimar döneminde de sistem içerisinde yeri olan referandum usulünün Nazi rejimindeki uygulanma biçimi, bazı normatif düzenlemeler ile yeniden şekillendirilmiştir. Weimar döneminde muhalif partilerin, kuruluşların ve kişilerin de başlatabileceği kapsamlı bir halk inisiyatifinin Nazi rejiminde fiilen ortadan kaldırılmış olması, bu bakımdan dikkat çekicidir. Zira Hitler'in çıkardığı ve Kabineye referandum çağrısında bulunma yetkisi tanıyan düzenleme ile halk inisiyatifinin formel olarak açıkça ilga edilmemiş olduğu tespit edilse bile daha sonra yürürlüğe konulan yönetmelikler, bu imkânın ortadan kaldırıldığını göstermektedir. Weimar dönemindeki referandum usulü ile Nazi rejimindeki referandum usulü arasındaki bir diğer ayrışma noktasını ise federalizmin ortadan kaldırılması sebebiyle yerel düzeydeki referandum mekanizmasının lağvedilmesi oluşturmaktadır. Referandum usulüne ilişkin teknik düzeyde önemli bir değişiklik ise seçmenlerin en az yarısının onaylamadığı bir Anayasa değişikliğinin geçersiz sayılacağını öngören daha önceki hükmün kaldırılarak oylamaya katılanların basit çoğunluğunun yeterli hale getirilmesidir⁵⁵.

Nazi rejimi içerisinde yapılan referandumları; Milletler Cemiyeti'nden çekilmeye ilişkin 12 Kasım 1933 tarihli referandum, Şansölyelik ve Führer unvanlarının birleşmesini öngören 19 Ağustos 1934 tarihli referandum, Rhineland'ın askerileştirilmesine ilişkin 29 Mart 1936 tarihli referandum ve Avusturya'nın Almanya tarafından ilhakına ilişkin 10 Nisan 1938'de gerçekleşen referandumlar oluşturmaktadır. Bu referandumların tamamının rejimin plabisiter karakteri ve meşruiyet iddiası bakımından öneme sahip olduğu açıktır. Öte yandan ilgili referandumların tek tek tahlil edilmesi, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

⁵⁵ ZURCHER Arnold J., "The Hitler Referenda", *The American Political Science Review*, V. 29, No. 1, Şubat 1935, s. 92.

Nazi rejimi, daha fazla sayıda vatandaşın oy kullanmasını sağlamak amacıyla Almanya dışında yaşayan vatandaşların oy kullanmasını kolaylaştırmaya dönük düzenlemelerde de bulunmuştur. Milletler Cemiyeti'nden çekilmeye ilişkin referandumdan kısa bir süre önce kabul edilen düzenleme, yabancı ülkelerde ve Alman gemilerinde bulunan vatandaşların oy kullanmasına ilişkin ayrıntılı bir içeriğe sahiptir. Böylelikle sınır şehirleri, Almanlar için oy kullanma merkezleri olarak belirlenmiş; ülkedeki önemli tren istasyonları da seyahat halindeki vatandaşlar için oy kullanma noktalarına dönüştürülmüştür. A.g.e, s. 93.

Almanya'nın Milletler Cemiyeti'nden çekilmesine ilişkin 12 Kasım 1933 tarihli referandum, Versailles antlaşmasının bir gereği olarak Almanya'nın silahsızlandırılması hükümlerine karşı oluşan tepkinin görünür kılındığı aşamayı ifade etmektedir. Versailles hükümlerini bir "utanç barışı" (*Schmachfrieden*) olarak nitelendiren yaygın kanaatin de etkisiyle söz konusu referandum, %95 oy oranı ile kabul edilmiştir. Polis baskısının bir ölçüde hissedilmesine rağmen bu referandum sürecinin ileriki referandumlara nazaran daha özgür koşullarda organize edildiği de anlaşılmaktadır. Bu referandum, hukukilik ve toplumsal destek üzerinden rejimin meşruiyet devşirmesine ve bunu uluslararası sahada da dillendirmesine yol açmıştır⁵⁶.

19 Ağustos 1934 tarihli referandum ise Şansölye ve Führer unvanlarının tek bir makamda birleşmesine (*Verbindung von "Führer und Reichskanzler"*) ilişkin olup Hitler'in konumunu fazlasıyla güçlendirmiştir. Hindenburg'un vefatının ardından gerçekleşen bu referandum süreci, Hitler'e dönük övgüler ile dolu bir propagandaya dönüşmüştür. Söz konusu referandumun %89.9 oy ile kabul edilmiş olması, 1933 tarihli referanduma nazaran kısmi bir oy düşüşünü göstermektedir. Bu kısmi oy düşüşünün dahi rejim tarafından sorunsallaştırıldığı ve daha sert politikaların izlenmesine yol açtığı anlaşılmaktadır⁵⁷.

⁵⁶ ROCHA Matthew J., s. 78-87.

⁵⁷ A.g.e., s. 89-93.

Söz konusu referandumda 45.000.000 seçmen içinden 43.500.000 sayıda kişinin sandığa gittiği kaydedilmiştir.

FAY Sydney B., "Hitler Holds a Plebiscite", **Current History (1916-1940)**, V. 41, No. 1, Ekim 1934, s. 105.

19 Ağustos 1934 tarihli referanduma ilişkin Amerikan Elçiliği tarafından hazırlanan rapor, referandumun koşulları konusunda önemli bilgiler içermektedir. İlgili rapor, oylamanın gizliliğine önemli ölçüde varsayılsa bile referanduma giden süreçte gizli biçimde dağıtılabilen birkaç Komünist broşür dışında "evet" propagandasına itiraz edilemediğini ifade etmektedir. Raporun da belirttiğine göre bu atmosfer içinde "hayır" oyu kullanmak, pratik bir değeri olmayan bir fikir beyanı olmanın ötesine geçememektedir. Halkın "evet" oyu vermesi için bütün imkanların seferber edildiği bu koşullar altında toplam seçmenlerin yüzde onundan fazlasının "hayır" oyu kullanmasının, muhalif çevreler için bir başarı olarak görülmesi bile mümkündür. Referandumda kullanılan oyların dağılımına bakıldığında Berlin, Hamburg ve Köln-Aachen bölgelerinde evet oyunun yüzde 80 civarında kalması, bu bölgelerde muhalif kesimlerin yoğunlaştığı anlamına gelmektedir. Referandum sonuçlarının ardından Hitler, "hayır" oylarının üstesinden gelineceğini ifade etmiştir. Referandumda oy kullanmayan ve oy geçersiz kabul edilen kimselerin de muhalif kesimlere yakın olduğunu varsaymak mümkündür.

U.S. DEPARTMENT OF STATE, **Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers 1934 (In Five Volumes)** Volume II: Europe, Near East and Africa, United States Government Printing Offices, Washington, 1951, s. 245-247.

29 Mart 1936 tarihli referandum, Rheinland’ın tekrar askerileştirilmesi politikasının bir parçasını teşkil etmektedir. Söz konusu referandumun %98,8 gibi rekor bir oy oranı ile kabul edilmesi, bir taraftan rejimin önemli bir seçmen desteğine sahip olduğunu diğer taraftan da rejimin baskıcı yönünün seviyesinin yükseldiğini göstermektedir. Söz konusu referandumun biçimsel açıdan dikkat çekici tarafı, pusulalarda eşit büyüklükte “evet” ve “hayır” seçenekleri yerine sadece “evet” seçeneğine yer vermesidir. Bu durum, seçmenlerin “evet” seçeneğini işaretlemek veya herhangi bir işaretlemeye bulunmamak gibi iki tercihe zorlandıklarını göstermektedir. Rejimin referandumdaki pusulalara dair bu tercihi, geçmiş referandumlardaki yöntemden de bir farklılaşma yaşandığını göstermektedir. Zira gücünü tahkim etmiş olan rejim, artık Wilsoncu prensipler üzerinden kendisini meşrulaştırma ihtiyacı hissetmemektedir. Fakat bu durum; halk iradesinin rejim tarafından açıkça reddedilmesi değil, Führer prensibi çerçevesinde yeniden şekillendirilmesi anlamına gelmektedir. Zira Nazizmin Führer prensibi, halkın hata yapma olasılığına karşı liderin rehberlik etmesini ve doğru seçeneği göstermesini de içermektedir. Halk iradesini kavramsal olarak yadsımayan fakat onu aleni biçimde başkalaştıran bu yaklaşım, halk iradesinin lider üzerinde cisimleştiğini kabul etmektedir. Bu açıdan bakıldığında geçmişteki referandum yöntemlerinin erken aşamalara dair anomaliler olarak telakki edilmesi, 1936 referandumundaki yöntemin ise Nazizmin klasik yaklaşımının tezahür ettiği bir zemin olarak değerlendirilmesi mümkündür⁵⁸.

Rheinland’ın silahlandırılmasına ilişkin 1936 yılında gerçekleşen referandumun Nürnberg yasaları sonrası tertip edilen ilk referandum olması, söz konusu referandumu Nazi rejimi açısından daha karakteristik hale getirmektedir. Geçmiş referandumlarda Yahudilerin ve Romanların da oy kullanmalarına yasal bir engel çıkarılmadığı halde bu referandumda Yahudiler ve Romanlar oy kullanmaktan mahrum bırakılmışlardır⁵⁹. Nürnberg yasaları çerçevesinde Yahudilerin, Siyahların ve Romanların “yabancı kan” (*artfremdes Blut*) taşıyan unsurlar yorumlanması, bu uygulamanın temel zemini oluşturmuştur. Vatandaşlık Yasasının ve Alman Kanını Korumaya İlişkin Yasanın⁶⁰ Yahudilerin yanı sıra Romanlara da uygulanacağına dair 3 Ocak

⁵⁸ ROCHA Matthew J., s. 102-108.

⁵⁹ Reich Vatandaşlık Yasası, Reich vatandaşlığını Alman veya akraba kanı (*deutschen oder artverwandten Blutes*) taşıyanlarla sınırlamıştır. **Reichsbürgergesetz**. 15 Eylül 1935, <https://www.verfassungen.de/de33-45/reichsbuerger35.htm> (Erişim Tarihi: 14.02.2025)

⁶⁰ **Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre**. 15 Eylül 1935, <https://www.verfassungen.de/de33-45/blutschutz35.htm> (Erişim Tarihi: 14.02.2025)

1936 tarihli kararname de bu konuyu açıklığa kavuşturan bir düzenleme mahiyetindedir. İçişleri Bakanı Wilhelm Frick'in 1935'in Aralık ayında *Deutsche Juristenzeitung*'da yayınladığı makale de benzer bir perspektifi içermektedir⁶¹. Bu durum, 1920 tarihli Nasyonal Sosyalist Parti Programı'nda Alman kanı taşımayanların vatandaşlık kapsamının dışına çıkarılmasını vaat eden 4. maddenin uygulama zemini bulduğunu göstermektedir⁶². Dolayısıyla ırklar arası hiyerarşi öngören ve Almanya'daki düzeni etnisist bir biçimde yeniden yapılandırmayı planlayan siyasal vizyon, 1936 Referandumu üzerinden de kendisini görünür kılmıştır.

Avusturya'nın Almanya tarafından ilhakı hakkında yapılan 1938 Referandumu, rejimin plebisiter karakteri bağlamında incelenebilecek önemli bir hadiseyi teşkil etmektedir. Bu sürecin dikkat çekici tarafı, Avusturya içerisindeki Almanya ile birleşme ve Nazi hareketine katılma eğilimleri karşısında Avusturya Şansölyesi Kurt Schuschnigg'in de bir referandum planından söz etmesidir. Fakat Avusturya yönetimi tarafından organize edilecek bir referandum fikri, Nazi Partisi tarafından hiddetle karşılanmıştır. Nazi Almanya'sının yayılmacı politikalarına karşı bu fikri bir tehdit olarak gören Hitler, Avusturya'nın derhal Üçüncü Reich'a teslim olmasına dönük çağrıda bulunmuştur. Schuschnigg'in iktidardan uzaklaştırılmaması ve Avusturyalı Nasyonal Sosyalistlerin lideri Arthur Seyß-Inquart'ın Şansölye atanmaması halinde ülkenin işgal edileceğine dair Hermann Göring'in tehditte bulunması da sürece ilişkin önemli gelişmelerden birini ifade etmektedir. Bu taleplerin Avusturya tarafından kabul edilmesi ise ülkenin Nazi Almanya'sı tarafından işgal edilmesine engel olamamış ve referandum, işgal koşullarında gerçekleşmiştir. Fakat *völkisch* bir retorik kullanan Hitler'e göre Nazi rejiminin konuya ilişkin yapacağı referandum, Avusturya halkının kendi geleceğini

⁶¹ MILTON Sybil H., "Gypsies as Social Outsiders in Nazi Germany", **Social Outsiders in Nazi Germany**, Princeton and Oxford: Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2001, ss. 212-232.

3 Ocak 1935 tarihli Evlilikler ve "Yabancı Kan" ile ilgili Kan Koruma Yasasının Gizli Uygulama Yönetmeliği için bkz. **Reichs- und Preußisches Ministerium des Innern, vertrauliche Ausführungsverordnung des Blutschutzgesetzes betr. Eheschließungen und "artfremden Blutes," No. 1 B (1 B 3 429)**

Wilhelm Frick'in konuya dair makalesi için bkz. Wilhelm Frick, "Die Reichsbürgergesetz und das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935," **Deutsche Juristen-Zeitung (Berlin)** 40 No. 23, 1 Aralık 1935. (Aktaran: A.g.e, s. 216.)

⁶² NSDAP, **Program of the National Socialist German Workers' Party**, <https://avalon.law.yale.edu/imt/nsdappro.asp> (Erişim Tarihi: 23.02.2025)

şekillendireceği gerçek bir referandum anlamına gelmektedir. Kendi düzenledikleri referanduma ilişkin bu sözler, diğer referandum biçimlerinin halk iradesinin yozlaştırıldığı örnekler olarak görüldüğünü de göstermektedir. Buna göre Nazi rejiminin referandumları, diğer referandumlara nazaran çok daha gelişmiş biçimde halk iradesinin tecelli ettiği referandumlar olarak sunulmaktadır.⁶³

Avusturya'nın ilhakı sürecinde anayasaya uygun gibi görünen yöntemlerin kullanılması, hukukilik görünümü üzerinden uluslararası sahada meşru bir izlenim oluşturma stratejisinin de bir parçasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda Avusturya Şansölyesi Seyss-Inquart adına yazılmış olan ve Alman askeri birliklerini Avusturya'ya girmeye davet eden mektup metni, üzerinde durulması gereken bir noktayı teşkil etmektedir. Söz konusu mektubun, Avusturya üzerinde Nazi rejiminin baskılarının fazlasıyla yoğunlaştığı bir dönemde yayınlanması dikkat çekicidir. Avusturya'daki Von Schuschnigg Kabinesinin istifası sürecinde Seyss'in istifaya katılmaması, Kabine'de kalan tek üye sıfatıyla Alman askeri birliklerini Avusturya topraklarına davet edebilmesi için bir gerekçe olarak sunulmuştur. Ayrıca 11 Mart'ı 12 Mart'a bağlayan gece Viyana'da yaşanan darbenin ardından Seyss-Inquart'ın Avusturya Cumhurbaşkanı tarafından Şansölye olarak atanması da yaşanan hadiseye hukukilik kılıfı geçirmenin bir parçasını oluşturmaktadır⁶⁴. Bu durum, Almanya'nın askeri gücüne dayalı tehdit ve zorlama gücünün yanı sıra hukukiliğe dair yöntemlerin de araçsallaştırıldığını göstermektedir.

1938 Referandumunun biçimsel olarak dikkat çekici tarafı, eşit olmayan büyüklüklerde “evet” ve “hayır” tercihlerine yer verilmiş olmasıdır. Bu tablo, her iki seçeneğin eşit büyüklükte yer aldığı 1933 ve 1934 tarihli referandumlardan da oy pusulasında tek tercihin bulunduğu 1936 Referandumundan da farklı olarak ortada bir modelin benimsendiğini göstermektedir. Bu durum, halk desteği üzerinden meşruiyet iddiasının sürdüğünü fakat tercih sürecinde halkın rolünün oy pusulalarının biçimine de yansıtacak şekilde sınırlandırıldığını işaret etmektedir⁶⁵.

Rejimin plebisiter karakteri bağlamında değinilebilecek hususlardan bir başka unsur, çeşitli törenler üzerinden kişilerin siyasal katılıma zorlanması-

⁶³ ROCHA Matthew J., s. 110, 111.

⁶⁴ WEINBERG Gerhard L., **The Foreign Policy of Hitler's Germany: Starting World War II 1937-1939**, Humanities Press, New Jersey, 1994, s. 298-300.

⁶⁵ ROCHA Matthew J., s. 113.

dır. Nitekim halk iradesinin yansıtıldığı bir platform olarak sunulan unsurların başında seremoniler ve ritüeller üzerinden toplumun mobilize edilmesi gelmektedir. Nazi ritüellerinin salt bir parti ritüeli olarak kalmayıp bunun ötesinde yıllar boyu sürecek bir geleneğe dönüşmesinin hedeflenmesi, konunun önemini göstermektedir⁶⁶. Söz konusu ritüellerin tertiplenmesi, rejim içinde bir siyasal katılım atmosferi ihdas etmektedir. Fakat bu katılım biçimi; hakların kullanımına ilişkin bir usul olarak değil, ulusa ve lidere sadakatin bir ifadesi olarak bir çerçeve çizmektedir. Bu durum, birey olduğu için hakları ile var olan bir kişi tasavvuru yerine sadece bir ulusa mensubiyet üzerinden haklara sahip olmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla kolektivitinin dışına atılan kişi, haklardan da mahrum ilan edilmektedir⁶⁷.

Demokratik zeminde bir siyasal katılım olarak görülmesi mümkün olmayan Nazi rejimindeki metotlar, propagandaya dayalı kitlesel sadakat üretme teşebbüslerini teşkil etmektedir. Bu tablo; kişilerin aktif biçimde siyaset arenasında rol alması üzerinden değil, belirli yönde bir siyasallaşmaya zorlanması şeklinde gerçekleşmektedir⁶⁸. Fakat toplumun ritüeller üzerinden siyasallaştırıldığı bu tablo, rejim tarafından demokratik bir süreç olarak yansıtılmaktadır. Bu durum, demokrasinin bilinen klasik anlamı ve temsili hükümet sistemi ile Nazizmin kendine has demokrasi tasavvuru arasındaki geniş mesafeye de işaret etmektedir. Çünkü törenlere ve ritüellere katılım, halkın kendisini doğrudan yönettiği bir aktivizm olarak sunulmaktadır. Kişinin ancak disiplinli bir kolektivite içinde yer alarak özgürleşeceğine dair inanç da bu tutumu beslemektedir⁶⁹.

Nazizim; ulus, halk ve halk topluluğu mefhumları üzerinden bir retorik inşa etse de söz konusu kavramların “kitle” anlamına gelmediği aşıkardır.

⁶⁶ MAYRHOFER Fritz, **Nazi Rituals**, German Propoganda Archive, <https://research.calvin.edu/german-propaganda-archive/feiern41.htm> (Erişim Tarihi: 26.02.2025)

Nazi ritüellerine ilişkin Nasyonal Sosyalist dönemde üretilmiş bir materyal olarak bkz. NSDAP, **Lebensfeiern: Richtlinien und Anleitungen für die Gestaltung lebenszeitlicher Feiern**, Gauschulungsamt Oberdonau der NSDAP, Linz, 1941.

⁶⁷ HARTMAN Andrew, **Hitler, Fascism, and Demagoguery**, Society for U. S. Intellectual History, 31 Ekim 2016, <https://s-usih.org/2016/10/hitler-fascism-and-demagoguery/> (Erişim Tarihi: 18.02.2025)

⁶⁸ BAST Jürgen, 1999, s. 114.

Propagandanın kitlenin kanaatlerini oluşturmadaki rolü, Hitler’in söylemlerinde de kabul edilen bir husustur. Hitler’e göre genel kanaatler, kişisel tecrübeler ve bilgi birikimine dayanmaktan ziyade propaganda ile dizayn edilmektedir. Hitler, 2021, s. 60

⁶⁹ MOSSE George L., **The Fascist Revolution: Toward a General Theory of Fascism**, Howard Fertig, New York, 2000, s. xvi, xvii.

Zira Nasyonal Sosyalizm için kitlenin taşıdığı anlam yükü; kararsızlığı, tembelliği, eşitlikçiliği ve başına buyrukluğu içermektedir. Halk kavramı ile kastedilen ise otoriteye saygı duyan, disiplinli, çalışkan ve fedakâr bir toplum tasavvurudur⁷⁰. Bu durum; lider kültürünü güçlendirmek ve *völkisch* bir meşruiyet üretmek maksadıyla halk iradesi söylemine başvurulduğunu, bu söylem ile temas eden yöntemlerin kullanıldığını fakat kitlelerin iradesinin gerçek anlamda tecellisinin hedeflenmediğini göstermektedir.

Meşruiyet sağlamak amacıyla retorik olarak topluma yönelen Nazizm, asli anlamda bir kitle siyaseti üretmekten uzak bir tabiata sahiptir. Lider ve *volk* arasında varsayılan irtibat, liderliğin politikasını icra eden egemen bir sınıf üzerinden sağlanmaktadır. Ayrıcalıklı bir konumu olan bu sınıfın rolü düşünüldüğünde Nazi Almanya'sında gerçek anlamda halk egemenliğinden bahsetmek imkân dahilinde değildir⁷¹. Fakat rejimin ideolojik söylemi, halk iradesi ve liderlik makamı arasında kuvvetli bir bağdan söz etmektedir. Lider ile halk arasında varsayılan bu bağ, rejimin bir diktatörlük olmadığına dair apolojetik iddianın da temel gerekçesini oluşturmaktadır. Örneğin Heinrich Lange, diktatörün halk iradesine karşı şiddet kullandığını ve bunun üzerinden tahakküm kurduğunu, Führer'in ise halka hizmet eden bir konumda olduğunu öne sürmektedir⁷². Nasyonal Sosyalist kuramda yer edinen bu söylemlerin, rejimin ideolojik meşruiyet zeminini analiz etmek için fikir verici olduğu görülse de olgusal durumu yansıtmaktan uzak olduğu aşikardır.

Nazi rejimindeki plebisitlerin Bonapartizmin radikal bir versiyonunu teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Zira seçmenin şakağına dayanmış nam-luyu hissedebileceği koşullarda gerçekleşen plebisit, Bonapartizmin temel ritüelini oluşturmaktadır. Bu atmosfer içinde seçmenler, liderin lehinde davranmak zorunda hissetmektedirler⁷³. Böylelikle seçmenler; gerçek anlamda

⁷⁰ LANDA Ishay, s. 8, 9.

⁷¹ MURPHY Raymond E., **National Socialism: Basic Principles, Their Application by the Nazi Party's Foreign Organization, and the Use of Germans Abroad for Nazi Aims**, United States Printing Office, Washington, 1943, s. 14, 15.

⁷² LANGE Heinrich, **Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat**, Mohr, Tübingen, 1934, s. 38. (Aktaran: HEMPFER Walter, **Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des Preußischen Obergerichts**, Duncker und Humboldt, Berlin, 1974, s. 56.

⁷³ Troçki'nin söz konusu analizleri, Stalinist SSCB rejimine odaklanmakla birlikte Bonapartizm ve plebisit ilişkisine ilişkin genel değerlendirmeler de içermektedir. Söz konusu makalede Goebbels'in teknikleri de Bonapartizmin ulaştığı radikal evre içinde telakki edilmektedir. Konuya ilişkin bkz. TROTSKY Leon, "The New Constitution of the USSR", **The New Militant**, Vol. II No. 18, 16 Nisan 1936, <https://www.marxists.org/archive/trotsky/1936/04/ussrconst.htm> (Erişim Tarihi: 10.02.2025)

bir seçim ile muhatap olmamakta; daha önceden karar verilmiş olan kararı onaylamaya zorlanmaktadırlar. Totaliter rejimlerin topyekûn siyasallaştırma ve aktif mobilizasyon stratejisi ile bağlantılı olan bu durum, seçim usulünden vazgeçilmemesinin gerekçesini oluşturmaktadır. Rejim tarafından tertip edilen ritüellerin yoğun biçimde kullanılması ise demokratik siyasal katılıma alternatif olarak totaliter siyasal katılım modellerinin geliştirildiğini göstermektedir.

IV. SEÇKİNCİLİĞİN VE PLEBİSİTERYENİZMİN EKLEKTİK BİRLİKTELİĞİ

Yirminci yüzyılın totaliter hareketleri arasında en dikkat çekici örneklerden birisini teşkil eden Nasyonal Sosyalizm, iktidar olmasından önceki ve sonraki aşamaları ile mühim bir tarihsel tecrübeyi ifade etmektedir. Söz konusu tarihsel tecrübenin yol açmış olduğu büyük felaketler ve trajediler, rejimin barındırdığı unsurların analiz edilmesini ayrıca önemli kılmaktadır. Nazizmin özgün koşullarının göz önünde bulundurulması, bilimsel bir disiplin açısından gereklilik ifade etmekle birlikte Nasyonal Sosyalizmin etkilediği, etkilediği ve karşıt kutuplarda yer aldığı siyasal hareketlerle mukayese edilmesi de konunun daha derinlikli analiz edilmesini sağlamaktadır.

Hem seçkincilik hem de plebisiteryenizm olgusu, çeşitli siyasal hareketlerde de farklı biçimlerde gözlemlenebilen boyutları ifade etmektedir. Bu olguların bir taraftan birbirleri ile karşıt yönleri sahip olduğu, diğer taraftan da eklektik biçimlerde bir araya gelebildiği görülmektedir. Bu bağlamda Nasyonal Sosyalizmin de ideolojik ve konjonktürel ihtiyaçlar ile rejimin totaliter hedefleri doğrultusunda seçkinciliğe ve plebisiteryenizme alan açtığı anlaşılmaktadır.

Nasyonal Sosyalizmin seçkinci boyutunun, Alman düşünsel yaşamındaki aristokrat ve muhafazakâr çevrelerin yaklaşımı ile aynı biçimde tezahür etmediği açıktır. “Bohemyalı bir onbaşı”⁷⁴ olarak küçümsenen Hitler’in kültürel altyapısındaki yetersizliğe dair söylemler, Alman muhafazakârlarının Nazi hareketine dair soğuk yaklaşımlarının bir parçasını oluşturmaktadır. Nasyonal Sosyalist hareketin, Alman kültüründeki derinliği yansıtmadığına dair eleştiriler de hareketin geneline dair tenkitler arasında yer almaktadır⁷⁵.

⁷⁴ PETERSON Edward N, s. 8.

⁷⁵ Nasyonal Sosyalizmin anti-entelektüel retoriğini, bu eleştirinin gelişmesine yol açan sebepler arasında saymak mümkündür.

Nasyonal Sosyalizmin *volk* övgüleri önemli ölçüde retorik mesabesinde kalsa da söz konusu ideolojik repertuar, kaçınılmaz olarak aristokrat çevrelerle bir ayrışmaya yol açmıştır. Zira *Volks-gemeinschaft* söylemi, geniş halk kalabalıklarının duygularına hitap ederken geleneksel imtiyaz sahiplerini etnik Alman kimliği içinde sıradanlaştırmaktadır. Dolayısıyla Nazizmin kavramsal müktesebatı, aristokrat çevrelerle oluşan ihtilafın sebeplerinden birisini teşkil etmektedir. Nasyonal Sosyalizmin lider kadrosunun genel anlamda aristokrat kökene dayanmaması, söz konusu kadronun geleceğe dair vizyonunun hiyerarşik bir sistem öngörse de bu hiyerarşinin klasik aristokratik bir zemine dayanmaması da rejimin karakteri ile aristokrat çevreler arasında farklılaşmaya yol açmıştır.

Rejimin savaş yıllarındaki radikalleşmesi de muhafazakâr devrimci çevrelerin bir kısmının eleştirilerine neden olmuştur. Savaşın bizzat kendisini bir sanat eseri olarak tanımlamış olan muhafazakâr devrimci Ernst Jünger'in daha sonraki süreçte saf şiddet mantığının aşılması gerektiğinden bahsetmesi bu bağlamda anlamlıdır. Jünger'e göre bu aşama, "ateşten ışığa doğru bir yükseliş" anlamına gelmektedir⁷⁶. Rejimin uluslararası sahadaki yönelimine ve radikalizm seviyesinin yükselmesine dönük eleştirilerin salt entelektüel çevrelerle sınırlı kalmadığı da anlaşılmaktadır. 1944 senesinde Hitler'e yönelik gerçekleşen başarısız suikast girişimi, rejim içindeki muhafazakâr

Nasyonal Sosyalizmin akademiye ideolojik saiklerle dönüştürme çabası, üniversiteler içinde belirli bir taban bulsa da tam anlamıyla başarılı olamamıştır. Nasyonal Sosyalizmin anti-entelektüel boyutuyla da ilgili olan bu durum, Heidegger gibi milliyetçi akademisyenlerin bile başlangıçtaki coşkusunu kaybetmesine yol açmıştır. Ernst Krieck gibi kararlı bir Nasyonal Sosyalist düşünürün bile akademinin durumuna dair serzenişte bulunması, bu bakımdan anlamlıdır.

Söz konusu durum, özellikle de Almanya'nın Katolik bölgelerinde üniversite çalışmalarında nispi bir otonomiye alan açmıştır. Rejimin kendisini tahkim ettiği 1938 yılında bile SS'e bağlı Güvenlik Servisi'nin öğretim görevlilerinin pasif tutumundan şikâyet etmesi de konu bağlamında fikir vericidir. EVANS Richard J., **The Third Reich in Power: 1933-1939**, Penguin, London, 2005, s. 305.

⁷⁶ SEGEV Alon, "Ernst Jünger on War for the sake of War", **Thinking and Killing: Philosophical Discourse in the Shadow of the Third Reich**, De Gruyter, Berlin and Göttingen, 2013, s. 40, 41.

Saf şiddet mantığının sona ermesine dair Jünger'in eseri, İkinci Dünya Savaşı'nın şiddetli biçimde yaşandığı 1943 yılında yazılmıştır. Bu eserin Jünger'in geçmiş düşüncelerinden bir farklılaşma içerdiği açıktır. Hiçbir zaman bir Nazi olmasa da radikal Alman milliyetçiliğinin saflarında yer almış olan Ernst Jünger'in 10 Temmuz 1944 yılında gerçekleşen Hitler'e yönelik başarısız suikast girişimini tertip eden muhafazakâr çevrelerle de aktif temas halinde olduğu anlaşılmaktadır. CLAIR Louis, "Introduction", **The Peace**, Henry Regnery Company, Hinsdale, Illinois, 1948, s. 11.

odakların Führer'in politikalarından önemli ölçüde rahatsızlık duyduklarının bir göstergesidir⁷⁷.

Alman halkının geniş tabakalarına duygusal bir dille hitap eden ve ırksal bir zeminde ortak bir kolektiviteden söz eden Nasyonal Sosyalizm; siyasal hedefleri doğrultusunda toplumu mobilize siyasallaştırmak ve iç kamuoyunda rıza üretmek amacıyla plebisiter yöntemlere başvurmaktadır. Referandum ve seçim usulünden vazgeçilmemiş olması, bu durumun göstergelerinden birini teşkil etmektedir. Fakat rejimin tesis ettiği siyasal atmosferin, halk iradesinin sahici biçimde tecelli edeceği bir seçim ve referandum mekanizmasına imkân vermediği açıktır. Bu durum, referandumlardaki pusulaların biçimsel yapılarına dahi tesir etmiştir. Rejimin referandumlar üzerinden toplumsal desteğe dayalı bir meşruiyet üretmesinin yanı sıra belirli bir hukukilik görünümüne önem verdiği de görülmektedir. Bu husus, dış ilişkiler bağlamında da rejim tarafından bir propaganda unsuru olarak değerlendirilmiştir⁷⁸.

Nazi rejimi tarafından siyasal törenlere ve ritüellere yoğun biçimde başvurulması ve kişilerin bu seremonilerde bulunmaya zorlanması, Nazi rejiminin alternatif siyasal katılım biçimleri arasında yer almaktadır. Totaliter rejimlerin hayatın geniş alanlarına nüfuz eden, toplumu topyekûn siyasallaş-

⁷⁷ Suikast girişimini tertip edenlerin parlamenter demokrasiye bakış açılarının genellikle olumsuz olduğu bilinmektedir. Nitekim söz konusu çevre; Nasyonal Sosyalizmin yükselişinin sorumlusu olarak Weimar Cumhuriyeti'ndeki kitle demokrasisini işaret etmektedir. İstisnai olarak sol düşünce ile temas kurmuş olan isimler olsa da ilgili çevredeki düşünsel yapının daha ziyade radikal-sağ ve *völkisch* düşüncelerin etkisinde olduğu anlaşılmaktadır. HEINEMANN Winfried, *Unternehmen "Walküre": Eine Militärgeschichte des 20. Juli 1944*, De Gruyter, Oldenborug, 2019, s. 260.

Suikast girişimini tertip eden ekibin öncü ismi Stauffenberg, romantik muhafazakârlıktan etkilenmiş bir kişi olarak tanımlanmaktadır. Stauffenberg'in arzu ettiği yönetim biçimi; aristokrasinin özel konumunun güvence altına alındığı, köylülüğün ise endüstrileşmenin taarruzlarından korunduğu bir yönetim biçimidir. Suikast girişiminin başarılı olması durumunda Cumhurbaşkanı olması planlanan eski Genelkurmay Başkanı Ludwig Beck ise monarşist ve antidemokratik görüşleri ile bilinmektedir. Yeni hükümetin Şansölyesi olarak düşünülen Carl Goerdeler de koyu bir monarşist olarak tanınmakta, siyasal partiler arası yarışmaya dayanan Weimar Cumhuriyeti modeli yerine Bismarck İmparatorluğu'nun otoriter modeline dönmeyi savunmaktadır. EVANS Richard J., *Rereading German History: From Unification to Reunification 1800-1996*, Routledge, London and New York, 2003, s. 195, 196.

⁷⁸ Milletler Cemiyeti'nden çekilme politikasının Alman ulusuna sorulacağını ifade eden Hitler'in sözleri, dönemin yabancı basınında haberleştirilmiştir. PETERS Harold A., "Germany withdraws from League of Nations, disarmament pact", *UPI Archives*, 14 Ekim 1933, <https://www.upi.com/Archives/1933/10/14/Germany-withdraws-from-League-of-Nations-disarmament-pact/5411430087122/> (Erişim Tarihi: 15.02.2025)

tırma yöntemlerinin bir parçası olan bu ritüeller; aynı zamanda kitleler ile bağ kurma teknikleri olarak telakki edilmektedir. Bu tekniklerin, kişilerin hür iradelerinin hilafına da olsa bir tür siyasal katılım anlamına geldiği açıktır. Dolayısıyla Nazi rejiminin plebisiter yönünün bir diğer boyutunu da söz konusu ritüellere iştirak oluşturmaktadır⁷⁹.

SONUÇ

Nasyonal Sosyalizmin ideolojik müktesebatı ve yönetim mekanizması, salt seçkincilik ve plebisiteryenizm ile izah edilemeyen fakat bu unsurların da göz önünde tutulmasını gerektiren bir tablonun varlığını göstermektedir. Almanya'nın Nasyonal Sosyalist tarihsel tecrübesi, her iki unsurun da ideolojik ve stratejik saiklerle araçsallaştırıldığı bir siyasal modelden söz etmeyi lüzumlu kılmaktadır. Bu bağlamda Alman toplumu ile bağ kurmak, kalabalık halk kitlelerinin duygularını manipüle etmek, iç kamuoyunda rıza üretmek ve dış kamuoyunda belirli bir meşruiyet algısını oluşturmak isteyen Nazi rejiminin plebisiter araçlara başvurduğu anlaşılmaktadır. Hareketin ideolojik söylemindeki yoğunluk, yöntemlerinin sertliği, demokrasinin klasik formunu açıkça reddetmesi gibi hususlar ise plebisiter araçların varlığının Nasyonal Sosyalizmi popülist bir hareket haline getirmediğini göstermektedir.

Nazizmin yeni bir seçkin zümre ihdas etmeye yönelmesi, toplumsal yapıda keskin bir hiyerarşi öngörmesi, sıradanlık karşısında özel nitelikleri vurgulaması gibi hususlar; Nasyonal Sosyalist hareketin ve Nazi rejiminin seçkinci yapısının temel taşlarını teşkil etmektedir. Hareketin sınıfsal yapısının klasik Alman aristokrasisi içinden neşet etmemesi, kültürel altyapısı zayıf Nazi kadrolarının anti-entelektüel retoriğe yoğun biçimde başvurması gibi unsurlar ise aristokratik muhafazakâr çevreler ile farklı çizgileri ifade etmektedir. Yaşanan tecrübe, Nazi rejiminin seçkinci tabiatının biyolojik üstünlükçülük iddiaları gibi esaslar üzerinden kendi çerçevesi içinde şekillendiğini göstermektedir. Bu durum, Nasyonal Sosyalizmin Alman siyasal geleneği içinde klasik anlamda elitist-aristokratik bir hareket olarak tanımlanmasını güçleştirmektedir. Öte yandan Nazi ideolojisinin ve yönetim pratiğinin taşıdığı unsurlar, Nasyonal Sosyalizmin kendisine has bir seçkinciliğe yer verdiğine işaret etmektedir.

⁷⁹ Nazi ritüelleri hakkında bkz. TAYLOR Simon, "Symbol and Ritual under National Socialism", *The British Journal of Sociology* C. 32, N. 4, Aralık 1981, ss. 504-520.

Nasyonal Sosyalizm, bütünüyle tutarlı ve sistematik bir ideolojiye dayanmasa da siyasal meşruiyetini inşa edebilmek amacıyla ideolojik temellendirmelere ihtiyaç duymuştur. Bu bağlamda seçkinci ve plebisiter unsurlara da eklektik bir biçimde yer vermiş, rejimin totaliter hedeflerini de göz önünde tutarak söz konusu unsurlar üzerinden bir sistem tasarımına yönelmiştir. Bu durum, Nazi rejiminin klasik aristokratik bir rejim olmamasına rağmen seçkinci bir boyuta sahip olmasını ve popülizmden farklılaşmasına rağmen plebisiter yöntemlere yer vermesini beraberinde getirmiştir.

KAYNAKÇA

- ACTON Edward, **Nazism and Stalinism: A Suitable Case for Comparison?**, The Historical Association, Shaftesbury, 1998.
- ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Seçkin, Ankara, 2020.
- ARENDT Hannah, **The Origins of Totalitarianism**, Harcourt Brace and Company, San Diego, New York and London, 1973.
- ARON Raymond, **Democracy and Totalitarianism: A Theory of Political Regimes**, Frederick A. Praeger Publishers, New York and Washington, 1969.
- BAST Jürgen, **Totalitärer Pluralismus: Zu Franz L. Neumanns Analysen der politischen und rechtlichen Struktur der NS-Herrschaft**, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1999.
- BUCCHEIM Hans, “Struktur der totalitären Herrschaft und Ansätze totalitären Denkens”, **Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte**, C. 8, 1960, ss. 164-180.
- BULLOCK Alan, **Hitler: A Study in Tyranny**, Harper Torchbooks, New York and Evanston, 1964.
- CAN Osman, “Le Roi Est Immortel, Vive Le Roi (Kral Ölümsüzdür, Yaşasın Kral)-II”, **Radikal İki**, 30 Kasım 2008
- CHAPOUTOT Johann, **The Law of Blood: Thinking and Acting as a Nazi**, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2018.
- CLAIR Louis, “Introduction”, **The Peace**, Henry Regnery Company, Hinsdale, Illinois, 1948, ss. 9-15.
- DAUERLEIN Ernst, **Der Aufstieg der NSDAP in Augenzeugenberichten**, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1976.
- EVANS Richard J., **Rereading German History: From Unification to Reunification 1800-1996**, Routledge, London and New York, 2003.
- , **The Third Reich in Power: 1933-1939**, Penguin, London, 2005.
- FALTER Jürgen u.a, “Reichstagswahlergebnisse und Mandate in der Weimarer Republik: Reichstagswahlen 1919 - 1933”, **Bundestag.de**, <https://www.bundestag.de/resource/blob/190456/f8d637d1039a06a614cff0264f8b5d10/reichstagswahlergebnisse-data.pdf> (Erişim Tarihi: 25. 02. 2025)
- FAULKNER Neil, **Tirmanan Faşizmin Kitle Psikolojisi: Marksist-Freudyen Bir Analiz**, Yordam Kitap, İstanbul, 2024.
- FAY Sydney B., “Hitler Holds a Plebiscite”, **Current History (1916-1940)**, V. 41 No. 1, Ekim 1934, ss. 104-109.
- FIJALKOWSKI Jürgen, **Die Wendung zum Führerstaat: ideologische Komponenten in der politischen Philosophie Carl Schmitts**, Westdeutscher Verlag, Köln, Opladen, 1958.
- FRIEDRICH Carl J., “The Evolving Theory and Practice of Totalitarian Regimes”, **Totalitarianism in Perspective: Three Views**, Praeger Publishers, New York, 1969, ss. 123-164.

- FRIEDRICH Carl J. / BRZEZINSKI Zbigniew K., **Totalitarian Dictatorship and Autocracy**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2014.
- FORSTHOFF Ernst, **Der Totale Staat** Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933.
- GENTILE Emilio, "Total and Totalitarian Ideologies", **The Oxford Handbook of Political Ideologies**, Oxford University Press, Oxford, 2013, ss. 56-72
- GESSELLSCHAFT FÜR SCHLESWIG-HOLSTEINISCHE GESCHICHTE, "Wahlen 1933 bis 1938", **geschichte-s-h.de**, <https://geschichte-s-h.de/sh-von-a-bis-z/w/wahlen-1933-bis-1938/> (Erişim Tarihi: 22. 02. 2025)
- GROß Gerhard P., **Das Ende des Ersten Weltkriegs und die Dolchstoßlegende**, Reclam Verlag, Leipzig, 2018.
- GROSSWALD CURRAN Vivian, "Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law", **Cornell International Law Journal**, V. 35 I.1, Kasım 2001, ss. 101-187.
- HARTMAN Andrew, "Hitler, Fascism, and Demagoguery", **Society for U. S. Intellectual History**, 31 Ekim 2016, <https://s-usih.org/2016/10/hitler-fascism-and-demagoguery/> (Erişim Tarihi: 18.02. 2025)
- HEINEMANN Winfried, **Unternehmen "Walküre": Eine Militärgeschichte des 20. Juli 1944**, Oldenbourg: De Gruyter, Oldenbourg, 2019.
- HELLER Hermann, **Europa und der Faschismus**, De Gruyter, Berlin und Leipzig, 2014.
- , **Sozialismus und Nation**, Jungeuropa Verlag, Dresden, 2019.
- HEMPFER Walter, **Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts**, Duncker und Humboldt, Berlin, 1974.
- HEYWOOD Andrey, **Siyasi İdeolojiler**, Liberte, Ankara, 2013.
- HİTLER Adolf, **Kavgam**, Anonim Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- HÖHNE Heinz, "Warten auf Hitler: Deutschlands Weg in die Diktatur (IV)", **Der Spiegel** 4, 23 Ocak 1983.
- KAES Anton/ JAY Martin/ DIMENBERG Edward, **The Weimar Republic: Source Book**, University of California Press, Berkeley, Los Angeles and London, 1994.
- KOELLREUTTER Otto Koellreutter, **Der nationalsozialistische Rechtsstaat**, NS Historisches Archiv, 1938.
- KRAUSNICK Helmut, "The Persecution of the Jews", **Anatomy of the SS State**, Walker and Company, New York, 1972, ss. 1-126.
- LANDA Ishay, **Fascism and the Masses: The Revolt Against the Last Humans, 1848-1945**, New York and London: Routledge, New York and London, 2018.
- LAVIS Simon, "The exception of the norm in the Third Reich: (Re)reading the Nazi constitutional state of exception", **State of Exception: Law, History, Theory**, Routledge, New York and London, 2021, ss. 95-113.
- LINZ Juan Linz, **Totaliter ve Otoriter Rejimler**, Liberte, Ankara, 2008.

- LONGERICH Peter, **Heinrich Himmler**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MAYRHOFFER Fritz, **Nazi Rituals**, German Propaganda Archive, <https://research.calvin.edu/german-propaganda-archive/feiern41.htm> (Erişim Tarihi: 26. 02. 2025)
- MALINOWSKI Stephan, **Nazis and Nobles**, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- MERRIAM Charles A., **The New Democracy and The New Despotism**, McGraw-Hill Book Company, New York and London, 1939.
- MILTON Sybil H., “Gypsies as Social Outsiders in Nazi Germany”, **Social Outsiders in Nazi Germany**, Princeton and Oxford: Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2001, ss. 212-232.
- MOELLER VAN DER BRUCK Arthur, **Germany’s Third Empire**, Howard Fertig, New York, 1971.
- MOMMSEN Hans, **Entstehung und Bedeutung des Ermächtigungsgesetzes vom 23. März 1933**, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, 2003.
- MOSSE George L., **The Fascist Revolution: Toward a General Theory of Fascism**, Howard Fertig, New York, 2000.
- MURPHY Raymond E., **National Socialism: Basic Principles, Their Application by the Nazi Party’s Foreign Organization, and the Use of Germans Abroad for Nazi Aims**, United States Printing Office, Washington, 1943.
- NEAMAN Elliot Y., **Dubious Past: Ernst Jünger and the Politics of Literature After Nazism**, University of California Press, Berkeley, Los Angeles and London, 1999.
- NSDAP, **Lebensfeiern: Richtlinien und Anleitungen für die Gestaltung lebenszeitlicher Feiern**, Gauschulungsamt Oberdonau der NSDAP, Linz, 1941.
- NSDAP, **Program of the National Socialist German Workers’ Party**, <https://avalon.law.yale.edu/imt/nsdappro.asp> (Erişim Tarihi: 23. 02.2025)
- PAUER-STUDER Herlinde, **Justifying Injustice: Legal Theory in Nazi Germany**, Cambridge University Press, Cambridge, 2025.
- PETERS Harold A., “Germany withdraws from League of Nations, disarmament pact”, **UPI Archives**, 14 Ekim 1933, <https://www.upi.com/Archives/1933/10/14/Germany-withdraws-from-League-of-Nations-disarmament-pact/5411430087122/> (Erişim Tarihi: 15. 02. 2025)
- PETERSON Edward N., **The Limits of Hitler’s Power**, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1969.
- POPPER Karl R., **Die offene Gesellschaft und ihre Feinde**. Band I und II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2023.
- ROCHA Matthew J., **From Schleswig to Anschluss: The Plebiscites and Referendums of Interwar Germany, Honors Theses. Paper 1408**, Colby College History Department, 2023, <https://digitalcommons.colby.edu/honorstheses/1408> (Erişim Tarihi: 01. 02.2025)

- SARTORI Gioavanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Sentez Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- SCHMITT Carl, **Hukuki Düşüncenin Üç Türü**, Pinhan, İstanbul, 2021.
- , **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, Dost Kitabevi, Ankara, 2014.
- , **Siyasal Kavramı**, Metis, İstanbul, 2006.
- SCHMITZ-BERNING Cornelia, **Vokabular des Nationalsozialismus**, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.
- SEGEV Alon, “Ernst Jünger on War for the sake of War”, **Thinking and Killing: Philosophical Discourse in the Shadow of the Third Reich**, De Gruyter, Berlin and Göttingen, 2013.
- SONTHEIMER Kurt, **Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik**, München: Nymphenburger Verlagshandlung, München, 1962.
- TAYLOR Simon, “Symbol and Ritual under National Socialism”, **The British Journal of Sociology**, V. 32, N. 4, Aralık 1981, ss. 504-520.
- TROTSKY Leon, “The New Constitution of the USSR”, **The New Militant**, V. II No. 18, 16 Nisan 1936, <https://www.marxists.org/archive/trotsky/1936/04/ussrconst.htm> (Erişim Tarihi: 10.02.2025)
- U. S. DEPARTMENT OF STATE, **Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers 1934 (In Five Volumes) Volume II: Europe, Near East and Africa**, United States Government Printing Offices, Washington, 1951, ss. 245-247.
- ZURCHER Arnodl J., “The Hitler Referanda”, **The American Political Science Review**, V. 29, No. 1, Şubat 1935, ss. 91-99.
- WEINBERG Gerhard L., **The Foreign Policy of Hitler’s Germany: Starting World War II 1937-1939**, Humanities Press, New Jersey, 1994.
- WHEELER-BENNETT. J. W., **Hindenburg: The Wooden Titan**, Palgrave Macmillan, London, 1967.
- WIPPERMANN Wolfgang, **Der Ordensstaat als Ideologie**, Colloquium Verlag, Berlin, 1979.

Mevzuat

Gesetz gegen die Neubildung von Parteien. 14 Temmuz 1933

<https://www.verfassungen.de/de33-45/parteien33.htm> (Erişim Tarihi: 11.02.2025)

Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre. 15 Eylül 1935

<https://www.verfassungen.de/de33-45/blutschutz35.htm> (Erişim Tarihi: 14.02.2025)

Reichsbürgergesetz. 15 Eylül 1935

<https://www.verfassungen.de/de33-45/reichsbuerger35.htm> (Erişim Tarihi: 14.02.2025)

Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, 28 Şubat 1933,

<https://www.verfassungen.de/de33-45/reichstagsbrand33.htm> (Erişim Tarihi: 05.02.2025)

HUKUK DEVLETİ, AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI^(*)

Sefa Ural ERTÜRK^(**)

Öz: Modern devletler hukuk devleti ilkelerine bağlı olduklarını iddia etmektedir. Nitekim hukuk devleti olmak iktidarlara meşruiyet sağlar. Bu ilke idealize edilmiş bir yönetim anlayışının görünümü olduğundan çok boyutludur ve bu durum tanımlanmasını zor kılar. Hukuk devleti özünü devletin gücünün bireylerin hak ve özgürlükleri lehine sınırlanmasında bulur ve birbirini tamamlayan biçimsel ve maddi bileşenlerden oluşur. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi ile büyük ölçüde örtüşür ve tarihsel süreçteki teknik birtakım farklılıklar dışında esasen aynı oldukları söylenebilir. Hukuk devleti kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temelini oluşturan ilkelerden biridir ve Sözleşme'nin tüm maddelerinde içkin olarak bulunur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'yi içtihatları ile yorumlarken ortaya koyduğu standartlar ile hukuk devleti doktrininin teoride ve pratikte gelişmesini sağlamaktadır. Bu anlamda hukuk devleti ve Sözleşme düzeni arasında simbiyotik bir ilişki vardır. Hukuk devleti bağımsız yargı olmaksızın işlevsiz bir temenniden ibaret kalır. Bağımsız yargı hukuk devletinin güvence mekanizması olarak hukuk devletinin unsurları içerisinde özel bir yer tutmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı bağımsızlığına ilişkin belirlediği ayrıntılı ve yüksek standartlar yargı bağımsızlığını somutlaştırmakta ve hukuk devleti ilkesine özel bir katkı sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yargı Bağımsızlığı.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 05.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 15.05.2025.

^(**) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: serturk@ankara.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0004-4557-2528>.

THE RECHTSSTAAT, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND JUDICIAL INDEPENDENCE

Abstract: Modern states claim to adhere to the principles of the *Rechtsstaat*. Indeed, being a *Rechtsstaat* provides legitimacy to governments. This principle is multidimensional as it reflects an idealized administrative mentality, which renders it difficult to define. The *Rechtsstaat* finds its core in limiting the power of the state in favour of the rights and freedoms of individuals, and consists of complementary formal and substantive conceptions. The *Rechtsstaat* largely coincides with the principle of the rule of law, and they are essentially the same except for some technical differences in the historical process. The notion of the *Rechtsstaat* represents a fundamental principle in the European Convention on Human Rights and is inherent in all articles of the Convention. The European Court of Human Rights has ensured the development of the *Rechtsstaat* doctrine in theory and practice with the standards it has set forth while interpreting the Convention through its case-law. In this sense, there is a symbiotic relationship between the *Rechtsstaat* and the Convention order. Without an independent judiciary, the *Rechtsstaat* remains a non-functional aspiration. The independent judiciary holds a special place among the elements of the *Rechtsstaat*, serving as a safeguard mechanism for it. The case law of the European Court of Human Rights on judicial independence establishes high and detailed standards, concretizes judicial independence, and thereby contributes significantly to the *Rechtsstaat* principle.

Keywords: *Rechtsstaat*, Rule of Law, Human Rights, European Court of Human Rights, Independence of Judiciary.

GİRİŞ

Adalet herkese hakkı olanı verme hususunda kati ve devamlı bir iradedir. Bizans imparatoru I. Justinianus'un emriyle hazırlanan Roma hukukunun 6. yüzyıldaki kodifikasyonu *Corpus Juris Civilis*'in bir parçası olan Enstitüler'in (Latince: *Institutiones*) girişindeki bu tanım¹ adaletin özünü ve pratikteki anlamını derinlemesine açıklayan güçlü bir kavram olarak geçerliliğini korumaktadır. Normatif bir hedef olan adaletin ve toplumsal düzenin sağlanması esasen herkesin hakkının doğru tayini ve bunun dağıtımındaki iradenin devamlılığına bağlıdır. Bu kapsamda adaletin ve ideal bir hukuk düzeninin sağlanması özellikle modern devlette birbirine bağlı ve birbirini güçlendiren kavramlar olarak insan hakları ve demokrasiyle birlikte hukuk devleti ilkesinin varlığına bağlıdır. Modern hukuk düzenlerinin temel ilkelere birinden biri olmasına karşın hukuk devletinin içeriği ve niteliği hakkında ise uzlaşa bulunmamaktadır.

Hukuk devleti genellikle bir ilkeler bütün olarak anlaşılmaktadır². Bu durum hukuk devletinin bir normlar sistemine ve belirli değerlere dayandığını, bu sistemin çeşitli temel ilkelere bağlı olarak işlediğini anlatır. Bu ilkeler, bireylerin haklarını güvence altına alırken, devletin hukuk sınırları içinde hareket etmesini zorunlu kılar. Hukuk devleti fikrinin her büyük hukuk geleneğinde yankı bulduğunu söylemek olanaklıdır. Baskın Avrupa hukuk gelenekleri olan kıta Avrupası ve Anglosakson hukuk geleneklerinde tarihi ve felsefi temelleri farklı olan hukuk devletine ilişkin *Rechtsstaat* ve *rule of law* kavramları hukukun üstünlüğü ve birey haklarının korunması ilkelerinde birleşirler ve bu iki akımın karşılaştırması ile görülebilecek farklılıklar hukuk devleti ilkesinin gelişimini ve çağdaş kapsamını anlamak için önemlidir.

Hukuk devleti, mutlak güç sahibi devlet anlayışını dışlayarak yürütme dahil tüm devlet otoritelerinin hesap verebilirliği ve hukukla bağlılığı üzerine bina edildiğinden öncelikle bazı biçimsel ilkelerin varlığını zorunlu görür. Bu ilkeler usule ilişkin genellik, hukuki kesinlik ve belirlilik gibi esaslar

¹ Latince orijinali “*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens*” ve İngilizce çevirisi “*justice is an unswerving and perpetual determination to acknowledge all men's rights*” için bakınız: **Justinian's Institutes**, (translated with an introduction by Peter Birks & Grant McLeod with the Latin text of Paul Krueger), Duckworth, London, 2001 ve Türkçe çeviri için bakınız: **Iustinianus Institutiones**, (çev. Ziya Umut), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968

² UYGUR Gülriz, “Adalet ve Hukuk Devleti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2004, C. 53, S. 1, s. 33

çerçevesinde şekillenir. Bununla birlikte hukuk devleti yalnızca biçimsel bileşenlerden oluşmaz nitekim biçimsel gereklilikler hukuk devletinde hâkim olması gereken hukukun ne olduğu sorusuna yanıt vermez. Bir başka deyişle pozitif hukukun ve uygulanır bir normlar hiyerarşisi düzeninin olması ve devletin yasalarla çevrelenmesi hukuk devletinin inşası için yeterli olmayacak, bunları tamamlayıcı olarak hukukun insan haklarına dayanan belli birtakım değerleri içinde barındırması anlamına gelecek şekilde maddi unsurların varlığı gerekli olacaktır. Bu şekilde biçimsel ve maddi bileşenleri ile bir bütün olarak var olan bir normlar sistemi bizce hukuk devleti olarak tanımlanabilecektir.

Hukuk devleti kavramı tanımlanması güç yapısı ve ideal bir hukuk düzeni için hedeflediği yüksek ve soyut standartlar ile modern devletlerce kolayca sahiplenilmiş ve yalnızca hukuki metinlerde değil günlük yaşamda dahi sıkça kullanılır olmuştur. Hukuk devletinin unsurlarının belirlenmesi, standardının oluşturulması ve yaşama yansıtılmasının önemli bir aracı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve de Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olmasını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Mahkeme) üye devletlerin hukuk devleti olmak yolunda karşılama gereken standartlara açıklık getiren ve rehberlik sunan içtihat hukukudur. Bu kapsamda hukuk devleti ilkesi ve Sözleşme düzeninin simbiyotik bir ilişki dahilinde birbirlerini karşılıklı olarak destekleyip güçlendirdiklerini ve etkin bir şekilde çalışmak için diğerine bağlı oldukları bir dinamik yarattıklarını söylemek olanaklıdır.

Hukuk devleti ilkesi Sözleşme düzenine taraf devletlerdeki hukuk sistemlerinin Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların etkin bir şekilde uygulanması için gerekli olan adalet, eşitlik ve hesap verebilirlik ilkeleri çerçevesinde işlemlerini sağlarken Sözleşme ve Mahkeme insan haklarının korunması için asgari standartları belirleyerek hukuk devletini güçlendiren hukuki bir çerçeve sağlamaktadır. Bir başka deyişle hukuk devleti kavramı ve Sözleşme düzeni birbirlerine derinden bağlıdır. Mahkeme, Sözleşme ilkelerine saygı gösterilmesini ve uygulanmasını sağlamak için hukuk devletine dayanırken hukuk devleti ilkesi unsurlarını yaşatmak ve devletleri sorumlu tutmak için bir mekanizma olarak Sözleşme düzeninden faydalanmaktadır.

Hukuk devletinin somut ve etkili biçimde hayata geçirilebilmesi ise yalnızca normatif düzeyde hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla değil, bu düzenlemelerin uygulanmasını sağlayacak bağımsız ve tarafsız bir yargı meka-

nizmasının varlığıyla olanaklıdır. Yargı bağımsızlığı, koruyucu bir güvence mekanizması olarak, hukuk devletinin kurumsal altyapısının vazgeçilmez bir unsurunu oluşturur ve hukuk devletinin unsurları içerisinde özel bir ağırlığı vardır. Mahkeme, yargı bağımsızlığının hukuk devleti ilkesinin kuramsal temelleri içindeki yeri ve çerçevesine dair özel katkılar sunmuş, dinamik ve bütüncül bakış açısıyla kavrama işlerlik kazandırmıştır.

Tüm bunların ışığında bu çalışmada, hukuk devletinin ne olduğu, bu kavramın tarihsel ve felsefi arka planı çerçevesinde *Rechtsstaat* ve *rule of law* kavramları arasındaki ilişki, bir hukuki düzenin hukuk devleti olarak tanımlanabilmesi için o düzende bulunması gerekli hukuki ilke ve koşullar bir başka deyişle hukuk devletinin maddi ve biçimsel bileşenleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dayandığı prensipler içinde hukuk devletinin yeri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uluslararası bir mahkeme olarak hukuk devletine verdiği anlam ile Sözleşme'ye taraf devletlerde hukuk devleti ilkesinin yerleşmesi açısından konumu ve bu kapsamda özel bir yeri olan yargı bağımsızlığı konuları incelenecektir.

I. HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti çok boyutlu ve kapsamlı bir kavramdır. Bu nedenle tek ve genel kabul gören bir hukuk devleti tanımı yapmak güçtür. Modern siyasi iktidarın, meşruiyet kaynağı olarak hukuk devleti ilkesine dayanması bir başka deyişle modern devletin hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu bir siyasi birlik olması³ bu kavramın önemini artırmakta ve tanımlanmasını güçleştirmektedir.

Hukuk devleti, öz olarak, hukuk kurallarının kuralları koyanlar da dahil olmak üzere herkes için bağlayıcı olması ve tüm kişilere hukuki güvenliğin sağlanması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle hukuk devleti hiç kimsenin hukukun dışında ve üstünde olmaması, kamusal tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması ve yargı denetimine bağlı olmasıdır. Hukuk devleti yalnızca devletin sınırlandırılmasını ve bu sınırlar içinde de devletin hukukla bağlı olmasını öngörmez bununla birlikte tüm kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerektirir.

³ ÖZENÇ Berke, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 171

Hukuk devletinin farklı fakat öz olarak birbirine benzeyen tanımları farklı akademisyenlerce yapılmıştır. Özbudun hukuk devletini, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlet olarak tanımlamıştır⁴. Çağlayan hukuk devletini, devletin hukuk kuralları ile sınırlandırılıp bu kurallarla bizzat bağlı tutulduğu ve vatandaşların gerçek anlamda hukuki güvencelere sahip olduğu devlet olarak tanımlamıştır⁵. Arslan hukuk devletini, en geniş anlamda kişilerin hukuk kurallarına uymasını ve bu kurallar tarafından yönetilmesini, siyasal ve hukuksal teoride kullanıldığı daha dar anlamı ile ise devletin hukuksal kurallara uyması ve bu kurallarla yönetilmesi şeklinde tanımlamıştır⁶. Özcan hukuk devletini, siyasal iktidarın politik özellik taşıyan takdir hakkı yerine, hukuki meşruluğa göre yönetimini icra etmesi olarak tanımlamıştır⁷.

Hukuk devletinin kapsamlı bir tanımını Alman hukukçu Kelsen Saf Hukuk Kuramı (Almanca: *Reine Rechtslehre*) adlı eserinde yapmıştır. Ona göre hukuk devleti, yasama ve yürütmenin genel nitelikli normlara-yasalara bağlı olduğu, hükümet üyelerinin kendi eylemlerinden sorumlu olduğu, mahkemelerin bağımsız olduğu ve yurttaşların belli haklarının özellikle de din özgürlüğünün ve ifade özgürlüğünün güvence altına alındığı, görece merkezileşmiş bir hukuk düzenidir⁸. Kelsen, hukuk devleti kavramının demokrasi ve hukuki güvenlik varsayımlarına uygun bir devletle sınırlandırılmasının yalnızca böyle bir düzenin gerçek bir hukuki düzen olarak kabul edilebileceği varsayımını içerdiğini, bu varsayımın doğal hukuka dayalı bir varsayım olduğunu, oysa esnekliği sınırsız hiçbir hukuki güvence sunmayan otokratik bir görece merkezi düzenin de hukuki bir düzen olduğunu bu nedenle aynı zamanda bir hukuk devleti olduğunu söylemektedir⁹. Kelsen'e göre önemli olan, hukukun biçimsel geçerliliğidir, yani bir normun doğru prosedürle çıkarılması ve daha üst normlara uygun olmasıdır. Kelsen için hukuk devle-

⁴ ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 124

⁵ ÇAĞLAYAN Ramazan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1998, C. 2, S.1, s. 42

⁶ ARSLAN Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, **Hukuk Felsefi ve Sosyolojisi Arkivi 6**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003, s. 47

⁷ ÖZCAN Mehmet Tefik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 194

⁸ KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, (Translation from the second [revised and enlarged] German edition by Max Knight), University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967, s. 313

⁹ KELSEN, s. 318-319

ti, normların biçimsel geçerliliğiyle ilgilidir ve hukuk düzeninin meşruiyeti, belirli prosedürlere uygunluğa ve normlar hiyerarşisine bağlıdır. Bu yaklaşım doktrinde ifade edildiği üzere kanaatimizce hukuk devleti kavramını hukuk kavramı üzerinden tanımlamanın zayıflığına işaret etmektedir¹⁰.

Hukuk devletinin içeriğe dönük maddi boyutunu dışlayan bu yaklaşım eleştirilmiş ve özellikle İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan ağır insan hakları ihlalleri ile hukukun araçsallaştırarak totaliter rejimlerin meşrulaştırılması deneyimi, hukuk devletinin yalnızca biçimsel unsurlarla açıklanamayacağını ortaya koymuştur. Bu süreçte hukuk devletinin yalnızca bir normlar hiyerarşisi veya yasal prosedürlere uygunluk meselesi olmadığı aynı zamanda temel insan hakları, insan onuru, adalet ve eşitlik gibi maddi değerlerle içeriğinin doldurulması gerektiği fikri gelişmiştir.

Hukuk devleti kavramı Türk anayasal tarihinde ilk kez 1961 Anayasası ile hukuk literatürümüze girmiş ve 1982 Anayasası ile de bu kavram korunmuştur. Hem 1961 hem de 1982 anayasalarının ikinci maddesinde devletin nitelikleri sayılırken Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'da hukuk devletinin tanımına yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise çeşitli kararlarında hukuk devleti kavramının tanımını yorumlayarak yapmıştır. Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra 11/10/1963 tarihli bir norm denetimi kararında¹¹ hukuk devletini, kişiye tüm hak ve özgürlükleri tanıyıp bunlara saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunları devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, başka bir deyimle devlet organlarının tüm işlemlerinin bağımsız yargı denetiminden geçirilmesini ve böylece hukuka ve Anayasa'ya uygun olmalarını sağlayan devlet şeklinde tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi başka kararlarında da¹² benzer unsurları belirterek hukuk devleti tanımını yapmıştır. Anayasa'daki yerinden ve Anayasa Mahkemesi'nin kavrama yaptığı atıfların sıklığından hukuk devletinin anayasal düzenin temel karakteristiği olduğu söylenebilir.

Yukarıda değinilen öğreti görüşleri ve mahkeme kararlarından da görüleceği üzere tüm tanımlarda hukuk devleti, devlet gücünün hukukla sınırlandırılması üzerine bina edilmektedir. Bu kapsamda hukuk devleti anlayışı belli

¹⁰ ÖZENÇ, s. 171

¹¹ AYM, E.1963/124, K.1963/243, 11/10/1963

¹² Örneğin bakınız: AYM, E.2016/136, K.2017/9, 18/01/2017, § 5

bir yerde uygulanmakta olan devlet sistemine verilmiş ad değil teorik olarak ortaya konmuş ve idealize edilmiş bir yönetim anlayışıdır¹³.

Hukuk devleti kavramı esasen Alman hukukunda ortaya çıkmış özgün bir kavramdır¹⁴. Türkçeye Almanca *Rechtsstaat* kelimesinin çevirisi olarak girmiştir. Bu kavramın Anglosakson hukuk sistemlerinde “*state of law*” veya “*legal state*” benzeri yaygın kabul gören direkt bir karşılığı bulunmamaktadır ancak Anglosakson hukuk sistemlerinde içerik itibarıyla benzer olan ve esasen hukukun egemenliği anlamına gelse de kabul görmüş yanlış bir çeviri olarak hukukun üstünlüğü şeklinde kullanılan, Türkçedeki hukuk devleti teriminin İngilizce karşılığı olarak kabul görebilecek *rule of law* kavramı bulunmaktadır. Bu kavramların ortaya çıktığı ülkelerin hukuk düzenlerinde ve o düzenleri takip eden ekollerde hukuk devleti anlayışlarında farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu farklılıkların nedeni ilgili devletlerin tarihsel süreçte yaşadıkları toplumsal ve siyasal deneyimlerdir.

Türk hukukunda hukuk devleti kavramı esasen *Rechtsstaat* ile bağlantılıdır. Bununla birlikte hukuk devletinin çağdaş anlamını kavramak ve özgürlükler hukukundaki yerini anlamak için *Rechtsstaat* ve *rule of law* kavramlarının tarihsel ve felsefi arka planları ile benzerlik ve farklarını görmek yararlı olacaktır.

II. RECHTSSTAAT VE RULE OF LAW

Rechtsstaat ve *rule of law* kavramları farklı anayasal koşullar altından gelişmişler ve farklı düşünce ekollerinden etkilenmişlerdir. Bunlar sırasıyla Alman ve Anglosakson ekolleridir. *Rechtsstaat* kavramı motamot olarak hukuk (*Recht*) ve devlet (*Staat*) kelimelerinden oluşmaktadır. *Rule of law* ise esasen hukukun egemenliği/üstünlüğü anlamına gelse de bu kavramlar pek çok kez birbirlerinin eşdeğeri olarak kullanılmaktadır. Bu durum bu kavramların her açıdan aynı olduğu anlamına gelmez. Bu iki kavramın arka planlarını anlamak yalnızca Türk hukukunda değil genel olarak batı hukuklarında hukuk devleti kavramına verilen anlamı kavramak açısından faydalı olacaktır.

Teknik olarak *rule of law* anlayışı Anglosakson hukuku temeline dayanmaktadır ve temelinde özgür birey vardır. *Rechtsstaat* kavramı ise daha çok devletin doğasına odaklanır. *Rule of law* Anglosakson hukuk sistemin-

¹³ ÇİN Selim, Demokratik Hukuk Devleti ve Siyasal İktidarların Aykırı Uygulamaları, Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 28

¹⁴ SANCAR Mithat, **Devlet Aklı Kışkırcısında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 32

deki Ortak Hukuk'un (*Common Law*) bir eseri olarak mahkeme salonlarından ortaya çıkmışken *Rechtsstaat*, Alman kamu hukuku doktrini içerisinde 18 ve özellikle 19. yüzyılda şekillenmiştir ve dolayısıyla kaynağını kamu hukukunun teorik zemininden alır. Yürütmenin sınırsız gücünü temsil eden mutlakiyetçi devlete karşı *Rechtsstaat* anlayışında korumanın yasama gücü tarafından sağlanması öngörülürken *rule of law* anlayışında bu korumayı esasen mahkemeler sağlayacaktır. *Rule of law* anlayışında haklar hukuka öncülük eder ve hukuk devleti bireyi devlete karşı koruyan bir yapı sunar-ken, *Rechtsstaat* anlayışında devlet, hukuka tabi olarak rasyonel bir örgütlenme biçimiyle kendi sınırlarını belirler, hakları tanımlar ve korur¹⁵.

A. *Rechtsstaat* (Hukuk Devleti)

Rechtsstaat, Almanya'da on dokuzuncu yüzyıl devlet mutlakiyetçiliği ortamında şekillenmiştir. Mutlakiyetçi devlet baskı gücüyle donatılmıştır ve burada devlete tartışılmaz bir mutlak güç konumu verilmektedir. Bu nedenle *Rechtsstaat* kontrolsüz devlet gücüne karşı bir çözüm olarak gelişmiştir. Bu kavram, liberal burjuvazinin talebi olarak doğmuştur ve aydınlanmacı devlet felsefesinin Almanya'daki yansımaları ve Alman burjuvazisinin ideolojisini temsil etmektedir¹⁶. Dolayısıyla bu kavramın temelinde liberalizm ile otoriterlik arasındaki güç çekişmesi olduğunu söylemek olanaklıdır.

Rechtsstaat, liberalist devlet teorisinden ortaya çıkmıştır ve Kant felsefesinden güçlü bir şekilde etkilenmiştir. Bu nedenle kavramın temelinde devletin ilahi değil insan yapımı olduğu, akıl ilkelerine dayandığı, insanların ve mülkiyetin özgürlüğüne ve güvenliğine zarar vermeden ortak refaha hizmet etmesi gerektiği anlayışı yatmaktadır¹⁷. Nitekim akıllı temel olarak özgürlüğü merkeze yerleştiren ve yalnızca doğal hukuku gerçek hukuk olarak kabul eden Kant'ın düşünce sistemi liberal *Rechtsstaat* anlayışının öncüsü olmuştur¹⁸.

¹⁵ ÖZENÇ Berke, "Türkiye Cumhuriyeti'nin Temel Bir Niteliği Olarak Hukuk Devleti", **Cumhuriyet'in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, (ed. Sultan Tahmazoğlu Üzertürk / Fatmagül Yazıcı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 359

¹⁶ SANCAR, s. 32-34

¹⁷ MARSCH Nikolaus, "Rule of Law and Rechtsstaat: The German Perspective", **The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU - Towards an EU Copenhagen Mechanism**, (der. Sergio Carrera / Elspeth Guild / Nicholas Hernanz), Centre for European Policy Studies, 2013, s. 66-67

¹⁸ KULAKSIZOĞLU MERCAN Nergis, *Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri*, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 106

Weimar Cumhuriyeti'nin önde gelen anayasa hukukçularından Richard Thoma'ya göre *Rechtsstaat* kavramı beş fıkirden oluşmaktadır¹⁹: (i) hukukun (kanunun) gücünün her şeye yetmesi, (ii) idarenin, bireylerin özgür inisiyatifini öngören yasalara tabi kılınması, (iii) bireyin özgürlüğüne yönelik her haksız müdahale için bir mahkeme tarafından, çoğunlukla da bir idare mahkemesi tarafından sağlanan yasal bir çözüm yolunun varlığı, (iv) yasaların ön yargılı biçimde uygulanmasına karşı garanti ve (v) sistemli bir kamu hukuku düzeninin oluşturulması.

Rechtsstaat doktrininde sınırlı sayıda olmaksızın şu kavramların bu doktrin ile ilişkili olduğu belirtilmektedir²⁰: (i) devlet gücünün yasama, yürütme ve yargı olarak ayrılması ve farklılaştırılması, (ii) yasallık ilkesi ki bu halkın temsilcilerinin yasaları oluşturmasını, yasaların genel nitelikte olmasını ve yasama organının da yürürlükten kaldırılınca ya da değiştirilinceye kadar yasa ile bağlı olmasını gerektirir, (iii) yargı da dahil olmak üzere devlet erklerinin eylemlerinin yasaya dayanması ve yetkinin yasa hükümlerine göre kullanılması, (iv) hukuki kesinliği sağlamak için devlet eylemlerinin öngörülebilir olması, dolayısıyla geriye dönük mevzuat oluşturmanın yasak olması, (v) devlet gücünün aşırılığının yasaklanması ki bu devletin eyleminin takip edilen amaçla orantılı olmasını gerektirir, (vi) temel hakların korunması için bağımsız yargının olması, (vii) güven ilkesi, yani *Rechtsstaat* fikrine dayalı hukuk sistemine aşılanmış güven ki bu hukuki kesinlik ve devlet eylemlerinin öngörülebilirliği ile ilgilidir.

Rechtsstaat anlayışında hukuk çerçevesinde oluşturulan yasaların idare üzerindeki üstünlüğü ile idarenin hukuka aykırı hareket etmesinin önüne geçilmek istenmekte, devletin hareket alanı hukukla sınırlandırılmakta ve idarenin kendi keyfi iradesi ile yönetilenlere yükümlülükler yüklemesinin önüne geçilmesi hedeflenmektedir²¹. *Rechtsstaat* kavramı başlangıçta 18 ve 19. yüzyıl Alman hukukunda ortaya çıktığında, biçimsel yasallık üzerinden tanımlanmıştır. Bu ilk evrede amacı, keyfi iktidar kullanımını sınırlamak ve devletin kendi koyduğu hukuka uymasını sağlamaktı. Ancak zamanla, özellikle 20. yüzyılda yaşanan tarihsel deneyimlerle birlikte, *Rechtsstaat* anlayışında maddi hukuk devleti anlayışı gelişmiş ve yalnızca hukuk kurallarının

¹⁹ BLAAU Loammi C., "The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights", *The South African Law Journal*, Y. 1990, S. 107, s. 79-80'den alınmıştır.

²⁰ BLAAU, s. 81-82

²¹ ÇİN, s. 37

varlığı değil, bu kuralların adalet ve insan haklarına uygunluğu da aranır hale gelmiştir. Bu kapsamda *Rechtsstaat* anlayışı yasallık ve kuvvetler ayrılığı gibi hukukun biçimsel yönü ile insan onuru ve insan haklarının yargısal denetim aracılığıyla korunması gibi maddi yönünü kapsayan normatif bir bütündür²².

B. Rule of Law (Hukukun Üstünlüğü)

Rule of law kavramı Anglosakson hukuku kökenli bir kavramdır. Birleşik Krallık'ın kodifiye edilmiş bir anayasası yoktur bir başka deyişle anayasal temellerini tek bir belgede bulmak olanaklı değildir. Birleşik Krallık hukukunda anayasal değerdeki içeriğin büyük bir kısmı yasalar ve karara bağlanmış davalarda (*Common Law*-Ortak Hukuk) bulunabilir. Bu kapsamda *rule of law* herhangi bir anayasal ya da yasal belgede tanımlanmamıştır ve sabit bir kuraldan çok bir ilkedir²³. İçeriğinde pek çok belirsizlik barındıran bu ilke sınırsız özgürlük ile sınırsız devlet otoritesi arasında bir denge bulmaya çalışır²⁴.

Rule of law kavramının kökeninin teorik olarak yüzyıllarca önceye 1215 tarihli Magna Carta ya da 1689 tarihli İngiliz Haklar Bildirgesine dayandığı kabul edilebilirse de bu kavramın modern hukuktaki karşılığını İngiliz hukukçu Dicey 1885 tarihli Anayasa Hukuku Çalışmasına Giriş adlı kitabında açıklamıştır²⁵. Dicey yazılı olmayan İngiliz Anayasasının doğasında iki ilkenin olduğunu, bunlardan ilkinin parlamentonun egemenliği veya üstünlüğü ikincisinin ilk ilkeyi yumuşatan *rule of law* olduğunu söylemiştir. Dicey, *rule of law*'un devletin birey üzerindeki teorik olarak sınırsız gücünün -nihai kontrolü olmasa da- kısıtlanması olduğunu, *rule of law* ilkesinin yıllar içinde var olan Ortak Hukuk'un bir sonucu olduğunu ve dolayısıyla herhangi bir yazılı anayasada kanunlaştırılmasının gerekli olmadığını söylemiştir.

²² KULAKSIZOĞLU MERCAN, s. 115

²³ JOWELL Jeffrey, "Rule of Law, Human Rights and Democracy in the United Kingdom", **The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU - Towards an EU Copenhagen Mechanism**, (der. Sergio Carrera / Elspeth Guild / Nicholas Hernanz), Centre for European Policy Studies, 2013, s. 62-64

²⁴ BEKTAŞ Sezercan, "Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Avrupa Birliği (Ulus-Üstü) Hukukuna Aktarımı ve İlkenin Normatif Muhteviyatının Tespiti Sorunu", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 842

²⁵ DICEY Albert Venn, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, Liberty Classics, London, 1982, s. 107-122. Dicey'in yaklaşımının başarılı bir özeti için ayrıca bakınız: Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session 25-26 March 2011, Study No. 512 / 2009, s. 3-5

Dicey'e göre *rule of law*'un üç temel özelliği vardır: (i) insanların eylem ve işlemlerini yönlendirecek ve geriye dönük olarak cezalandırılmalarına izin vermeyecek şekilde kesin ve ileriye dönük bir yasa ihlali dışında hiç kimse cezalandırılmamalıdır, (ii) hiç kimsenin hukukun üstünde olmaması ve tüm sınıfların eşit şekilde hukuka tabi olması gerekmektedir, (iii) *rule of law* herhangi bir yazılı anayasadan değil, Ortak Hukuk'tan kaynaklanmalıdır. Dicey'in ifade ettiği bu üçüncü özelliğin hukuk devleti ilkesini yazılı anayasalarında/hukuklarında kabul eden ve Ortak Hukuk sistemini kabul etmeyen ülkelerin varlığı ile düşünüldüğünde günümüzde geçerli olduğunu söylemek olanaklı değildir.

Modern devletin idari mekanizmaları henüz oluşmadan önce Anglosakson hukukunda özellikle İngiltere'de *rule of law* ilkesi kökleştiğinden Kıta Avrupası'ndan farklı olarak, burada hukuk yoluyla denetlenmesi gereken güçlü bir idari aygıt oluşmamıştır. Dolayısıyla merkezileşme süreci hukuk yoluyla gerçekleştirilmiş ve bu durum *rule of law* anlayışını pekiştirmiştir. Yargının merkezileşmesini de içeren bu süreç, hukuku meşruiyetin temel eksenine getirmiş ve *rule of law* anlayışına önemli bir katkı sağlamıştır²⁶.

C. Kavramların Aynılığı Sorunu

Hukuk devleti (*Rechtsstaat*) ve hukukun üstünlüğü (*rule of law*) kavramları Türkçeye çeviri yoluyla pek çok hukuki kavram gibi Avrupa hukuk sistemlerinden geçmiştir. Anayasa dahil hukuk metinlerinde kural olarak hukukun üstünlüğü değil hukuk devleti kavramının kullanılması temel nedeni hukuk devleti kavramının Türk hukukuna iktibas edildiği kıta Avrupası hukuk sistemi üzerinden gelmesidir. Bu iki kavram arasındaki fark da esasen içerikte değil tarihsel ve felsefi olarak geliştikleri Alman ve Anglosakson hukuk sistemleri arasındaki yaklaşım farkından kaynaklanmaktadır.

Hukuk devleti kavramı için var olan bir alt başlıkta ayrıntılı görülecek biçimsel ve maddi bileşenlerin tümü hukukun üstünlüğünün de bileşenlerini oluşturmaktadır. Dolayısıyla gelişim süreçlerindeki teknik farklılıklar haricinde bu iki kavram arasında özde bir farklılık olmadığı söylenebilir. Nitekim bu iki kavram arasında hiyerarşik bir durum da söz konusu değildir²⁷. Bir başka anlatımla

²⁶ KULAKSIZOĞLU MERCAN, s. 103-105

²⁷ ŞİRİN Tolga, "Hukukun Üstünlüğü" (Rule of Law) ve "Hukuk Devleti" (Rechtsstaat): Aralarında Fark Var mı?", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 696

hukuk devleti değil hukukun üstünlüğü kavramını kullanan bir hukuk sisteminde devlet otoritesi kişilerin özgürlükleri lehine daha etkili ve gerçekçi bir biçimde sınırlandırılabilmiş ise bu ülke, mevzuatında hukuk devleti ilkesine sahip kıta Avrupası hukuk sisteminin parçası olan bir ülkenin durumundan hukuk devleti ilkesinin varlığı açısından daha güçlü bir pozisyonadadır.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları arasındaki en belirgin fark hukuk devleti için bir devletin varlığının ön koşul olması, bu kavramın ancak devlet ile varlığını sürdürebilmesidir. Hukukun üstünlüğü kavramı ise yalnızca egemen ulus-devletlerde değil; Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyi gibi, klasik anlamda devlet yapısının bulunmadığı ya da devletleri aşan uluslar üstü yapılarda da ulaşılması istenen ideali tanımlamak için kullanılabilmektedir²⁸.

Bunların ışığında hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü doğuşları itibariyle farklı kavramlardır ancak zaman içindeki gelişimleri yukarıda izah edildiği üzere giderek daha fazla ortak yana sahip olmalarına neden olmuştur denilebilir. Bu kapsamda her ne kadar *Rechtsstaat* yazılı hukuk kültürünün bir ürünü olarak mutlak güç kullanan devletin gücünün sınırlandırılması amacıyla ve *rule of law* Ortak Hukuk anlayışının bir ürünü olarak mahkeme kararları yoluyla özgür olan bireyin temel haklarının korunmasına hizmet etmek amacıyla ortaya çıksa da bir devletin hukuk devleti olabilmesi için varlığı aranan aşağıda açıklanacak biçimsel ve maddi bileşenlerin her iki anlayışta da aynı olduğunu bu bağlamda bu kavramların modern versiyonlarının büyük ölçüde örtüştüğünü söylemek olanaklıdır. Bu nedenle hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramlarının öz olarak aynı anlama geldiği söylenebilir.

Temel insan hakları eksenine dayanarak biçimsel ve maddi hukuk devleti yaklaşımını sentezleyerek *rule of law* kavramı ile bütünleşik bir model oluşturan hukuk devleti (*Rechtsstaat*) günümüzde kendini modern hukuk düzenleri içerisinde rakipsiz bir yerde konumlandırır. Chevallier, hukuk devletinin hegemonyası olarak adlandırdığı bu rakipsizliğin dayatma ve homojenleştirme sürecinden kaynaklandığı belirtir. Ona göre hukuk devleti bir yandan kendinden bir değer olarak kendini dayatırken diğer yandan *rule of law* ile bütünleşip rakiplerini eleyerek siyasal meşruluğu yöneten normatif bir zorunluluk olarak görülmektedir²⁹.

²⁸ ŞİRİN, s. 696

²⁹ CHEVALLIER Jacques, **Hukuk Devleti**, (çev. Ertuğrul Cenk Gürçan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 118

III. HUKUK DEVLETİNİN BİÇİMSEL VE MADDİ BİLEŞENLERİ

Hukuk devleti, devletteki her şeyin hukukun sınırları içinde gerçekleştirilmesi iddiası ile var olur ve modern siyasi iktidarlar için bu kavram bir meşrulaşma aracıdır. Hukuk devleti kavramının geleneksel olarak biçimsel (*formal*) ve/veya maddi (*substantive*) bileşenlerden oluştuğu kabul edilir. Başlangıcından itibaren farklı hukuk devleti anlayışları ortaya konmuştur. Buna göre ilk olarak hukuk devleti, yalnızca hukuki kurallar çerçevesinde işleyen bir yapı olarak, yani biçimsel hukuk devleti şeklinde tanımlanmış; sonra ise hukukun yalnızca varlığıyla yetinmeyen, onun adalet ve insan hakları gibi içkin niteliklerini de taşıyan bir model olarak, yani maddi hukuk devleti anlayışıyla ortaya konmuştur.

Biçimsel hukuk devleti anlayışı, hukuk devletini esasen hukuki prosedürlerin varlığına ve devlet iktidarının önceden belirlenmiş kurallara uygun şekilde kullanılması gereğine indirger. Bu yaklaşımda hukukun biçimi, içeriğinden bağımsız olarak önceliklidir. Biçimsel hukuk devleti anlayışının önde gelen iki kuramcısı Raz ve Hayek'tir.

Raz, hukuk devletinin (*rule of law*) ahlaki olarak iyi bir yönetim biçimiyle özdeşleştirilmemesi gerektiğini savunur. Ona göre hukuk devleti, iyi ya da kötü herhangi bir hukuk sisteminin sahip olabileceği bir “erdem”dir (*virtue*), ama bu erdemin varlığı, sistemin adil olduğunu göstermez. Raz’a göre, biçimsel hukuk devletinin ilkeleri “hukukun üstünlüğünün taşıdığı erdemlerdir”, ancak hukukun içeriği adil olmasa da bu biçimsel ilkeler sağlanabilir. Bu anlayış, hukuk devletinin işlevini devletin iktidarını hukuk aracılığıyla sınırlandırmak ve bireylerin davranışlarını öngörülebilir kılmak olarak tanımlar. Raz’ın yaklaşımı, hukukun içeriksel adaletine değil, sadece hukuki normların yapısal ve usuli niteliklerine odaklanır³⁰.

Hayek’e göre ise hukuk devleti (*rule of law*), bireysel özgürlüğün teminatıdır ve bu ilke yalnızca biçimsel bir hukuk devleti anlayışıyla sürdürülebilir. O, devletin müdahaleci sosyal politikalarının, bireysel özgürlükleri tehdit ettiğini ve bu nedenle hukukun, birey karşısında devlete sınırlar çizmesi gerektiğini savunur. Hayek, özellikle refah devleti uygulamalarını, hukuk devleti ilkesinin içeriğini zorladığı gerekçesiyle eleştirir. Ona göre, biçimsel hukuk devleti özgürlük için yeterlidir; sosyal adalet gibi maddi

³⁰ RAZ Joseph, “The Rule of Law and Its Virtue”, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 210-229

içerikler hukukun alanı dışındadır. Hayek de hukukun içeriğine değil, uygulanma biçimine odaklanarak, biçimsel hukuk devleti modelini savunur³¹.

Maddi hukuk devleti anlayışı ise hukukun sadece biçimsel değil, aynı zamanda değer taşıyan bir yapı olduğunu vurgular. Bu anlayış, pozitif hukukun ötesine geçerek, insan hakları, insan onuru, adalet ve eşitlik gibi değerleri hukukiliğin vazgeçilmez unsuru sayar. Bu anlayışın önde gelen bir kuramcısı Dworkin'dir. Dworkin, hukuk devleti ilkesini savunurken hukuku yalnızca kural uygulaması olarak değil, aynı zamanda ahlaki bir yorum pratiği olarak konumlandırır. Ona göre, bir hukuk düzeni, ancak: (i) bireysel haklara öncelik veriyorsa, (ii) yasaları ahlaki değerlere göre yorumluyorsa, (iii) adil sonuçlar üretmeyi hedefliyorsa gerçek anlamda bir hukuk devleti olabilir. Dworkin'in en çok bilinen yaklaşımı, hakları "trump" yani üstün değerli koz kartları olarak görmesidir. Bu, birey haklarının çoğunluk iradesinin üzerinde olduğunu ifade eder. Ona göre bir anayasa, bireyin temel haklarını çiğneyen çoğunluk yasasına direnme zemini sunmalıdır³².

Literatürdeki bu görüşlerin ışığında, bizce, hukuk düzenlerinin sürdürülebilirliği ve meşruiyeti, yalnızca biçimsel veya yalnızca maddi hukuk devleti ilkelerine dayalı yaklaşımlarla değil, bu iki paradigmanın bütünleyici ve dengeli bir senteziyle olanaklı hale gelmektedir. Biçimsel hukuk devleti anlayışı, hukuki güvenliğin, öngörülebilirliğin ve idarenin keyfiliğe karşı sınırlandırılmasının vazgeçilmez araçlarını sunarken; maddi hukuk devleti anlayışı, hukukun yalnızca araçsal değil, aynı zamanda ahlaki ve insani değerlerle uyumlu bir düzen olması gerektiğini ortaya koyar. Bu nedenle, bireyin temel haklarını korumayı amaçlayan, devletin keyfi müdahalesini önleyen ve aynı zamanda hukuk normlarının insan hakları, adalet, insan onuru ve eşitlik ilkeleriyle bağını kuran bir sistem, ideal hukuk devleti modelini yansıtır. Nitekim biçimsel hukuk devleti güvenceleri ile maddi hukuk devleti değerlerinin karşıt değil, tamamlayıcı olduğu yönündeki anlayış, çağdaş demokratik sistemler için en uygun ve dengeli yoldur. Bir başka deyişle ancak bu iki yaklaşımın melezlenmesiyle hukuk devletinin keyfiliği ve haksızlığı engelleyen, bireylerin özgürlüklerini güvence altına alan bir dizi hu-

³¹ HAYEK Friedrich A., **The Road to Serfdom**, University of Chicago Press, Chicago, 1944, s. 56-88; HAYEK Friedrich A., **The Constitution of Liberty**, University of Chicago Press, Chicago, 1978, s. 162-175, 193-204, 220-233

³² DWORKIN Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1977, s. xi-xv, 105-130, 184-205; DWORKIN Ronald, **Law's Empire**, Harvard University Press, Cambridge, 1986, s. 176-224, 225-275

kuki güvence, kurum ve mekanizmanın bir araya gelmesiyle oluştuğu söylenebilir.

Hukuk devleti anlayışı kendini gerçekleştirebilmek için biçimsel ve maddi bileşenlerini kullanacaktır. Bu biçimsel ve maddi bileşenler esasen, hukuk devletinin birtakım standartlar ve kurallar belirleyerek devletin/iktidarın/idarenin gücünün sınırlandırılması ve böylelikle keyfilikten uzaklaşarak bireylerin özgürlüklerinin korunabilmesinin bir başka deyişle hukuk devletinin klasik güvencelerinin yerine getirilmesinin yoludur. Böylelikle hukuk devleti anlayışı soyut ve teorik olmaktan çıkarak uygulanabilir ve etkili bir kisveye bürünebilir.

A. Biçimsel Bileşen

Hukuk devleti modern demokratik toplumların temel bir özelliğini ifade etmek için yaygın şekilde kullanılsa da esasen muğlak ve çok farklı yorum ve anlamlara açık bir kavramdır. Bu nedenle hukuk devletinin biçimsel boyutu kavramın somutlaşmasına hizmet ederek hukuk devletinin işleyişi için gereken temel kurumları ve ilkeleri oluşturur. Bununla birlikte kendine özgü biçimsel özelliklere sahip ancak neyi düzenleyebileceği konusunda maddi sınırlamaları olmayan bir devletin hukuk devleti vasfı taşıyamayacağına ilişkin yukarıda izah edilen ciddi eleştiriler dikkate alınarak biçimsel bileşenlerin hukuk devleti konseptinin ancak bir yarısını oluşturabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Hukuk devleti için yapılan tanımlardan ve Raz, Hayek ve Dicey gibi düşünürlerin görüşleri ile ulusal anayasal düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası belgelerden hareketle değerlendirildiğinde; hukuk devletinde alenen ilan edilen, eşit şekilde uygulanan, bağımsız mahkemelerce hükme bağlanan ve uluslararası insan hakları ilkeleriyle uyumlu olan yasaların tüm kişi, kurum ve kuruluşları bağlaması esas olduğundan hukuk devletinin biçimsel araçlarının esasen bu ideali sağlamaya yönelik olarak (i) hukukilik (legalite), (ii) hukuki belirlilik, (iii) yetkilerin kötüye kullanılmasının önlenmesi, (iv) kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, (v) kuvvetler ayrılığı, (vi) yargı bağımsızlığı olduğu söylenebilir.

Hukuk devletinin biçimsel bileşenlerini oluşturan aşağıda kısaca incelenecek olan bu hukuki ilke ve kurallar sınırlı sayıda değildir ve zamanla gelişerek dönüşen hukuk devleti anlayışı için yol gösterici olarak görülmelidir.

1. Hukukilik

Hukukilik, hukukun bir genel ilkesi olarak öncelikle hukuka uyulması gerekliliğini ifade eder. Bu gereklilik yalnızca bireyler için değil hatta bireylerden daha önce kamu otoriteleri için geçerlidir. Bir başka deyişle hukukilik kamu otoritesini kullanan kişi ya da kurumların hareket etmek için hukuktan kaynaklanan bir yetkiye ihtiyaç duymaları ve yalnızca kendilerine verilen yetki dahilinde hareket etmelerini gerektirir. Bu kapsamda kullanılan hukuk terimi yalnızca yasaları değil tüm mevzuatı ve uygulanabildiği ölçüde mahkeme içtihatlarını içerir. Ayrıca uluslararası hukukun gelişimi ile değerlendirildiğinde ve devletlerin ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine bağlılıkları gözetildiğinde uluslararası sözleşmeler ve bunlar etrafında şekillenen içtihatlar da bu kapsamda hukukun bir parçasıdır. Öz olarak hukukiliğin keyfiliği önlemeyi amaçlayan hukuka bağlılık olduğu söylenebilir.

2. Hukuki Belirlilik

Hukuki belirlilik yasal düzenlemelerin bireyler ve idare açısından şüpheye yer vermeyecek biçimde açık, net ve belirli olması anlamına gelmektedir. Belirlilik, hukuki güvenliğin sağlanması açısından zorunludur ve yargı sistemine güven duyulması için de elzemdir. Venedik Komisyonu, 106. Genel Oturumunda kabul edilen *Rule of Law Checklist* metninde hukuki belirlilik ilkesini sekiz alt başlıkta incelenmiştir³³. Bu başlıklar hukuki belirliliğin anlamını ifade etmekte başarılıdır. Bu başlıklar şöyledir: (i) tüm yasama işlemlerinin yürürlüğe girmeden önce ücretsiz ve kolay erişilebilir biçimde yayımlanması yoluyla yasalara erişimin sağlanması, (ii) kişi haklarının korunması gibi birtakım amaçlar için sınırlanabilse de mahkeme kararlarına/içtihatlarına erişimin sağlanması, (iii) bireylerin davranışlarını düzenleyebilmesine olanak tanıyacak şekilde yeterli netlikte formüle edilmiş kanunların varlığını gerektiren kanunların öngörülebilirliği, (iv) hukukun istikrarlı ve tutarlı olması ki bu değişen hukuk hakkında kamunun farkındalığının sağlanmasını gerektirir, (v) meşru beklenti doktrininin uygun düştüğü hallerde uygulanabilmesi ki ulusal hukuklardan çıkan bu doktrin hukuk temeline iyi niyetli kişilerin meşru beklentilerinin boşa çıkarılmaması anlamına gelir, (vi) ceza yasalarında geçmişe dönük işlem yasağının olması, (vii) kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi [*nullum crimen sine lege nulla poena sine*

³³ Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission of the Council of Europe at its 106th Plenary Session 11-12 March 2016, Study No: 711/2013, s. 15-17

lege], (viii) *res judicata* ilkesine saygı ki bu ilke mahkemeler tarafından verilen kesin kararlara uyulmasını gerektirir.

Hukuki belirlilik, hukuk kurallarının muğlak veya belirsiz olmamasını, her bireyin hukuki durumunu, haklarını ve sorumluluklarını bilerek hareket etmesini olanaklı kılar. Bu ilke, bir hukuk devletinde yönetimin keyfi uygulamalarına engel olur ve bireylerin davranışlarını planlamaları ve bilinçli kararlar almaları için bir temel sağlar. Nitekim şeffaf, belirli ve öngörülebilir bir yasal çerçeve istikrarlı bir hukuk alanı yaratarak kişilerin eylemlerinin yasal sonuçlarını anlayabilmeleri ve tahmin edebilmeleri sonucu doğuracaktır.

3. Keyfilik Yasağı

Kamu otoritelerinin yetkilerini kötüye kullanmasının önlenmesi bir başka deyişle keyfilik yasağı hukuk devletinin bir diğer olmazsa olmazıdır. Kamu otoritelerinin karar alırken ve bazı görevlerini yerine getirirken belirli bir takdir marjı olduğu hukukun doğası gereği kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu takdir yetkisinin keyfi biçimde uygulanamayacağı, baskıcı ve makul olmayan uygulamaların meşrulaştırma aracı olamayacağı kesindir. Bu kapsamda mahkemelerin bir görevi de esasen mutlak, sınırsız bir güce sahip olmaması gerekli iktidarların eylemlerini bireyler lehine sınırlandırarak takdir yetkisini hukuk dahilinde tutmak ve keyfiliği önlemektir. Bu suretle devletin yasama ve yürütme dahil tüm organlarının hukuk yoluyla sınırlandırılması ile hukuk devletinin anlamı ve işlevi ortaya çıkacaktır.

Keyfilik kararların nesnel, açık ve öngörülebilir yasal standartlar yerine kişisel takdir, önyargı yahut kaprislere dayandığı zaman ortaya çıkacaktır. Keyfilik hukuk devleti ilkesini baltalayan en büyük engellerden biridir ve keyfiliğin önlenmesi tüm kararların önceden belirlenmiş olan usuller çerçevesinde yasalar dahilinde alınmasını olanaklı kılarak bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasına yardımcı olacaktır.

4. Kanun Önünde Eşitlik

Kanun önünde eşitlik, hukuk devletinin en temel ve tarihsel olarak kökleşmiş biçimsel unsurlarından biridir. Bu ilke, her bireyin, sosyal statüsü, cinsiyeti, etnik kökeni, dili, dini, siyasi görüşü ya da ekonomik durumu ne olursa olsun, hukuk normları karşısında aynı statüye sahip olduğunu ve devletin hukuk uygulamalarında ayrımcılık yapmaması gerektiğini ifade eder. Bir başka deyişle kanun önünde eşitlik yasaların herkese eşit ve tutarlı biçimde uygulanmasını gerektirir. Hukuk devleti anlayışında bu ilke, öncelikle

yasaların genel, soyut ve herkese eşit uygulanabilir nitelikte olması gerektiği şeklinde yorumlanır. Buna göre eşitlik ilkesi hukuk kurallarının genel olmasını ve kişilere eşit davranılmasını gerektirir. Bu bağlamda kanun önünde eşitlik, hem yasal düzenlemelerin içeriksel ayrımcılık taşıyamaması, hem de uygulamanın tarafsız ve ayırım gözetmeksizin yürütülmesi anlamına gelir. Dolayısıyla eşitlik yalnızca şekli bir kriter olmayıp kişilere eşit davranışı zorunlu kılar. Bunun sağlanması için ise eşitlik ilkesi bazen farklı konumdaki veya dezavantajlı kişilere yönelik farklı davranışlara müsamaha gösterilmesini hatta bazen farklı davranışın zorunlu olmasını gerekli görür.

Ayrımcılık yasağı ise eşitlik ilkesini güvence altına alan ve bu ilkenin belirli ayrımcılık temellerinde sunulmasını veya sunulmamasını yasaklayan temel bir ilke olarak kabul edilmektedir³⁴. Bu kapsamda bir hukuk devletinde yasalar çerçevesinde her türlü ayrımcı muamele yasaktır ve tüm kişiler ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılığa karşı eşit ve etkili bir şekilde korunmalıdır.

Hukuk devleti, keyfiliği dışlayan ve herkese eşit hukuki güvenlik sağlayan bir düzendir. Nitekim devlet, ancak tüm bireyleri aynı hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirdiği ölçüde hukuk devletine bağlı kalabilir. Bu da kanun önünde eşitliği, yalnızca bir bileşen değil, hukuk devletinin iç tutarlılığı için vazgeçilmez bir unsur haline getirir. Bu nedenle kanun önünde eşitliğin hukuk devleti ilkesinin bir bileşeni olduğu kadar bu iki kavramın birbirini tamamlayan nitelikte olduğunu dolayısıyla bu ilkenin hukuk devletinin hem içinde hem de yanında olduğunu söylemek olanaklıdır.

5. Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, bireylerin özgürlüklerini korumak ve tiranlığa karşı korunmak için devlet gücünün yasama, yürütme ve yargı temel organları arasında bölüşülmesini öngörür. Bir başka anlatımla kuvvetler ayrılığı, devletin başlıca kurumlarının işlevsel olarak bağımsız olması ve hiçbir bireyin ya da kurumun bu makamları (yasama, yürütme ve yargı) kapsayan yetkilere sahip olmaması gerektiği fikrini ifade eder. Bu ilke, devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç bağımsız ve birbirini denetleyen organ arasında paylaştırılmasını öngörerek, her bir kuvvetin hem ayrı bir

³⁴ KARAN Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 2015, C. 31, S. 1, s. 237

işlev üstlenmesini hem de diğer kuvvetler üzerinde dengeleyici bir rol oynamasını sağlar. Bu yapı, herhangi bir devlet organının mutlak güç sahibi olmasını engellemeyi ve böylece hukuki güvenlik ile bireysel özgürlüklerin korunmasını temin etmeyi amaçlar.

Kuvvetlerin birbirleri ile olan ilişkilerinin durumu, hükümet sistemlerini ortaya çıkarmaktadır. Buna göre başkanlık sistemlerinde daha katı bir kuvvetler ayrılığı ayrımı anayasal ilkedir. Bununla birlikte hangi hükümet sistemi ile yönetilirse yönetilsin bir hukuk devletinde kuvvetler ayrılığı doktrini ile iktidarın tek elde toplanarak mutlak hale dönüşmesinin engellenmesi asıldır. Kuvvetler ayrılığı bağlamında yasama ve yürütme ilişkileri açısından uygulanan hükümet sistemine bağlı olarak esas olan denge ve denetleme iken yargı kuvvetinin her halde yasama ve yürütmeden bağımsız olması asıldır. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan en temel yapısal mekanizmalardan biridir.

6. Bağımsız Yargı

Hukuk devletinde yargı bağımsız ve tarafsız olmalıdır. Nitekim hukukla yönetilen bir devlette yargının rolü asıldır ve yargı adaletin güvencesidir. Hukuk devleti, yargının bağımsızlığını temin eden bir yapıyı gerektirir. Bağımsızlık, yargının dış baskılardan uzak olması ve devletin diğer organları, özellikle de yürütme organı tarafından kontrol edilmemesi anlamına gelir. Bu gereklilik, kuvvetler ayrılığına ilişkin temel demokratik ilkenin de ayrılmaz bir parçasıdır. Yargıçlar siyasi etki veya manipülasyona maruz kalmamalıdır. Tarafsızlık ise, yargının davanın sonucuna ilişkin önyargılı olması hatta böyle görünmemesi bile anlamına gelir.

Bağımsız yargının varlığı için yargıçların nitelikleri, atanma ve terfi usulleri, tayin ve nakilleri, disiplin işleri, görevden alınma usulleri, görev süreleri ve özlük haklarını içeren bir dizi husus önem taşımaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 32 No.lu Genel Görüş'ünde³⁵ bir yargı organının yetkin, bağımsız ve tarafsız olması gerekliliğinin herhangi bir istisna öngörülme-yen mutlak bir hak olduğunu, bağımsızlık gerekliliğinin özellikle yargıçların atanmasında izlenen usuller ve aranan vasıflarla zorunlu emeklilik yaşına veya görev süresinin bitimine kadar görev güvencesiyle bu

³⁵ United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, paragraf 19

güvencelerin bulunduğu yerlerde de terfî, tayin, el çektirme ve görevden alma gibi işlemleri düzenleyen kurallarla ve yargının, yürütmenin ve yasanın politik müdahalelerinden fiilen bağımsız olmasıyla ilgili olduğunu beyan etmiştir.

Bağımsız yargı ilkesinin ve aynı zamanda hukuk devleti doktrininin temel unsurlarından biri, herkesin olağan hukuka ve olağan mahkemelere tabi olması bir başka deyişle kanuni hâkim güvencesidir. Bu güvence suçun işlenmesinden veya davanın doğmasından önce davayı görecektir yargı yerinin kanunla belirlenmiş olması anlamına gelmektedir. Bağımsız yargı ilkesinin varlığı için adil ve açık duruşmalar yapılmalı, davanın görülüp karara bağlanması için makul bir süre öngörülmeli ve yargı kararları etkin bir şekilde uygulanmalıdır.

B. Maddi Bileşen

Hukuk devletinin yalnızca biçimsel bir idealden ibaret olmadığına yönelik eleştiriler, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında yoğunlaşmış ve maddi hukuk devleti anlayışının doğmasına zemin hazırlamıştır. Bu anlayışa göre hukuk devleti tamamen biçimsel bir ideal değildir bir başka deyişle hukuk devleti ideali, hukukun yukarıda sayılan genellik, kesinlik, eşitlik, usulen adil biçimde uygulanma ve benzeri biçimsel gereklilikleri taşıması koşuluyla her halükârda ulaşılabilecek bir hedef değildir. Hukuk devletinin aynı zamanda esasa ilişkin yani biçimsel olmayan maddi bir boyutu da vardır. Bu maddi boyut hukuk devletinin yürürlükteki hukukun kuru bir üstünlüğü ile değil aynı zamanda belli bir içeriğiyle nitelenmesini ifade eder³⁶. Dolayısıyla maddi anlamda hukuk devleti, hukukun içeriğiyle ilgilidir ve bazı biçimsel ilkelerin varlığının yanı sıra hâkim kılınması gereken hukukun belli bir maddi içeriğe sahip olmasını gerekli görür.

Maddi hukuk devleti herhangi bir hukukun devleti değildir, temelinde değerler ve ilkeler bütünü yatan bir hukukun devletidir. Bu anlayışın kurucularından biri olan Radbruch, hukuk devleti kavramının sadece biçimsel değil, maddi değerlerle temellendirilmesi gerektiğini savunan güçlü bir teorik zemin oluşturmuştur. Radbruch'a göre, bir toplumda hukukun varlığı, sadece kanunların varlığına indirgenemez. Bir normun hukuk olarak tanınabilmesi için, belli bir asgari adalet standardını karşılaması gerekir. Şeklen yürürlükte olan bir yasa, eğer ağır bir adaletsizlik içeriyorsa, bu yasa hukuki

³⁶ SANCAR, s. 35

anlamda geçerliliğini yitirir. Bu yaklaşım, Radbruch Formülü olarak bilinir ve özetle şunu söyler: Normal koşullarda pozitif hukuk geçerlidir ve uygulanmalıdır. Ancak bir yasa, adaleti bilinçli şekilde inkâr ediyorsa veya temel insan haklarına ağır biçimde aykırıysa, bu yasa hukuk olarak kabul edilmez ve uygulanmamalıdır³⁷.

Maddi hukuk devleti, devletin sadece hukukla sınırlı olmasını değil, aynı zamanda hukukun içeriğinin de insan hakları, özgürlük ve adalet değerleriyle uyumlu olmasını talep eder. Hukukun meşruluğu sadece usulüne uygun yapılmış olmasına değil, içeriğinin evrensel değerlerle uyumuna bağlıdır. Özellikle insan onuru ve temel insan hakları, maddi hukuk devletinin merkezinde yer alır. Bu anlayışta devlet sadece prosedüre uymakla değil, aynı zamanda insan haklarını fiilen korumakla da yükümlüdür. Bu kapsamda öz olarak maddi hukuk devletinin, merkezinde insan hakları olan bir değerler bütünü olduğu söylenebilir.

Hukuk devletinin maddi bileşeni olduğunu kabul etmek esasen daha somut olan biçimsel yanına ek olarak bir değerler bütününün varlığı kabul etmek anlamına gelir. Bu durum herkesin kendi siyasi idealini hukuk devletinin maddi bileşeni olduğunu ileri sürerek kendi ideallerini ayrıcalıklı kılma çabalarına hukuk devletini aracı kılma riski taşımaktadır. Bu riski bertaraf etmek için hukuk devletinin maddi yanının merkezine insan hakları başta olmak üzere demokrasi ve insan onuru kavramlarının yerleştirilmesi devletin yönetiminde bireylerin ve toplumun refahının esas alındığı adil ve özgür bir sistemin kurulması sağlayacaktır. Biçimsel hukuk devletinin bileşenlerinin yanına maddi hukuk devletinin gerekleri de eklemlenerek oluşturulacak bir hukuk devleti anlayışı ise daha etkili ve güçlü olacaktır.

Bütüncül bir yaklaşımla hukuk devletinin biçimsel ve maddi bileşenlerini birbirinden ayırmak bizce doğru değildir. Nitekim devletin bütün faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasının güvence olarak görülebilmesi için hukukun içeriğinin de iyi olması, bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmeyecek niteliğe sahip olması gerekmektedir³⁸.

³⁷ RADBRUCH Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, (translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson), *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, Spring 2006, s. 6-8

³⁸ UYGUN Oktay, “Hukukun Üstünlüğü İlkesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022/Özel Sayı, C. XIX, s. 533

IV. HUKUK DEVLETİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninin giriş bölümünde *rule of law*'un Sözleşme'nin temelini oluşturan ilkelerden biri olduğu ve bu ilkenin Sözleşme'ye taraf devletlerin ortak mirası olduğu yazmaktadır. *Rule of law*, yukarıda izah edildiği üzere³⁹, hukukun egemenliği/üstünlüğü anlamına gelse de bu kavram günümüzde esasen hukuk devleti ile aynı anlamda kullanılmaktadır⁴⁰. Sözleşme'ye taraf 46 ülkenin her birinin farklı hukuk sistemlerinin olması ve her birinin kendi dillerinde *Rechtsstaat* veya *rule of law* kavramlarının içeriğiyle uyumlu terimler kullanılması, ortak dilin İngilizce ve Fransızca olduğu Sözleşme açısından ortak bir kavram kullanılmasını zorunlu kıldığından Sözleşme'nin kullandığı *rule of law* kavramının hukuk devleti doktrini kapsamında var olan ilkeleri kapsadığı ve böylelikle Sözleşme metninde kullanılan *rule of law* kavramının hukuk devleti anlamında kullanıldığını söylemek olanaklıdır.

Hukuk devleti insan hakları bağlamında Sözleşme kapsamında özellikle yasanın yürütme organına geniş takdir yetkisi tanıdığı hallerde dahi kamu otoritelerinin bireyin haklarına yönelik müdahalesinin etkili bir kontrole tabi olması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu kapsamda hukuk devleti ilkesi, demokrasi ve insan hakları ilkeleriyle birlikte Sözleşme düzeni kapsamında Avrupa Konseyi'nde ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında önemli bir rol oynamaktadır.

Hukuk devleti teriminin metninin içerisinde kullanılmasının ötesinde Sözleşme'de düzenlenen temel insan haklarının bir kısmı doğrudan doğruya hukuk devletinin biçimsel bileşenlerini oluşturmaktadır. Buna göre adil yargılanma hakkı ve bu hak kapsamında değerlendirilen bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı Sözleşme'nin 6. Maddesi'nde; kanunsuz ceza olmayacağına ve suçların geriye yürümezliğine ilişkin ilke Sözleşme'nin 7. Maddesi'nde; ayrımcılık yasağı Sözleşme'nin 14. Maddesi'nde düzenlenmiştir. Yanı sıra Sözleşme insan hakları ile temel özgürlüklerin korunmasını ve geliştirilmesini amaç edindiğinden bir bütün olarak Sözleşme'nin kendisi,

³⁹ Bakınız II numaralı başlık: *Rechtsstaat* ve *Rule of Law*

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi eski başkanı Linos-Alexandre Sicilianos'un, 28 Şubat 2020'de Karadağ'da yargı bağımsızlığı hakkında yaptığı ve Mahkeme'nin internet sitesinde de yayınlanan konuşmasında *rule of law*'un Almanca karşılığının *Rechtsstaat* olduğunu söylediği dikkate alındığında her ne kadar yargıç Sicilianos'un ifadesi Sözleşme'nin resmi bir yorumu anlamına gelmese ve Mahkeme'yi bağlamasa dahi *rule of law* ve *Rechtsstaat* kavramlarının hukuk devleti anlamında aynı olarak düşünüldüğüne dair iyi bir örnek kabul edilebilir. Konuşma metni için bakınız (erişim tarihi 15.01.2025): https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20200228_Sicilianos_Montenegro_ENG

hukukun içeriğiyle ilgili olan ve merkezinde insan hakları değerlerinin olduğu hukuk devletinin maddi yanının bir yansıması olarak görülebilir.

Sözleşme'nin giriş kısmında 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne açıkça atıfta bulunulduğundan Sözleşme'yi hazırlayanların Evrensel Beyanname'nin giriş bölümünde hukuk devleti ilkesine yapılan atıftan ilham aldıklarını varsaymak da olanaklıdır. Nitekim burada “insanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmak zorunda kalmaması için insan haklarının hukuk devleti (*rule of law*) ile korunmasının temel bir gereklilik olmasına” değinilmiştir.

Sözleşme yaşayan bir hukuk metni olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile şekillenmektedir. Hukuk devletinin hukuki belirlilik, keyfiliğin önlenmesi, kuvvetler ayrılığı gibi pek çok görünümü yine Sözleşme metninden ilhamla Mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulmuştur.⁴¹ Bu kapsamda açıkça metninde yazmasa dahi Sözleşme'nin hukuk devletinin pek çok aracını nüve olarak içinde sakladığını söylemek olanaklıdır.

Sözleşme hukuk devleti kavramına ilişkin pek çok unsuru içerisinde barındırmakla birlikte kavramın bir tanımını yapmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile Sözleşme'yi yorumlarken pek çok kararında hukuk devleti kavramına değinmiş, kavramın önemine ve Sözleşme için ayrılmaz bir parça olmasına vurgu yaparak ve unsurlarını açıklayarak hukuk devleti doktrininin teoride ve pratikte gelişmesine katkı sağlamıştır.

V. HUKUK DEVLETİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında *rule of law* kavramı önemli bir yer tutmaktadır. Bir üst başlıkta izah edildiği üzere Mahkeme'nin kullanımı bağlamında bu kavram esasen Almancadaki *Rechtsstaat* ve Türkçedeki hukuk devleti anlamında kullanıldığından Mahkeme kararlarındaki *rule of law* kavramının Türkçe karşılığı olarak hukukun egemenliği/üstünlüğü değil hukuk devleti kavramı kullanılacaktır.

A. Mahkeme İctihadında Hukuk Devletinin Yeri

Mahkeme hukuk devleti kavramını ilk olarak 1975 yılında verdiği *Golder* kararında⁴² kullanmıştır. Mahkeme burada hukuk devleti ilkesini Söz-

⁴¹ Örneğin The Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), no. 6583/74, § 49, 26 Nisan 1979; Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre [BD], no. 53600/20, § 457, 9 Nisan 2024

⁴² Golder/Birleşik Krallık, no. 4451/70, § 34, 21 Şubat 1975

leşme'yi yorumlayanlar için önemi olmayan az çok retorik bir referans olarak görmenin hata olacağını, Sözleşme'ye imza atan devletlerin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan bazı hakların kolektif olarak uygulanması için ilk adımları atmaya karar vermelerinin bir nedenin de hukuk devletine olan derin inançları olduğunu ve hukuk devleti ilkesinin Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ortak manevi mirasının özelliklerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme bu karardan sonra hukuk devleti ilkesini yol gösterici bir ilke olarak kabul ederek çeşitli kararlarında hukuk devletinin Sözleşme düzeni için önemini farklı açıklamalarla teyit etmiştir. Mahkeme, bu kapsamda hukuk devleti ilkesinin; tüm Sözleşme'nin ilham aldığı şey olduğunu⁴³, Sözleşme'nin tüm maddelerinde içkin (*inherent*) olduğunu⁴⁴; demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olduğunu⁴⁵; daha geniş bir kavram olan Avrupa kamu düzeni ile ilgili olduğunu⁴⁶; keyfi gücün önlenmesi ile Sözleşme'nin temelini oluşturan bir ilke olduğunu⁴⁷ belirtmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin Sözleşme'nin tüm maddelerine içkin olması, bir başka deyişle Sözleşme'nin tüm maddelerinin doğasında ve özünde bu ilkenin olması ilk olarak Sözleşme sisteminin etkinliğinin, faydasının ve temellerinin hukuk devletine saygıya dayandığı, ikinci olarak bu ilkenin Sözleşme'ye ilişkin tartışılabilir herhangi bir şikâyetin incelenmesinde metodolojik bir hareket noktası sağladığı ve üçüncü olarak bu ilkenin Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri yorumlarken ve uygularken Mahkeme için bir referans çerçevesi oluşturduğu anlamlarına gelmektedir⁴⁸.

Mahkeme, Sözleşme uyarınca hukuk devleti ilkesinin gereklilikleri olarak yasaların açık olması gerektiğini, yasaların aşırı derecede belirsiz ve suiistimale açık olmaması gerektiğini⁴⁹; yasaların özellikle de ceza yasalarının bireylerin yürürlükte olan kurallara dayalı olarak yaptıkları davranış tercihlerini yadsıyarak geriye yürümeyeceğini⁵⁰ söylemiştir. Mahkeme, içti-

⁴³ Engel ve Diğerleri/Hollanda, no. 5100/71 ve 4 diğer başvuru, § 69, 8 Haziran 1976

⁴⁴ Amuur/Fransa, no. 19776/92, § 50, 25 Haziran 1996

⁴⁵ Klass/Almanya, no. 5029/71, § 55, 8 Eylül 1978

⁴⁶ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, no. 19392/92, § 45, 30 Ocak 1998

⁴⁷ Ramda/Fransa, no. 78477/11, § 60, 19 Aralık 2017

⁴⁸ SPANO Robert, "The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary", **European Law Journal**, Volume 27, Issue 1-3, January - May 2021

⁴⁹ Işıkırık/Türkiye, no. 41226/09, §§ 57-58, 14 Kasım 2017

⁵⁰ Del Río Prada/İspanya [BD], no. 42750/09, §§ 78-80, 21 Ekim 2013

hatları ile Sözleşme'nin yorumlanmasının hukuk devleti anlayışı ile uyumlu olarak yapılması gerekliliğinin tezahürü olarak Sözleşme'ye taraf devletlerdeki yasaların istikrarlı olması ve hukuki güvenliği sağlaması gerektiğini⁵¹; hükümet/yürütme organlarına sınırsız yetki verilemeyeceğini⁵²; yasaların bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yorumlanması ve uygulanması gerektiğini, mahkemeler nihai ve bağlayıcı karar verdikten sonra bu kararların uygulanması gerektiğini ki bu hususların hukuki belirlilik ilkesinden kaynaklandığını⁵³ ifade etmiştir. Mahkeme bu kapsamda değerlendirmesini her zaman Sözleşme'nin tüm maddelerinde zımni olarak yer alan ve hukuk devleti ilkesinin temel yönlerinden birini oluşturan hukuki belirlilik ilkesine dayandırdığını söylemektedir⁵⁴. Mahkeme ayrıca, özellikle yürütme ve yargı arasındaki kuvvetler ayrılığı kavramının içtihatlarında giderek artan bir önem kazandığını belirtmektedir⁵⁵.

Mahkeme, yukarıdaki istikrarlı ve isabetli içtihatlarında görüldüğü üzere, hukuk devletinin direkt bir tanımını yapmaksızın bu ilkenin önemini sıklıkla vurgulamakta ve hukuki belirlilik, yürütmenin hatta yargının keyfiliğinin önlenmesi, kuvvetler ayrılığı gibi hukuk devletinin vazgeçilmez bileşenlerine bakmakta olduğu davalarda uygun düştüğü ölçüde başvurmuştur. Mahkeme'nin bu yaklaşımı Sözleşme'ye taraf devletlerde hukuk devleti ilkesinin yerleşmesi açısından yol gösterici olmaktadır.

Mahkeme bunların ötesinde ise Sözleşme'de doğrudan düzenlenen ve hukuk devletinin biçimsel araçlarından olan bağımsız mahkemede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkı, kanunsuz ceza olmaz ilkesi, ayrımcılık yasağı gibi konularda içtihatları ile geliştirdiği hukuk alanı ile hukuk devleti doktrinine katkı sağlamakta ve Sözleşme'ye üye devletlerin insan hakları ve hukuk devleti anlayışı ile yönetilmesine hizmet etmektedir.

B. Mahkeme İçtihadında Hukuk Devleti İlkesinin Gerilediği Eleştirisi

Mahkeme içtihatları doğrultusunda hukuk devleti ilkesi Sözleşme sisteminin genelinde mutlak ve temel bir ilke olarak görünse de bu ilkenin zayıf-

⁵¹ Albu ve Diğerleri/Romanya, no. 34796/09 ve 63 diğer başvuru, § 34, 10 Mayıs 2012

⁵² Beghal/Birleşik Krallık, no. 4755/16, § 88, 28 Şubat 2019

⁵³ Panorama Ltd ve Miličić/Bosna Hersek, no. 69997/10 ve 74793/11, §§ 62-63, 25 Temmuz 2017; İrlanda/Birleşik Krallık, no. 5310/71, § 122, 20 Mart 2018

⁵⁴ Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye [BD], no. 13279/05, § 56, 20 Ekim 2011

⁵⁵ Stafford/Birleşik Krallık, no. 46295/99, § 78, 28 Mayıs 2002

ladığı bazı alanların olduğu eleştirisi yapılmıştır. Duymaz, bu alanlardan ilkinin ceza yargılamalarında adil yargılanma hakkının temelini oluşturan sanık hakları olduğunu ikincisinin ise, Mahkeme'nin ikincillik ilkesine dayanarak çözümünü ulusal hukuk sistemlerine bıraktığı, yapısal nitelikteki yaygın insan hakları ihlalleri olduğunu belirtmiştir⁵⁶.

Duymaz'a göre ilk olarak Mahkeme'nin adil yargılanma hakkında "bütünsel hakkaniyet" yaklaşımı sanık haklarının sınırlandırılmasına yol açmaktadır. Bu kapsamda yazar asgari sanık hakları olmalarına rağmen yasa dışı yöntemlerle elde edilen delillerin ceza davasında sanık aleyhine kullanılması, kovuşturma öncesi dönemde şüphelinin avukat yardımından yararlanma hakkının kısıtlanmasının ve tanıkları sorgulama hakkına getirilen sınırlamaların, adil yargılanmanın standartlarını düşürecek şekildeki uygulamaların yargılamanın bütününe adil olmaktan çıkarmadıkça adil yargılama hakkını ihlal etmeyeceği şeklindeki yaklaşımın hukuk devleti ilkesinin zayıflamasına yol açacağını ileri sürmüştür⁵⁷.

Bütün olarak hakkaniyete uygunluk (*overall fairness*) kavramı, Mahkeme'nin adil yargılanma hakkını değerlendirirken benimsediği bütünsel analiz yaklaşımını ifade eder. Bu ilkeye göre Mahkeme, bir yargılamada belirli bir usul kuralının ihlal edilip edilmediğine tekil olarak bakmak yerine, yargılamanın tamamının adil olup olmadığını değerlendirir. Mahkeme'nin amacı yargılamadaki bazı eksikliklerin otomatik olarak ihlal sayılmasını engellemek ve hakkaniyetsizliğin sadece tek bir aşamada değil, sürecin bütünüyle değerlendirildiğinde ortaya çıkıp çıkmadığını tespit etmektir. Mahkeme adil yargılanma hakkı kapsamındaki usuli güvenceleri birlikte değerlendirilmeden, tek başına ihlal olup olmadığını anlamının mümkün olmadığını kanaatiyle bütün olarak hakkaniyete uygunluk ölçütünü geliştirmiştir⁵⁸.

Adil yargılanma hakkı, yalnızca prosedürlerin varlığıyla değil, işlevsellik ve dengeyle anlam kazanacağından bütünsel hakkaniyet kavramının hukukun katı formalizmini aşarak maddi adaleti gözettiği kabul edilebilir. Mahkeme, bu kavramı kullanırken sanık haklarının özüne zarar vermeyen

⁵⁶ DUYMAZ Erkan, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Hukukun Üstünlüğü İlkesi", **Hukuk ve Adalet Sempozyumu (Kamu Hukukçuları Platformu VII. Toplantısı)**, İstanbul, 2018, s. 371

⁵⁷ DUYMAZ, s. 371-377

⁵⁸ İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 50541/08 ve 3 diğer başvuru, § 274, 13 Eylül 2016; Beuze/Belçika [BD], no. 71409/10, § 121, 9 Kasım 2018

sınırlı usul eksikliklerini tolere etse de özellikle sanığın kendini savunma, delillere erişim, tanıkları sorgulama ve tarafsız bir mahkemeye erişme gibi temel güvencelerine özen göstermektedir. Nitekim Mahkeme, *Al-Khawaja ve Tahery* kararında⁵⁹ sanığın çapraz sorgu hakkının sınırlandığı durumlarda telafi edici önlemler alınmamışsa, yargılamanın bütün olarak hakkaniyete uygun sayılamayacağını ifade ederek sanık haklarına verdiği önemi yinelemiştir. Mahkeme bütünsel hakkaniyet yaklaşımını *Schatschaschwili* kararında⁶⁰ sistemleştirerek üç aşamalı bir test biçiminde formüle etmiş, burada sanık hakkına getirilen kısıtlamanın haklı bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını, bu şekilde elde edilen delilin belirleyici delil olup olmadığını ve sanığın dezavantajının yargılama sürecindeki diğer usuli güvencelerle telafi edilip edilmediğine bakacağını belirtmiştir.

Bütünsel adalet ilkesi, usule dair sınırlı bir eksikliğin yargılamanın geneline hâkim hakkaniyeti bozmadığı sürece ihlal sayılmaması gerektiğini savunurken, aynı zamanda yargılamadaki denge ve adaletin maddi anlamda tesis edilip edilmediğini esas alır. Bu kapsamda Mahkeme'nin bu ilkeyi adil yargılanma hakkı kapsamında uygulamasının kimi zamanlarda somut olay bazında eleştirilecek sonuçlara vücut verdiği görülebilse de Mahkeme'nin getirdiği telafi edici unsurların varlığını arayan yaklaşım karşısında bu ilkenin Sözleşme düzeninde hukuk devleti ilkesinin sistemli bir gerileyişi olarak kabul edilmesi aşırı olacaktır.

Duymaz ikinci olarak Mahkeme'nin aşırı iş yüküne neden olan dava gruplarını ulusal hukuk sistemlerine iade etmesi ya da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne havale etmesi şeklindeki pratiğinin Mahkeme'nin hukuk devletini ilkesine bağlılığını sorgulanabilir hale getirdiğini, Mahkeme'nin pilot karar usulü ya da ikincillik ilkesine dayanarak iş yükü nedeniyle başvurulara bakmaktan kaçınmasının hukuk devletinin temel unsurlarını insan haklarının sistemli müdahaleye uğradığı zamanlarda ya da kriz zamanlarında göreceli güvenceler haline getirdiğini ve Mahkeme'nin bu yaklaşımının hukuk devleti ilkesinin gerilmesine yol açtığını ileri sürmüştür⁶¹.

Pilot karar usulü, Mahkeme'ye ulaşan başvuruların büyük bir kısmının aynı hukuki veya yapısal sorundan kaynaklanması halinde, Mahkeme'nin bu başvurulardan birini “örnek dava” (*pilot case*) olarak seçerek karara bağla-

⁵⁹ *Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık* [BD], no.26766/05 ve 22228/06, 15 Aralık 2011

⁶⁰ *Schatschaschwili/Almanya*, no. 9154/10, 15 Aralık 2015

⁶¹ DUYMAZ, s. 377-382

ması ve aynı sorunla ilgili diğer başvuruları beklemeye ya da askıya almasıdır. İkincillik ilkesi (*principle of subsidiarity*) ise Mahkeme'nin bireysel başvuruların öncelikle ulusal makamların sorumluluğunda olduğunu kabul ederek hareket etmesini ifade eder. İkincillik ilkesi, insan haklarının korunmasında birincil görevin ulusal makamlar ve yargı organlarına ait olduğunu, Mahkeme'nin ancak bu koruma mekanizmaları etkisiz kaldığında devreye gireceğini ifade eder⁶².

Bireysel başvurulara yönelik artan iş yükü karşısında Mahkeme'nin geliştirdiği pilot karar usulü ve ikincillik ilkesi temelli geri çekilme pratiği, sistemin sürdürülebilirliği açısından işlevsel bir stratejidir ve hukuk devleti ilkesinin güvenceleriyle zaman zaman gerilimli bir ilişkiye sahip olduğu doğrudur. Nitekim hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri, bireylerin etkili hak arama yollarına erişebilmesi ve kamu gücünün yargısal denetime tabi tutulabilmesidir. Bu bağlamda, Mahkeme'nin başvuruların sayıca fazlalığı nedeniyle bazı dosyaları pilot karara bağlayarak askıya alması ya da ikincillik ilkesine dayanarak incelememesi, hukuk devletinin pratik işleyişine yönelik zayıflama olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla Mahkeme, artan başvuru sayısını yönetme gerekliliği ile hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği bireysel hak koruması arasında hassas bir denge kurmalıdır. Bu dengenin kurulmaması Mahkeme'nin kendi meşruiyetine ve kurumsal rolüne zarar vereceği gibi hukuk devleti ilkesini de Sözleşme düzeni dahilinde zayıflatacaktır.

Bununla birlikte Mahkeme'nin pilot karar usulü ve ikincillik ilkesi temelinde geliştirdiği yaklaşımların özünde hukuk devleti ilkesinden geri adım atmak değil, aksine bu ilkenin ulusal düzeyde kurumsallaşmasını ve güçlendirilmesini amaçlayan bir stratejik yönelimi temsil ettiğini söylemek olanaklıdır. Buna göre, Mahkeme bu araçlar vasıtasıyla, Sözleşme'ye taraf devletlerin kendi iç hukuk mekanizmalarını insan hakları standartlarına uygun hâle getirmesini teşvik etmekte ve bu yolla hak ihlallerini yerel düzeyde, sistemik biçimde önleyici ve giderici kapasitenin artırılmasını hedeflemektedir. Bu yaklaşımlar, hukuk devletinin temel ilkeleri olan etkili başvuru hakkı, yargı denetimi ve idarenin hesap verebilirliği gibi değerlerin ulusal düzeyde işlerlik kazanmasını teşvik etmektedir. Dolayısıyla her ne kadar somut başvurularda bu yaklaşımlar açısından eleştiriye açık yanlar olsa da, Mahkeme'nin amacı esasen kendi denetim kapasitesini keyfi biçimde sınırlamak değil hu-

⁶² Handyside/Birleşik Krallık, no. 5493/72, § 48, 7 Aralık 1976

kuk devletine aykırılıkların öncelikle ve esas olarak devletlerin kendi yasal düzenleri içinde çözülebilir hâle gelmesini ve kendisine yapılan bireysel başvuruların yönetilebilir olmasını sağlamak olduğundan Mahkeme'nin yaklaşımının Sözleşme düzeninde hukuk devleti ilkesinin sistemli bir gerileyişi olarak kabul edilmesi aşırı olacaktır.

VI. HUKUK DEVLETİ VE YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Yargı bağımsızlığı, hem biçimsel hukuk devleti anlayışının hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik gibi ilkeleriyle hem de maddi hukuk devleti anlayışının adalet, insan onuru ve insan haklarının korunması ilkeleriyle doğrudan ilişkilidir. Bu bağımsızlık, yalnızca yargıçların görevlerini yürütürken diğer erklerden talimat almamasıyla sınırlı değildir; idari ve siyasi baskılardan arındırılmış bir yargı düzeni inşa edilmeli, bağımsızlık yapısal ve güvenceli bir sistemle desteklenmelidir. Yargı bağımsızlığı meselesi, sadece yargı teşkilatı açısından değil, anayasal düzenin bütünlüğü ve demokratik rejimin sürdürülebilirliği açısından da belirleyici niteliktedir.

Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin korunmasında güvence mekanizması işlevi görür. Hukuk devletinde bağımsız yargı, iki asli işleviyle belirleyici bir role sahiptir. İlk olarak, hukukun içeriği ve uygulanması konusunda nihai kararı verme, yani *jurisdictio* yetkisini kullanma görevini üstlenir. İkinci olarak ise, yasama ve yürütme organlarını, yönetenleri ve yönetilenleri, hatta yargının kendi faaliyetlerini dahi hukuka uygunluk bakımından denetleyerek hukuk devletinin sürekliliğini ve işlerliğini teminat altına alır⁶³.

Hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri koruyan demokratik bir düzende yer alan bağımsız yargı olmaksızın bir temenniden ibaret işlevsiz bir yapı halinde kalır hatta bunun ötesinde yürütmenin elinde kullanışlı bir apana dönüşebilir. Hukuk devletinin sağlanabilmesi için yargı bağımsızlığının kurumsal ve bireysel düzeyde sağlanabilmesi gerekir. Bu nedenle Mahkeme çok sayıda önemli kararında yargısal faaliyetler ve yargıçların statüsü ile ilgili olarak, özellikle de atama, görev güvencesi ve görevden alma, terfi, yargı dokunulmazlığı ve disiplin gibi konularda içtihat geliştirerek yargı bağımsızlığını temin için yol gösterici olmuştur. Mahkeme'nin hukuk devleti anlayışına izah edildiği üzere çok sayıda katkısı olsa da bunların içinde yargı bağımsızlığı konusu özel bir yer tutmaktadır. Nitekim Mahkeme, ka-

⁶³ SEZER Abdullah / KIRIT Emrah / BOYAR Oya, **Hukuk Devleti**, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003, s. 34-35

rarlarında yargı bağımsızlığının önemine değinmekle yetinmemiş, aynı zamanda geliştirdiği içtihat hukuku aracılığıyla bu ilkenin yalnızca soyut bir ideal değil, somut ve uygulanabilir bir norm haline gelmesine de doğrudan katkı sağlamıştır.

Mahkeme, yargı bağımsızlığının kapsamı, sınırları ve kurumsal gerekleri konusunda üye devletlere yön gösteren çok sayıda kararında, yargı erkinin yalnızca hukuken değil, aynı zamanda fiilen ve yapısal olarak da diğer devlet organlarından bağımsız olması gerektiğini ortaya koymuş; yargı bağımsızlığı için bağlayıcı ilkeler inşa etmiştir. Bu yönüyle Mahkeme, yargı bağımsızlığının yalnızca bireysel adil yargılanma hakkının teminatı olmadığını, aynı zamanda hukuk devletinin işlerliğini sağlayan kurumsal bir güvence olduğunu içtihat düzeyinde netleştirerek, hem iç hukukların gelişimine rehberlik etmiş hem de uluslararası insan hakları normlarının somutlaşmasına önemli ölçüde katkıda bulunmuştur.

Hukuk devleti için varoluşsal bir güvenlik mekanizması işlevi gören yargı bağımsızlığının somutlaşabilmesi ve iyi anlaşılması için Mahkeme içtihatları ile belirlenen kriterlerin ayrı ayrı incelenmesi yararlı olacaktır.

A. Genel Olarak

Mahkeme, Sözleşme'nin 6. Maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı altında yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını ele almaktadır. Sözleşme'nin 6/1. Maddesi herkesin davasını 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 görülmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Bir mahkemenin gerçekten bağımsız ve tarafsız olup olmadığını değerlendirmek için kriterlerin ne olması gerektiği hususunda Mahkeme'nin özel bir yeri vardır. Mahkeme bu konudaki kriterleri Sözleşme'yi hukuk devleti ilkesi ve insan hakları standartları ışığında yorumlayarak ortaya koymaktadır. Mahkeme son yıllarda özellikle yargıç olan başvuranların kendi haklarını korumak amacıyla yaptıkları başvurular kapsamında yargı bağımsızlığına ilişkin içtihatlarını geliştirmektedir.

Mahkeme, 1971 tarihli *Ringeisen* kararında⁶⁴, yargı bağımsızlığının hem yürütmeden hem de davanın taraflarından bağımsızlığı içerdiğini vurgula-

⁶⁴ Ringeisen/Avusturya, no. 2614/65, § 95, 16 Temmuz 1971

mıştır. Mahkeme, bağımsızlığı test etmek için dört aşamalı bir test geliştirmiştir. Buna göre Mahkeme, bir mahkemenin bağımsız olarak kabul edilip edilemeyeceğini tespit etmek için sınırlı sayıda olmamak kaydıyla şu dört hususun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁶⁵: (i) üyelerinin atanma şekli, (ii) üyelerinin görev süreleri, (iii) dış baskılara karşı güvencelerin varlığı, (iv) mahkemenin bağımsız bir görünüm sergileyip sergilemediği.

Tarafsızlık da Sözleşme'nin 6. Maddesinin bir gereğidir ve bağımsızlıkla benzer ancak farklı bir çağrışıma sahiptir. Mahkeme, yargı tarafsızlığı konusunda tespit yapabilmek için sübjektif ve objektif yaklaşım olmak üzere ikili bir ayrım yapmıştır. Mahkeme *Piersack* kararında⁶⁶ sübjektif yaklaşımın sonucu olarak belirli bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatini tespit etmeye çalıştığını; objektif yaklaşımla yargıcın bu konuda herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmaya yetecek güvenceler sunup sunmadığını belirlemeye odaklandığını vurgulamıştır.

Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin temel unsurlarından biridir. Devlet gücünün keyfi kullanımını reddeden hukuk devleti ilkesinin içinde yargı bağımsızlığı doğal olarak mevcuttur. Yargı bağımsızlığı kavramı ve bunu değerlendirme kriterleri; yargıçların atanma usulleri ve olası usulsüzlükler, yargıçların görev sürelerinin erken sona erdirilmesi de dahil olmak üzere görev süresi sorunu, yargıçlar üzerindeki dış etki sorunu (yürütme tarafından), olası iç bağımsızlık eksikliği (diğer yargıçlardan) ve yargı dokunulmazlığı sorunu gibi çeşitli konulara odaklanmaktadır.

B. Atanma Usulleri

Yargı bağımsızlığına ilişkin ilk kriter yargıçların atanma usullerine ilişkindir. Mahkeme, taraf devletlere yargıç atamaları konusunda belirli bir model dayatmaktan kaçınmaktadır. Mahkeme'ye göre yargıçların yürütme ya da yasama organınca atanmasına, bu organlar görevlerini yerine getirirken etki ya da baskıdan uzak olmaları koşuluyla, izin verilebilir⁶⁷. Mahkeme *Guðmundur Andri Ástráðsson* kararında⁶⁸ yargıçların atanmalarına ilişkin liyakat kavramını ortaya koymuştur. Buna göre bir mahkemenin liyakat esasına göre seçilen yargıçlardan -yani bir hukuk devletinde kendisinden bekle-

⁶⁵ Luka/Romanya, no. 34197/02, § 37, 21 Temmuz 2009

⁶⁶ Piersack/Belçika, no. 8692/79, §§ 28-31, 1 Ekim 1982

⁶⁷ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, no. 7819/77, 7878/77, § 79, 28 Haziran 1994

⁶⁸ Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda, 26374/18, §§ 220-222, 1 Aralık 2020

nen yargı görevlerini yerine getirmek için teknik yeterlilik ve ahlaki dürüstlük gerekliliklerini yerine getiren yargıçlardan- oluşmasının mahkeme kavramının doğasında olduğu belirtilerek yargıç atamalarında liyakatin önemine değinilmiştir. Mahkeme aynı kararında ayrıca bir mahkeme yargı hiyerarşisinde ne kadar yüksekte yer alırsa, geçerli seçim kriterlerinin de o kadar zorlu olması gerektiğini vurgulamıştır.

Yargıçların atanmalarında liyakatin ötesinde belirli bir usul izlenmesi gerektiği ise muhakkaktır. Mahkeme, yargısal atama sürecinde karşılaşılan usulsüzlüklerin kanunla kurulmuş mahkeme hakkında kişinin yoksun kılınmasına yol açıp açmadığına anılan *Ástráðsson* kararında oluşturduğu üçlü eşik test ile karar vereceğini belirtmiştir⁶⁹. Buna göre ilk aşamada, yapılan yargısal atamanın ulusal hukuk kurallarına açık bir biçimde aykırı olup olmadığı incelenir. İkinci aşamada, tespit edilen aykırılığın, yargı atama sisteminin temel kurallarından birini ihlal edip etmediği değerlendirilir. Üçüncü ve son aşamada ise, bu ihlallerin ulusal mahkemeler tarafından etkili bir şekilde denetlenip denetlenmediği ve başvuranın “kanunla kurulmuş mahkeme” hakkının ihlal edilip edilmediği araştırılır.

Mahkeme *Ástráðsson* kararında üç aşamalı testi göz önünde tutarak; hakkın özünü zedeleyen ağır aykırılıklar ile atanması usulüne halel getirilen bir yargıcın, başvuranın yargılamasına katılması dolayısıyla, başvuranın kanunla kurulmuş mahkeme hakkında yoksun kılındığına karar vermiştir. Mahkeme bu kapsamda ortaya koyduğu kriterleri, Polonya Anayasa Mahkemesi, Polonya Yüksek Mahkemesi ve Polonya alt mahkemelerini de etkileyen Polonya’da yargı atamalarındaki ciddi usulsüzlük iddiaları bağlamındaki başvurularda uygulamıştır⁷⁰.

Bu bağlamda Mahkeme’nin yargı bağımsızlığı için yargıçların seçimi ve ilerlemelerinin dürüstlük, yetenek ve verimlilik göz önünde bulundurularak liyakate dayalı objektif kriterlere göre düzenlenmesi ve yargısal atama prosedürünün uygulamada şeffaf ve bağımsız olması gerektiğini aradığını söylemek olanaklıdır. Buna göre Mahkeme, yargıçların atanması ve terfi süreçlerinde liyakat esasına dayalı nesnel ve şeffaf kriterlerin uygulanması gerektiği vurgulamaktadır. Seçim ve yükselme kararlarında siyasi sadakat, ideolo-

⁶⁹ Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda, yukarıda anılan karar, §§ 243-252

⁷⁰ Örnek olarak bakınız: Xero Flor w Polsce sp. z o.o./Polonya, no. 4907/18, 7 Mayıs 2021; Reczkowicz/Polonya, no. 43447/19, 22 Temmuz 2021; Advance Pharma sp. z o.o./Polonya, no. 1469/20, 3 Şubat 2022; Grzęda/Polonya, no. 43572/18, 15 Mart 2022

jik yakınlık ya da keyfî değerlendirmeler değil, mesleki yeterlilik, hukuk bilgisi, tarafsızlık ve etik değerlere bağlılık esas alınmalıdır.

Mahkeme *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* kararında⁷¹ yargı erkine mensup kişilerin mesleki kaderinin, nesnel kurallara ve şeffaf prosedürlere bağlı olması gerekliliğini ifade etmiştir. Buna göre liyakat ilkesi yalnızca atanma değil, görev süresi boyunca kariyer ilerlemesi ve yargıçların haklarının korunması bakımından da geçerlidir ve yargıçların disiplin işlemleri ya da kariyer durdurmaları yalnızca belgelere, açık kriterlere ve savunma hakkına dayalı olmalıdır. Benzer şekilde Mahkeme, yargı sistemindeki ilerlemenin, yalnızca hukuki ve mesleki performans ile ilişkilendirilmesi gerektiğini, ifade özgürlüğü gibi anayasal güvencelerin cezalandırma nedeni haline getirilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır⁷².

C. Görev Süresi

Yargı bağımsızlığına ilişkin ikinci kriter yargıçların görev sürelerine ilişkindir. Mahkeme yargıçların görev süreleri boyunca yürütme tarafından görevden alınamamasının genel olarak bağımsızlıklarının bir sonucu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu durumun Sözleşme'nin 6/1. Maddesinin güvenceleri arasında yer alması gerektiğine karar vermektedir⁷³. Bu kapsamda görev güvencesinin yargı bağımsızlığının temel unsurlarından olduğu, yargıçların keyfî olarak görevden alınamayacakları, bir yargıç hakkında disiplin soruşturması başlatıldığında adil yargılanma hakkı güvencelerine sıkı şekilde uyulması gerektiği, disiplin soruşturmaları da dâhil olmak üzere yargıçların görevden alınması ile ilgili davalarda usulî güvencelere daha fazla önem verilmesi gerektiği, yargıçların cezai ve hukuki sorumluluğu ve dokunulmazlığı konusuna yargıçların mesleki davranışlarını düzenleyen ilke ve kurallar ışığında yaklaşılması gerektiği söylenebilir.

Baka kararında⁷⁴ Mahkeme, Macaristan Yüksek Mahkemesi'ni tasfiye eden ve yerine *Kúria*'yı (Macaristan'da Yüksek Mahkemeye verilen yeni isim) kuran yeni anayasanın yürürlüğe girmesi sonucunda Macaristan Yüksek Mahkemesi başkanının görev süresinin sona ermesine ilişkin bir davayı

⁷¹ Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz [BD], no. 55391/13, 57728/13, 74041/13, §§ 191-202, 6 Kasım 2018

⁷² Danileț v. Romanya, no. 16915/21, §§ 82-83, 7 Mart 2023

⁷³ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, no. 7819/77, 7878/77, § 80, 28 Haziran 1994

⁷⁴ Baka/Macaristan, no. 20261/12, 23 Haziran 2016

incelemiştir. Mahkeme, eski Yüksek Mahkeme başkanı olan başvuranın yeni anayasa düzenlemesi gereği görev süresinin sona ermesini incelenmesi için bağımsız bir mahkemeye götürememesi nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme *Xhoxhaj* kararında⁷⁵ ise tüm Arnavut yargıç ve savcıların özel bir komisyon tarafından incelenmesi sürecinin (*the vetting proceedings*) bir parçası olarak görevden alınan eski Arnavutluk Anayasa Mahkemesi yargıcının başvurusunda özel komisyon için yeterli bir yasal dayanak olması, inceleme organlarının kanunla kurulmuş mahkemeler olması ve yürütmenin herhangi bir baskısına maruz kalmamaları nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

C. Baskılara Karşı Koruma

Yargı bağımsızlığına ilişkin üçüncü kriter yargıçların dış baskılara karşı korunmasıdır. Dış baskılardan korunma birbirini tamamlayan iç ve dış bağımsızlığı temin etme amacına yönelik olmak üzere iki parçalıdır. Dış bağımsızlık, yargıcı diğer devlet güçlerinin etkisinden korur ve hukuk devletinin temel bir unsurudur. İç bağımsızlık, bir yargıcın sadece Anayasa ve kanunlara dayanarak karar almasını ve daha yüksek rütbeli yargıçlar tarafından verilen talimatlara göre karar vermemesini öngörür.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1994 yılında kabul ettiği R (94) 12 No.lu Tavsiye'sinde⁷⁶ karar verme sürecinde yargıçlar bağımsız olmalı ve herhangi bir kısıtlama, uygunsuz etki, teşvik, baskı, tehdit veya doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir çevreden veya herhangi bir nedenle müdahale olmaksızın hareket edebilmeli, kanun yargıçları bu şekilde etkilemeye çalışan kişilere karşı yaptırımlar öngörmeli diyerek yargıçların dış baskılara karşı korunması için üye ülkelere tavsiyede bulunmuştur.

Mahkeme *Agrokompleks* kararında⁷⁷ yargı bağımsızlığı ilkesinin diğer tüm devlet makamlarına mahkemelerin karar ve hükümlerine saygı gösterme ve uyma ve davalara müdahale etmekten kaçınma yükümlülüğü getirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme *Kress* kararında⁷⁸ ise yargıçların gizli müzakerelelerinde hükümet komiserlerinin bulunmasının Sözleşme'yi ihlal ettiğine, çün-

⁷⁵ *Xhoxhaj/Arnavutluk*, no. 15227/19, 9 Şubat 2021

⁷⁶ Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, 13 October 1994

⁷⁷ *Agrokompleks/Ukrayna*, no. 23465/03, §§ 136-137, 6 Ekim 2011

⁷⁸ *Kress/Fransa*, no. 39594/98, 7 Haziran 2001

kü bir komiserin müzakere odasının mahremiyetinde taraflardan birinin lehine görüşlerini destekleme fırsatı bulabileceğine karar vermiştir.

İç bağımsızlığa ilişkin olarak Mahkeme *Parlov-Tkalčić* kararında⁷⁹ yargı bağımsızlığının, yargıçların sadece yargı dışındaki değil, aynı zamanda yargı içindeki haksız etkilerden de uzak olmasını gerektirdiğini, yargıçların diğer yargıçlardan veya mahkeme başkanı ya da mahkemedeki bir dairenin başkanı gibi mahkemede idari sorumlulukları olan kişilerden gelen direktif veya baskılardan uzak olmalarını içerdığını belirtmiştir.

D. Bağımsız Görünüm

Yargı bağımsızlığına ilişkin diğer bir kriter bağımsız görünümün olup olmadığına ilişkindir. Mahkeme *Sramek* kararında⁸⁰ bir mahkemenin gerektiği gibi bağımsız olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlerken, görünüşün de önemli olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme *Castillo Algar* kararı⁸¹ ile *Campbell ve Fell* kararlarında⁸² bağımsız görünümün önemini veciz biçimde “adalet yalnızca sağlanmakla kalmamalı, aynı zamanda sağlandığı da görülmelidir” diyerek ifade etmiştir. Yargının yalnızca fiilen bağımsız ve tarafsız olması değil, aynı zamanda bu bağımsızlık ve tarafsızlığın kamuoyunda güven uyandıracak şekilde görünür olması da demokratik bir toplumda vazgeçilmez bir unsurdur.

Mahkeme *İbrahim Gürkan* kararında⁸³ yargıçların aynı zamanda askeri disipline tabi subaylar olması nedeniyle bir Türk askeri mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme *Incal* kararında⁸⁴ Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak kabul edilemeyeceğini, zira başvuranın, Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıçlarından birinin askeri yargıç olması nedeniyle davanın niteliğiyle ilgisi olmayan mülahazaların kendisini haksız yere etkilemesine izin verebileceğinden haklı olarak korkabileceğini belirtmiştir.

⁷⁹ Parlov-Tkalčić/Hırvatistan, no. 24810/06, 22 Aralık 2009

⁸⁰ Sramek/Avusturya, no. 8790/79, § 42, 22 Ekim 1984

⁸¹ Castillo Algar/İspanya, no. 28194/95, § 45, 28 Ekim 1998

⁸² Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, yukarıda anılan karar, § 81

⁸³ İbrahim Gürkan/Türkiye, no. 10987/10, 3 Temmuz 2012

⁸⁴ Incal/Türkiye, no. 22678/93, 9 Haziran 1998

Mahkeme, demokratik toplumlarda, özellikle ceza davalarında, halkın mahkemelere olan güveni söz konusu olduğundan, görünüşün bile belli bir öneminin özellikle olabileceğini vurgulamaktadır. Mahkeme örneğin *Wettstein* kararında⁸⁵ yarı zamanlı yargıç olarak görev yapan avukat iki yargıcın, başka davalarda başvuranın karşıtlarının avukatlığını yapmış olmaları nedeniyle başvuruya konu somut davada bağımsız olmadıklarına karar vermiştir.

E. Disiplin Sorumluluğu ve Yargısal Bağımsızlık

Yargı bağımsızlığına ilişkin olarak değinilmesi gereken son bir konu ise yargıçların disiplin sorumluluğu ve yargısal bağımsızlık konusudur. Mahkeme yargıçların görevlerini yürütürken bağımsız ve tarafsız kalabilmeleri için disiplin süreçlerinin belirli asgari güvenceleri taşıması gerektiğini vurgulamaktadır. Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için yargıçlar görevlerini bağımsız bir şekilde ve sonuçlarından korkmadan yerine getirebilmeli, davacılar ise yargıcı şahsen dava etmeksizin her zaman bir üst mahkemeye temyiz başvurusunda bulunabilmelidir. Yargıçların disiplin süreçleri adil, şeffaf ve yürütme ile yasamadan bağımsız organlar eliyle yürütülmeli ve yargıçlar yargısal faaliyetleri sebebiyle, kötü niyet veya ağır mesleki kusur hâli dışında, disiplin yaptırımına tabi tutulmamalıdır. Ayrıca, disiplin yaptırımları öngörülebilir ve orantılı olmalı, görevden alma ise ancak istisnai durumlarda uygulanmalıdır. Mahkeme, yargıçların bu kapsamdaki savunma ve itiraz haklarının, Sözleşme'nin 6. Maddesi kapsamında güvence altına alınması gerektiği vurgulamaktadır.

Mahkeme'ye göre, yargıçların disiplin sorumluluğu, yargı bağımsızlığı, adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü ilkeleri ile sıkı bir denge içinde ele alınmalıdır. Disiplin mekanizmaları, yargının denetlenebilirliğini sağlamak için gerekli olmakla birlikte, bu süreçlerin yargı denetimine açık olması, bağımsız organlarca yürütülmesi, açık kurallara dayanması, ifade özgürlüğünü zedelememesi, orantılılık ve hukuk güvenliği ilkelerine uygun olması zorunludur. Mahkeme *Juszczyzyn* kararında⁸⁶ disiplin sorumluluğu kapsamında yargı bağımsızlığı ilkesine yönelik yapısal tehditleri değerlendirmiş ve yargıçların görevlerini yürütürken yürütme organından bağımsız olmaları gerektiğini açık biçimde ortaya koymuştur. Bu kararda, Polonyalı yargıç Paweł Juszczyzyn'in Ulusal Yargı Konseyi'nin (*Krajowa Rada Sądownictwa*) yasallığını sorgulama-

⁸⁵ Wettstein/İsviçre, no. 33958/96, 21 Aralık 2000

⁸⁶ Juszczyzyn/Polonya, no. 35599/20, 6 Ekim 2022

sının ardından geçici görevlendirmesinin Adalet Bakanı tarafından gerekçesiz şekilde sonlandırılması, disiplin soruşturmasına tabi tutulması ve nihayet görevden uzaklaştırılması, Mahkeme tarafından yargı bağımsızlığının ihlali kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme, özellikle yürütmeye bağlı kişilerin başvuran hakkında disiplin işlemi başlatması ve karar mercilerinin bağımsız yargı organı niteliği taşınamaması gerekçeleriyle, adil yargılanma hakkı bağlamında Sözleşme'nin 6. Maddesi ve özel hayatın korunması hakkı bağlamında Sözleşme'nin 8. Maddesi ihlaline hükmetmiş; ayrıca müdahalelerin meşru bir amaç taşımadığı ve esasen yargı üzerinde caydırıcı etki yaratma amacı güttüğü gerekçesiyle Sözleşme'nin 18. Maddesi ile bağlantılı olarak da ihlal kararı vermiştir. Bu karar, yargıçların mesleki faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmasının yalnızca bireysel hakları değil, aynı zamanda hukuk devleti ilkesini de ciddi şekilde zedeleyeceğini ortaya koyan önemli bir içtihatır.

SONUÇ

Modern siyasi iktidarın meşruiyet kaynağı olarak görülen ve dinamik bir kavram olan hukuk devletinin ne olduğuna dair kapsayıcı ve genel geçer bir yanıt vermek güçtür. Hukuk devleti kavramının esasında devlet gücünün sınırlandırılması, keyfiliğin önlenmesi ve bireylerin özgürlüklerinin korunması vardır. Bu ideallerin gerçekleşmesi için hukuk devleti anlayışının somutlaşmasına hizmet edecek hukukilik, hukuki belirlilik, kanun önünde eşitlik, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı gibi ilkeler vazgeçilmez niteliktedir. Hukuk devleti bu ilkelerin varlığının ötesinde hukuk aracılığıyla bireylerin özgürlüğünü korumak için insan hakları temelli değerleri benimsemiş bir devletin varlığını da gerekli görür.

Hukuk devleti Alman hukukunda özgün bir kavram olan *Rechtsstaat* kavramı ile doğarak gelişmiştir. Buna göre kavramın özünde mutlakiyetçi devletin gücünün sınırlandırılması vardır ve keyfî güç kullanımı yerine hukuka göre yönetilen ve hiç kimsenin hatta devletin bile hukukun üstünde olmadığı bir siyasi sistemi kurmak amaçlanır. Anglosakson hukukunda doğan *rule of law* kavramı ile içerik olarak büyük ölçüde örtüşen hukuk devletinin, insan hakları ve demokrasi gibi özgürlükçü kavramlarla birlikte liberal ve çoğulcu toplumların tanımlayıcı unsurlarından biri olduğu söylenebilir.

Hukuk devleti, kanaatimizce, biçimsel ve maddi bileşenlerin melezi olacak şekilde hem devletin iktidarını hukuk aracılığıyla sınırlandıran, hukukun devlet dahil herkes için bağlayıcı olduğu ve bireylerin davranışlarını öngörülebilir kılan hem de bireylerin hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan,

hukukun adil olup olmadığına da bağlı ve sadece prosedürlere değil, bireysel hak ve özgürlüklere saygıyı gerektiren ve de modern devletler için meşruiyet kaynağı olan bir ideal ve ilkedir.

Tüm bunların ışığında hukuk devletinin genel kabul gören tanımını yapmanın güç olduğu ancak Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi (*Supreme Court of the United States*) yargıcı Potter Stewart'ın 1964 tarihli *Jacobellis v. Ohio* davasındaki müstehcenlik testini açıklaması istendiğinde verdiği meşhur yanıtta⁸⁷ gibi hangi devletin hukuk devleti olduğunun tanımlanamasa da görüldüğü zaman anlaşılabilirliğini söylemek olanaklıdır.

Hukuk devleti ilkesi, Avrupa Konseyi'nin temel bir değeri olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilham olmakla kalmayıp Sözleşme'nin her bir maddesinin doğasında içkin olarak kendine yer bulmuş, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'yi içtihatları ile yorumlaması ve geliştirmesinde yol gösterici bir ilke olarak insan haklarının etkili ve somut biçimde korunmasının önemli bir aracı olmuştur. Sözleşme'nin ruhunda var olarak hukuk devleti ilkesi, devlet güçlerini hukuk yoluyla dizginleyerek ve böylece çoğunluğun azınlığı keyfi ve koşulsuz olarak yönetememesini sağlayarak insan haklarının etkili bir şekilde korunmasına hizmet etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukuk devletine ve onun biçimsel ve maddi bileşenlerine ilişkin yorumları ile hukuk devleti doktrininin gelişmesine büyük katkı sağlamaktadır. Mahkeme bireysel başvurularda verdiği kararları ile hukuk devletini kâğıt üzerinden alarak gerçek yaşama yansıtmaktadır. Mahkeme, hukuk devletine ilişkin anahtar ilkelerin hemen hepsinde içtihatları ile takip edilmesi gereken yüksek standartlar belirlemektedir ve bunlar içinde yargı bağımsızlığı ayrı ve özel bir yer tutmaktadır. Nitekim yargının ve yargıçların bağımsızlığı zedelendiğinde hukuk devleti ve insan hakları telafisi güç zarar görmektedir. Mahkeme, yargı bağımsızlığını bireysel hakların teminatı olmanın ötesine taşıyarak, demokratik anayasal düzenin sürdürülebilirliğini sağlayan bir yapısal güvence olarak tanımlamakta ve hukuk devleti kavramının içeriğini somutlaştıran ve genişleten bir unsur olarak yeniden çerçevelemektedir. Mahkeme'nin bu özel katkısı, içtihat hukuku yoluyla açık biçimde görünür hale gelmiş, ulusal hukuk sistemlerinin yargı reformlarını yönlendiren somut normatif standartlar oluşturmuş ve yargı bağımsızlığını uluslararası hukuk düzeyinde güvence altına almıştır.

⁸⁷ Yargıç Stewart'ın yanıtı şöyledir: “Gördüğüm zaman anlarım”, orijinal haliyle “*I know it when I see it*”.

Hukuk devletinin güvence mekanizması olan bağımsız yargı bu suretle daha somut temellere oturmuştur.

Mahkeme'nin zaman zaman ikincillik ilkesi, pilot karar usulü ya da iş yükü gerekçesiyle bireysel başvurulara sınırlı müdahale etmesi, Sözleşme düzeninde hukuk devleti ilkesinin etkinliğine dair eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu eleştirilebilir görünüme rağmen, Mahkeme'nin içtihadı çizgisi, hukuk devletinin hem biçimsel hem de maddi unsurlarını içeren bütüncül bir çerçeve oluşturulmasına büyük katkı sağlamaktadır. Bununla birlikte etkin bir hukuk devleti için kuşkusuz hem iç hukuk düzenlerinin hem de uluslararası denetim mekanizmalarının eşgüdüm içerisinde işlemesi gerekmektedir.

Hukuk devletinin tüm diğer ilkelerinin etkin bir şekilde korunması ve işlerlik kazanması bağımsız bir yargı organı tarafından güvence altına alınmalarına bağlı olduğundan hukuk devletinin unsurları arasında özel bir yeri olan yargı bağımsızlığı, soyut bir ilke olmanın ötesinde, somut güvencelerle desteklenmelidir. Bu bağlamda, Mahkeme'nin katkılarıyla ortaya konulan yargıçların atama usullerinin objektif, şeffaf ve liyakate dayalı olması, görev sürelerinin güvence altına alınarak keyfi müdahalelere kapalı tutulması, yargı mensuplarının görevlerini icra ederken bağımsızlıklarını zedeleyebilecek her türlü baskı ve müdahaleye karşı korunmaları ve yargıçların kararlarından dolayı cezai ve idari sorumluluklarının sınırlandırılması gibi bağışlık mekanizmaları, yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlayan ve güçlendiren temel ölçütlerdendir. Yargının bağımsızlığı, yalnızca yürütmeden kurumsal bir ayrılığı değil; aynı zamanda yargıçların karar verirken içsel baskılardan, siyasi telkinlerden ve kariyer kaygılarından azade olabilmelerini de içerir. Bu çerçevede, yargı bağımsızlığına ilişkin kurumsal güvencelerin içeriği kadar, bu güvencelerin pratikte uygulanma düzeyi de hukuk devleti ilkesinin gerçekliğini tayin eden belirleyici bir göstergedir.

Bunların ışığında, hukuk devleti ideali ile Mahkeme arasında görünmez fakat son derece sağlam ve karşılıklı bir bağ bulunduğunu söylemek olanaklıdır. Mahkeme'nin içtihatları, Sözleşme'ye taraf devletlerde sadece bireysel başvurulara ilişkin bir denetim aracı değil, aynı zamanda hukuk devletinin normatif ve kurumsal altyapısını güçlendiren yönlendirici bir kaynak niteliği taşımaktadır. Hukuk devleti anlayışının derinleştirilmesi ve bireylerin haklarının daha etkin bir şekilde korunması için Mahkeme'nin içtihatlarının titizlikle uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, yalnızca uluslararası bir denetim merci olarak değil, aynı zamanda normatif gelişmeyi yönlendiren, hukuk devleti ve insan hakları standartlarını geliştiren bir rehber olarak görülmelidir.

KAYNAKÇA**Doktrin**

- ARSLAN Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi** 6, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2003, ss. 36-55
- BEKTAŞ Sezercan, “Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Avrupa Birliği (Ulus-Üstü) Hukukuna Aktarımı ve İlkenin Normatif Muhteviyatının Tespiti Sorunu”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 12, S. 1, ss. 810-863
- BLAAU Loammi C., “The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights”, **The South African Law Journal**, Y. 1990, S. 107, ss. 76-96
- CHEVALLIER Jacques, **Hukuk Devleti**, (çev. Ertuğrul Cenk Gürçan), İmaj Yayınevi, Ankara, 2010
- ÇAĞLAYAN Ramazan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1998, C. 2, S.1, ss. 41-54
- ÇİN Selim, **Demokratik Hukuk Devleti ve Siyasal İktidarların Aykırı Uygulamaları**, Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019
- DICEY Albert Venn, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, Liberty Classics, London, 1982
- DUYMAZ Erkan, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Hukukun Üstünlüğü İlkesi”, **Hukuk ve Adalet Sempozyumu (Kamu Hukukçuları Platformu VII. Toplantısı)**, İstanbul, 2018, s. 354-397
- DWORKIN Ronald, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1977
- DWORKIN Ronald, **Law’s Empire**, Harvard University Press, Cambridge, 1986
- HAYEK Friedrich A., **The Constitution of Liberty**, University of Chicago Press, Chicago, 1978
- HAYEK Friedrich A., **The Road to Serfdom**, University of Chicago Press, Chicago, 1944
- Iustinianus Institutiones**, (çev. Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968
- JOWELL Jeffrey, “Rule of Law, Human Rights and Democracy in the United Kingdom”, **The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU: Towards an EU Copenhagen Mechanism**, (der. Sergio Carrera / Elspeth Guild / Nicholas Hernanz), Centre for European Policy Studies, 2013, ss. 62-65
- Justinian’s Institutes**, (translated with an introduction by Peter Birks & Grant McLeod with the Latin text of Paul Krueger), Duckworth, London, 2001
- KARAN Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Y. 2015, C. 31, S. 1, ss. 235-306

- KELSEN Hans, **Pure Theory of Law**, (Translation from the second [revised and enlarged] German edition by Max Knight), University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967
- KULAKSIZOĞLU MERCAN Nergis, Hukukun Üstünlüğü Kavramının Felsefi Temelleri, Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021
- MARSCH Nikolaus, “Rule of Law and Rechtsstaat: The German Perspective”, **The Triangular Relationship between Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law in the EU - Towards an EU Copenhagen Mechanism**, (der. Sergio Carrera / Elspeth Guild / Nicholas Hernanz), Centre for European Policy Studies, 2013, ss. 66-70
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022
- ÖZENÇ Berke, **Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020
- ÖZENÇ Berke, “Türkiye Cumhuriyeti’nin Temel Bir Niteliği Olarak Hukuk Devleti”, **Cumhuriyet’in 100. Yılında Anayasa Hukuku Tartışmaları**, (ed. Sultan Tahmazoğlu Üzertürk / Fatmagül Yazıcı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, ss. 347-393
- ÖZCAN Mehmet Tefik, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017
- RADBRUCH Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, (translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson), **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 26, No. 1, Spring 2006, s. 1-11
- RAZ Joseph, “The Rule of Law and Its Virtue”, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, ss. 210-229
- Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, 13 October 1994
- Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session 25-26 March 2011, Study No. 512 / 2009
- Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission of the Council of Europe at its 106th Plenary Session 11-12 March 2016, Study No: 711/2013
- SANCAR Mithat, **Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020
- SEZER Abdullah / KIRIT Emrah / BOYAR Oya, Hukuk Devleti, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003
- SPANO Robert, “The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary”, **European Law Journal**, Volume 27, Issue 1-3, January - May 2021, ss. 211-227
- ŞİRİN Tolga, “Hukukun Üstünlüğü” (Rule of Law) ve “Hukuk Devleti” (Rechtsstaat): Aralarında Fark Var Mı?”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan**, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, ss. 679-696

United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007

UYGUN Oktay, “Hukukun Üstünlüğü İlkesi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022/Özel Sayı, C. XIX, ss. 521-558

UYGUR Gülriz, “Adalet ve Hukuk Devleti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2004, C. 53, S. 1, ss. 29-38

Mahkeme Kararları (Atf sırası ile)

Anayasa Mahkemesi kararlarına <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına <https://hudoc.echr.coe.int> adresinden ulaşılmıştır.

AYM, E.1963/124, K.1963/243, 11/10/1963

AYM, E.2016/136, K.2017/9, 18/01/2017

The Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), no. 6583/74, 26 Nisan 1979

Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre [BD], no. 53600/20, 9 Nisan 2024

Golder/Birleşik Krallık, no. 4451/70, 21 Şubat 1975

Engel ve Diğerleri/Hollanda, no. 5100/71 ve 4 diğer başvuru, 8 Haziran 1976

Amuur/Fransa, no. 19776/92, 25 Haziran 1996

Klass/Almanya, no. 5029/71, 8 Eylül 1978

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, no. 19392/92, 30 Ocak 1998

Ramda/Fransa, no. 78477/11, 19 Aralık 2017

Işıkırık/Türkiye, no. 41226/09, 14 Kasım 2017

Del Río Prada/İspanya [BD], no. 42750/09, 21 Ekim 2013

Albu ve Diğerleri/Romanya, no. 34796/09 ve 63 diğer başvuru, 10 Mayıs 2012

Beghal/Birleşik Krallık, no. 4755/16, 28 Şubat 2019

Panorama Ltd ve Miličić/Bosna Hersek, no. 69997/10 ve 74793/11, 25 Temmuz 2017

İrlanda/Birleşik Krallık, no. 5310/71, 20 Mart 2018

Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye [BD], no. 13279/05, 20 Ekim 2011

Stafford/Birleşik Krallık, no. 46295/99, 28 Mayıs 2002

İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 50541/08 ve 3 diğer başvuru, 13 Eylül 2016

Beuze/Belçika [BD], no. 71409/10, 9 Kasım 2018

Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık [BD], no.26766/05 ve 22228/06, 15 Aralık 2011

Schatschaschwili/Almanya, no. 9154/10, 15 Aralık 2015

Handyside/Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976

Ringeisen/Avusturya, no. 2614/65, 16 Temmuz 1971

- Luka/Romanya, no. 34197/02, 21 Temmuz 2009
- Piersack/Belçika, no. 8692/79, 1 Ekim 1982
- Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, no. 7819/77, 7878/77, 28 Haziran 1994
- Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda, 26374/18, 1 Aralık 2020
- Xero Flor w Polsce sp. z o.o./Polonya, no. 4907/18, 7 Mayıs 2021
- Reczkowicz/Polonya, no. 43447/19, 22 Temmuz 2021
- Advance Pharma sp. z o.o./Polonya, no. 1469/20, 3 Şubat 2022
- Grzęda/Polonya, no. 43572/18, 15 Mart 2022
- Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz [BD], no. 55391/13, 57728/13, 74041/13, 6 Kasım 2018
- Danileş v. Romanya, no. 16915/21, 7 Mart 2023
- Baka/Macaristan, no. 20261/12, 23 Haziran 2016
- Xhoxhaj/Arnavutluk, no. 15227/19, 9 Şubat 2021
- Agrokompleks/Ukrayna, no. 23465/03, 6 Ekim 2011
- Kress/Fransa, no. 39594/98, 7 Haziran 2001
- Parlov-Tkalčić/Hırvatistan, no. 24810/06, 22 Aralık 2009
- Sramek/Avusturya, no. 8790/79, 22 Ekim 1984
- Castillo Algar/İspanya, no. 28194/95, 28 Ekim 1998
- İbrahim Gürkan/Türkiye, no. 10987/10, 3 Temmuz 2012
- Incal/Türkiye, no. 22678/93, 9 Haziran 1998
- Wettstein/İsviçre, no. 33958/96, 21 Aralık 2000
- Juszczyszyn/Polonya, no. 35599/20, 6 Ekim 2022

SUÇLU SAYILMAMA HAKKI VE HAKKIN TEMEL İHLAL SEBEPLERİ^(*)

Arş. Gör. **Gülce Ecem UÇAR**^(**)

Öz: Kendisine suç isnat edilen kimsenin, adil bir yargılama sonucunda suçluluğu kesin hükümle ortaya konuluncaya kadar geçen süreçte suçsuz sayılması anlamına gelen suçlu sayılmama hakkı, hem 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında hem de tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinin 2. fıkrasında adil yargılanma hakkı bağlamında korunmaktadır. Suçlu sayılmama hakkı, hakkında bir suç isnadı olan fakat henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan kişileri kapsamına almaktadır. Hakkın getirdiği korumanın ilk boyutu, ceza davasının yürütülmesi ile ilgili usule ilişkin bir nitelikteyken ikinci boyutu ise kesinleşmiş mahkumiyet hükmü dışında bir kararla sona eren ceza yargılamalarıyla bağlantılı takip eden yargılamalar veya olaylar bağlamında kişinin suçsuzluğuna saygı gösterilmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Suçlu sayılmama hakkı bu denli önemli bir koruma getirmesine rağmen kamu gücünü kullanan otoriteler tarafından sıklıkla ihlal edilmektedir. Hakkın en sık ihlaline yol açan durumlar; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına hukuki sonuç bağlanması, yargı kararlarında kullanılan dilin özenli seçilmemesi ve soruşturma evresinin gizliliğinin ihlal edilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Suçlu Sayılmama Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı, Yargı Kararlarında Kullanılan Dil, Soruşturma Evresinin Gizliliğinin İhlali.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 28.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 04.06.2025.

^(**) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi;

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi,
Ankara - Türkiye,

E-posta: geucar@ankara.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7585-3302>.

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE MAIN REASONS OF ITS VIOLATION

Abstract: The right to be presumed innocent, meaning respecting the innocence of a person accused of a crime until his guilt is proven by a final judgment, is protected under the right to a fair trial both in Article 38, paragraph 4 of the Turkish Constitution of 1982 and in Article 6, paragraph 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The right to be presumed innocent protects people who have been accused but have not yet been convicted. The first dimension of the protection provided by it shows a procedural nature relating to the conduct of criminal proceedings, while the second dimension arises from respect for a person's innocence in the subsequent proceedings or events connected to criminal proceedings that have ended with a decision other than a final judgment of conviction. Despite the presumption's vital importance, it is frequently violated by public authorities via the suspension of the pronouncement of the judgment's being followed by legal consequences, the word choice in judicial decisions, and the breach of the confidentiality of the investigation.

Keywords: The Right to be Presumed Innocent, Right to a Fair Trial, Suspension of the Pronouncement of the Judgment, Word Choice in Judicial Decisions, Breach of the Confidentiality of the Investigation.

GİRİŞ

Suçlu sayılmama hakkı, kendisine suç isnat edilen kimsenin, adil bir yargılama sonucunda suçluluğu kesin hükümle ortaya konuluncaya kadar geçen süreçte suçsuz sayılması ve cezai müeyyidelere tabi tutulmaması anlamına gelmektedir.¹ Yani söz konusu hak, ceza yargılamasının soruşturma ve kovuşturma evrelerinde geçerlidir.² Suçlu sayılmama hakkı, 1982 Anayasası'nda ve tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) adil yargılanma hakkı kapsamında düzenlenmektedir.

Adil yargılanma hakkının en temel somutlaşma biçimlerinden olan suçlu sayılmama hakkı, bu önemine rağmen, mahiyeti, kapsamı ve özellikle ceza muhakemesi sürecine yansımaları açısından sıklıkla tartışma konusu olmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle suçlu sayılmama hakkı genel olarak ele alınıp hakka ilişkin terim sorunu değerlendirilecektir. Hakkın anlamı, koruma kapsamı ve sınırları net şekilde açıklandıktan sonra suçlu sayılmama hakkı ve ispat yükü ilişkisine yer verilecektir. Ardından suçlu sayılmama hakkının ihlal edebilecek kişi ve makamlar tespit edilerek hakkın getirilme amacı ortaya konulacaktır. Sonrasında ise, suçlu sayılmama hakkının sıklıkla ihlal edilmesine yol açan durumlardan en temel olanları ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle, uygulamada delil yetersizliğinden beraat kararı olarak da adlandırılan ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 223/2 e bendi hükmünde yer alan “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” nedeniyle verilen beraat kararlarının ardından kişinin suçsuzluğunun tartışmalı hale getirilmesi hususu değerlendirilecektir. Ardından yakın zamanda Anayasa Mahkemesinin (AYM) verdiği iptal kararıyla, sıkça tartışılan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına hukuki sonuç bağlanması suretiyle suçlu sayılmama hakkının ihlal edilmesi ele alınacaktır. Son olarak ise ceza muhakemesinin soruşturma evresinin gizliliğinin ihlal edilmesinin suçlu sayılmama hakkına olan etkileri ortaya konulacaktır. Bu başlık altında, ABD'de ortaya çıkan fail yürüyüşü (*perpet-*

¹ EREM Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, 2. Baskı, Ajans- Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1968, s. 23. FEYZİOĞLU Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 139. OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. 3, 2012, s. 41.

² GÖKCEN Ahmet/ BALCI Murat/ ALŞAHİN M. Emin vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 123. ERGÜNE Elif, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 45. YALÇIN Ahmet, **Suçsuzluk Karinesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 27.

rator walk) kavramı, yabancı mahkeme kararlarına olan yansımalarıyla birlikte ele alınacaktır. Bu şekilde, suçlu sayılmama hakkının sıklıkla ihlal edilmesine yol açan bu üç durum, AYM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve yabancı mahkeme kararları bağlamında karşılaştırmalı biçimde tartışılacak ve mahkeme içtihatları eleştirel olarak değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK SUÇLU SAYILMAMA HAKKI

A. Terim Sorunu

Suçlu sayılmama hakkı, daha derin biçimde ele alınmadan önce, var olan bir terim sorununa değinilmelidir. AİHS’in, adil yargılanma hakkını hükme bağlayan 6. maddesinin 2. fıkrası, suçlu sayılmama hakkına ilişkindir. Hüküm, “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.” diyerek haklarında kesin hükümle verilmiş bir mahkumiyet kararı bulunana dek, kişilerin masum olarak görüleceğini ifade etmiştir. Buna karşın 1982 Anayasası’nın suçlar ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesinin 4. fıkrası “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” ifadesiyle, bu kişilerin suçlu sayılamayacağını hüküm altına almıştır. Doktrinde, tercih edilen terimlerdeki farklılığın, anlamsal açıdan da bir farka işaret edip etmediği hususunda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş, suçlu sayılmama ile masum sayılmanın esasen aynı anlama geldiğini, dolayısıyla AİHS ve Anayasamızdaki düzenlemeler arasında anlamsal bir fark bulunmadığını savunmaktadır.³ Ancak masum sayılma ile suçlu sayılmamanın anlamsal bir farka işaret ettiği kabul edilmelidir.⁴ Bu görüşü savunan yazarlar⁵, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık hakkında uygulanan koruma tedbirlerine işaret

³ DEĞİRMENCİOĞLU Burcu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Masumiyet Karinesi”nin Korunması”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2019, s. 310. YÜCE Turhan Tufan, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1, 1988, s. 160.

⁴ EREM, s. 139. ÖZEN Muharrem/ KÖKSAL Atacan, “Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 68, S. 1, 2019, s. 269, 18. dn. ERGÜNE, 2024, s. 14. DEĞİRMENCİOĞLU, s. 310.

⁵ FEYZİOĞLU, 1999, s. 137-138. ÜZÜLMEZ İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 18, S. 58, Mayıs- Haziran 2005, s. 44. TOZMAN Önder, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, 2007, s. 318. Suçluluğu kesin hükümle tespit edilmemiş kişilerin hürriyetinden yoksun kılınması sonucunu doğuracak olan tutuklama koruma tedbirine ancak muhakeme için zorunlu ise, suçlu sayılmama hakkını da nazara alarak, başvurulması yönünde bkz.: ALACAKAPTAN Uğur, Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1, 1961, s. 185.

etmektedirler.⁶ Şüpheli ve sanığın, muhakeme sürecinde, hakkında kesin hükümle verilmiş bir mahkumiyet kararı bulunmadığından, hak kapsamında korunacağı kuşkusuzdur.⁷ Ancak bu hak, kişinin hakkında kesin hükümle mahkumiyet kararı verilene kadar masum sayılacağı şeklinde anlaşılırsa masum sayılan şüpheli veya sanığa koruma tedbirlerinin uygulanması gündeme gelecektir.⁸ Oysa suçlu sayılmama hakkının, hakkında kesin hükümle verilmiş mahkumiyet kararının varlığına kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı anlamına geldiği kabul edilirse artık masum bir kişiye, kimi hallerde özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğuracak nitelikte⁹, koruma tedbirlerinin uygulanması ihtimalinden bahsedilemeyecektir.¹⁰ Bu görüş isabetli sayılmalıdır çünkü ancak bu görüşün kabulüyle hem kesin hükümle mahkum olmamış kimsenin suçlu sayılmadığından cezalandırılmayacağı ortaya konulmuş hem de ceza yargılamasında şüpheli ve sanık hakkında gerekli koruma tedbirlerinin alınmasının nedeni gösterilmiş olacaktır.¹¹ Dolayısıyla makalede “masumiyet/ masum sayılma” yerine, “suçsuzluk/ suçlu sayılmama” kavramları tercih edilmiştir.¹²

Terim sorunu bağlamında ele alınması gereken bir diğer husus; suçlu sayılmamanın bir hak mı, yoksa karine mi olarak ortaya çıktığıdır.¹³ Aşağıda ele alınacağı üzere, kişinin hakkında kesin hükümle verilen bir mahkumiyet kararı bulunmadan suçlu sayılamayacağı ilkesi, ulusal ve uluslararası hukuk-

⁶ FEYZİOĞLU, 1999, s. 137-138. Ceza muhakemesinde başvurulacak koruma tedbirlerinden tutuklamanın cezalandırma aracı olarak değerlendirilmesine yönelik eleştiriler için bkz.: ÖZEN Muharrem/ GÜNGÖR Devrim/ OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2010, s. 183. ERGÜNE, 2024, s. 15. ERGÜNE Elif, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı”, 8 Nisan 2025, Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri Youtube, 44:54, https://youtu.be/fGhx0D_-e7Y?si=nT2kx3Pvb2wuRRe, 3. dk. (Erişim tarihi: 27.05.2025).

⁷ OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 42.

⁸ KUNTER Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1981, s. 22. ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAŞIZ Pinar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 57.

⁹ TOROSLU Nevzat/ FEYZİOĞLU Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 252. Tutuklamanın, ceza muhakemesinde suçsuz sayılan kişiye uygulanabilecek en ağır koruma tedbiri olduğu yönünde bkz.: MORGENSTERN Christine, *Die Untersuchungshaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2018, s. 37.

¹⁰ ÖZBEK et al., s. 57. ÜZÜLMEZ, s. 44. Benzer yönde bkz.: DÜLGER Murat Volkan/ TAŞKIN Şaban Cankat, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 103. ERGÜNE, 2025, 3. dk.

¹¹ ÜZÜLMEZ, s. 44. TOZMAN, s. 318. Benzer yönde bkz.: ALACAKAPTAN, s. 191.

¹² ERGÜNE, 2024, s. 15 vd.

¹³ Terimin niteliğinin kavramsal tartışması hakkında bkz.: ERGÜNE, 2024, s. 24 vd. ERGÜNE, 2025, 4. dk.

ta, adil yargılanma hakkı bağlamında korunmaktadır.¹⁴ Bu çalışmada, ilgili ilkenin adil yargılanma hakkının uzantısı biçiminde somutlaşan bir temel hak olduğu görüşü kabul edilmiştir.¹⁵ Nitekim, çalışmaya konu ilkeyi, gerçeğe uygun ya da sabit olduğu kabul edilen bir olaydan başka bir olayın varlığı sonucuna ulaşılmasını sağlayan ispat ameliyesi¹⁶ olarak tanımlanan karine kavramıyla açıklamak güçtür.¹⁷ Nitekim, kabul edilebilmesi için başka bir durumun ispatını gerektiren hukuki karinelere farklı olarak, suçlu sayılmama hakkına, doğrudan, geçerli olduğu zaman aralığı ve durumlardaki herkes sahiptir.¹⁸ Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 285. maddesinde¹⁹ öngörülen babalık karinesi ile 985. maddesinde²⁰ hükme bağlanan mül-

¹⁴ YURTCAN Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 73. YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 92. CENTEL Nur, "Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 49, S. 3, 1994, s. 59. GÖKCEN et al., s. 142. FEYZİOĞLU, 1999, s. 141. ÜNVER/HAKERİ, s. 174. OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 41. OKUYUCU ERGÜN Güneş, "Lekelenmeme Hakkı Kapsamında Soruşturmanın Gizliliği", **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, s. 142. TANER Fahri Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 56. YAYLA Mehmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 194. MOLE Nuala/ HARBY Catharina, **The Right to a Fair Trial: A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Human Rights Handbook, Strasbourg, 2006, s. 29.

¹⁵ FEYZİOĞLU, 1999, s. 139. Yazar, gerçeğe uygun ya da sabit olduğu kabul edilen bir olaydan başka bir olayın varlığı sonucuna ulaşılmadığı için ilgili kavramın bir karine teşkil etmediğini, ancak doktrinde yerleşmesi nedeniyle "suçsuzluk karinesi" kavramını kullanmaya devam ettiğini açıklamıştır. Kavramın bir karine değil hak teşkil ettiği yönünde bkz.: ÖNOK Murat, "Lekelenmeme Hakkı ve Masumiyet Karinesinin İfade ve Basın Özgürlüğüne Etkileri", **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, s. 103. ERGÜNE, 2024, s. 34. ERGÜNE, 2025, 4. dk.

¹⁶ FEYZİOĞLU, 1999, s. 139. KARAKAŞ Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, 2013, s. 731.

¹⁷ DEĞİRMENCİ Olgun, "Temel Hukuki Metinlerde Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı", **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, s. 45. ERGÜNE, 2024, s. 32.

¹⁸ TOPHINKE Esther, **Das Grundrecht der Unschuldsvermutung**, Stämpfli Verlag, Bern, 2000, s. 173.

¹⁹ "Babalık karinesi

Madde 285- Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.

Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür.

Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar."

kiyet karinesinde, karineye dayanmak isteyen kişinin sırasıyla, çocuğun evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğduğunu veya taşınırın zilyedi olduğunu ispat etmesi gerekir. Ancak suçlu sayılmama hakkından faydalanmak için kişinin ayrıca bir durumu ispatlaması kendisinden beklenmez. Suçlu sayılmama, bir insan hakkı olarak, halihazırda o kişiye tanınmıştır.²¹ Suçlu sayılmama hakkı, mahiyeti gereği, genel hayat tecrübelerine dayanan fiili karinelerle kıyaslanmaya uygun değildir.²² Bu doğrultuda düşünüldüğünde, kavramın; hukuk düzeni tarafından tanınan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi sunan menfaat olarak tanımlanabilen²³ bir hak teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla, suçlu sayılmama hakkının, gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuattaki yeri nazara alındığında, soyut bir muhakeme ilkesi veya gerçek kabul edilen bir olaydan sonuç çıkarmaya yarayan karineden ziyade, bireylere tanınan temel bir hak olduğu anlaşılabacaktır.²⁴ Ayrıca ulusal ve uluslararası mevzuatta korunan temel haklardan olan adil yargılanma hakkından kaynaklanması da suçlu sayılmama hakkının temel haklar ve özgürlüklerin korunması rejimi çerçevesinde ele alınması²⁵ sonucunu doğurmaktadır.²⁶

²⁰ “Mülkiyet karinesi

Madde 985- Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır.

Önceki zilyetler de zilyetlikleri süresince o taşınırın maliki sayılırlar.”

²¹ TOPHINKE, s. 173.

²² TOPHINKE, s. 184.

²³ DURAL Mustafa/ SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, Kn. 920-921. ERGÜNE, 2024, s. 33.

²⁴ ÖNOK, s. 103.

²⁵ AYDIN Sedat Erdem, **Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 94. ERDEM Eda, “Karinelerin ve Varsayımların Anayasal Haklar Üzerindeki Etkisi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2021, s. 1346.

²⁶ Suçlu sayılmama hakkının getirdiği korumanın, kişilik hakkının sağladığı korumalarla kesişebileceği yönünde bkz.: MEILI Andreas, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, 7. Auflage, 2020, Art. 28 Kn. 54. Bu doğrultuda, eski sevgilisinin, kendisine cinsel saldırıda bulunduğu iddiası sebebiyle yürütülen ceza yargılamasında, kapalı duruşmada sanık hakkında kullanılan ifadelerin kamuoyuyla paylaşılması durumunda; sanığın kişilik hakları açısından yapılacak ihlal değerlendirmeleri bağlamında suçlu sayılmama hakkının da nazara alınması gerektiği yönünde bkz.: BGH, Urt v. 19.3.2013- VI ZR 93/12 (OLG Köln) NJW 2013, s. 1682, <https://beck-online.beck.de/>. Mahkeme, ilgili kararda, somut olayda, suçlu sayılmama hakkının getirdiği korumanın, kişilik haklarının getirdiği koruma bağlamında ortaya çıkabileceğini kabul etmiştir.

Anlatılanlar ışığında, çalışmada, “suçlu sayılmama hakkı”²⁷ terimi kullanılmıştır.²⁸

B. Suçlu Sayılmama Hakkının Ulusal ve Uluslararası Hukukta Düzenlenişi

1. Hakkın Ulusal Hukukta Düzenlenişi

Ulusal mevzuatımızda suçlu sayılmama hakkının düzenlenişi, ilk olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları bağlamında ele alınmalıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları incelendiğinde, suçlu sayılmama hakkına ilişkin ilk Anayasal güvencenin yürürlükteki 1982 Anayasası ile getirildiği, yani 1924 ve 1961 Anayasalarında suçlu sayılmama hakkının bir Anayasal dayanağa sahip olmadığı anlaşılmaktadır.²⁹ Suçlu sayılmama hakkı, Anayasa’nın 36. maddesinde unsuru olduğu adil yargılanma hakkı kapsamında³⁰ ve 38. maddesinin 4. fıkrasında “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” şeklindeki ifadeyle doğrudan hükme bağlanmış³¹ olsa da, suçlu sayılmama hakkının 1982 Anayasası’nda başkaca dayanakları da bulunmaktadır.

Suçlu sayılmama hakkı, sanığın adil yargılanma hakkıyla ilgili bir güvence getirdiğinden Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen ve 5. maddesinde de devletin temel amacı olarak koruması gerektiği belirtilen hukuk devleti ilkesiyle de bağlantılıdır.³²

Anayasa’nın, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlığını taşıyan 15. maddesinin 2. fıkrası, olağanüstü dönemlerde bile sınırlanamayacak çekirdek hakları düzenlemektedir. Suçlu sayılmama hakkının da söz

²⁷ Aşağıdaki bölümlerde yer alan AYM ve AİHM kararları incelemelerinde de, mahkemeler başka adlandırmalar tercih etseler de makalede bütünlüğün sağlanması amacıyla, “suçlu sayılmama hakkı” kavramı kullanılmıştır.

²⁸ Kişinin hakkında kesin hükümle verilen bir mahkumiyet kararı bulunmadan suçlu sayılamayacağı ilkesinin farklı adlandırmaları hakkında bkz.: ERGÜNE, 2025, 2. dk.

²⁹ Doğrudan bir Anayasal dayanağa sahip olmamakla beraber, suçlu sayılmama hakkının, 1982 Anayasası öncesindeki dönemde de Anayasal bir koruma altında olduğu yönünde bkz.: EREM, s. 138. Ancak yazar, 1982 Anayasası öncesindeki dönemde de suçlu sayılmama hakkının, İtalyan Anayasası’nda olduğu gibi Anayasal bir dayanağa kavuşturulması gerekliliğini belirtmiştir. EREM, s. 140.

³⁰ OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 41.

³¹ ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 167. AYDIN Sedat Erdem, s. 59.

³² AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, §27, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>. Suçlu sayılmama hakkının Alman hukukunda da hukuk devleti ilkesi doğrultusunda ele alındığı yönünde bkz.: ÜNVER/HAKERİ, s. 167.

konusu çekirdek haklardan olduğu, ilgili hükümde, ortaya konulmuştur. Suçlu sayılmama hakkının bahsedilen Anayasal dayanakları dikkate alındığında, Anayasa koyucunun, bu hakka verdiği özel önem kolaylıkla fark edilecektir.

2. Hakkın Uluslararası Hukukta Düzenlenişi

Uluslararası alanda suçlu sayılmama hakkının düzenlendiği belgelerden de bahsedilmelidir.³³ Suçlu sayılmama hakkı, ilk defa 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde düzenlenmiştir.³⁴ Hak ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinde³⁵, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 14. maddesinde³⁶ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde³⁷ hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla ulusal hukukumuzla paralel şekilde, uluslararası alanda da suçlu sayılmama hakkının, adil yargılanma hakkının unsuru olarak görüldüğü³⁸ anlaşılmaktadır.

Makalede AYM ve AİHM kararları genel olarak değerlendirileceğinden, suçlu sayılmama hakkının Anayasa ve AİHS'teki dayanakları üzerinde durulacaktır.

³³ Ceza hukukunda uluslararası sözleşmelerin kaynaklık değeri hakkında bkz.: SANCAR YALÇIN Türkan, "Ceza Hukukunda Sistemantik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Kaynaklık Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 11, S. 1, 1999, s. 31-33.

³⁴ EREM, s. 139. FEYZİOĞLU, 1999, s. 135. MEMİŞ Pınar, Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s. 6. Söz konusu ilkenin açıkça olmasa da, Magna Carta Libertatum ve Habeas Corpus Act içerisinde de yer aldığı yönünde bkz.: MEMİŞ, s. 5. TOZMAN, s. 315. AYDIN Sedat Erdem, s. 51.

³⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinin ilk cümlesi aşağıdaki gibidir:
"Kendisine bir suç isnat edilen herkes, savunması için gereken tüm güvencelere sahip kılındığı açık bir yargılama ile kanun uyarınca suçlu olduğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkına sahiptir."

³⁶ AYDIN Sedat Erdem, s. 53.
Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki gibidir:
"Kendisine suç isnat edilen her kişi, yasa uyarınca suçlu olduğu kesinleşene dek masum sayılma hakkına sahip olacaktır."

³⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki gibidir:
"Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır."

³⁸ YURTCAN, s. 73. YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 92. CENTEL, s. 59. GÖKCEN et al., s. 142. FEYZİOĞLU, 1999, s. 141. ÜNVER/HAKERİ, s. 174. OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 41. OKUYUCU ERGÜN, 2022, s. 142. TANER, 2021, s. 56. YAYLA, s. 194. MOLE/ HARBY, s. 29.

C. Suçlu Sayılmama Hakkının Koruma Kapsamı ve Sınırları

1. Hakkın Korumasının Geçerli Olduğu Süreç

Suçlu sayılmama hakkını ortaya koyan Anayasa ve AİHS hükümleri birlikte ele alındığında, bir olayın suçlu sayılmama hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle kişi hakkında bir suç isnadında bulunulması gerektiği görülecektir.³⁹ Nitekim bu gereklilik, suçlu sayılmama hakkını düzenleyen AİHS 6/2 hükmünde “*Bir suç ile itham edilen herkes...*” şeklinde ortaya konulurken Anayasa 38/4 hükmünde ise “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar...*” ifadeleriyle vurgulanmıştır. Dolayısıyla söz konusu hükümler dikkate alındığında, suçlu sayılmama hakkının sağladığı korumanın, hakkında bir suç isnadı olan fakat henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmayan kişileri kapsamına aldığı anlaşılabacaktır.⁴⁰

Suçlu sayılmama hakkının koruma alanından bahsedebilmek için kişi hakkında bir suç isnadının varlığı aransa da söz konusu hak, kişiye suç isnadının yöneltildiği ceza yargılaması kesinleşmiş bir mahkumiyet kararıyla sonlanmadığı sürece uygulanmaya devam eder. Yani hakkın sağladığı koruma, kişiye yönelmiş bir suç isnadıyla başlasa da, suç isnadının ortadan kalktığı her durumda son bulmaz. Bu noktada suç isnadının sona ermesi nedenlerine bakılarak tespitte bulunulması önem arz etmektedir. İlk olasılık, suç isnadının kesinleşmiş bir mahkumiyet kararıyla ortadan kaldırılmasıdır. Bu ihtimalde, atılı suçla ilgili yapılan ceza yargılaması sonucu, sanığın o suçu işlediği kesin hükümle tespit edilmiştir. Dolayısıyla, haklarındaki suç isnadı kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmüne dönüşen kişiler artık suçlu sayılmama hakkı kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁴¹ Ancak bu durumun yalnızca haklarındaki mahkumiyet hükmü kesinleşmiş hükümlüler için ge-

³⁹ FEYZİOĞLU, 1999, s. 145. OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 42. DEĞİRMENCİ Olgun, “Temel Hukuki Metinlerde Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı”, **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, s. 47.

⁴⁰ ÖZTÜRK Bahri/ TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 153. ÜZÜLMEZ İlhan/ GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 172. OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 42. TOZMAN, s. 319. DEĞİRMENCİ, s. 48. HARRIS David/ O’BOYLE Michael/ BATES Ed vd., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 436. MOLE/ HARBY, s. 59. ERGÜNE, 2025, 7. dk.

⁴¹ AYM, *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, B. N.: 2013/3175, T. 20.2.2014, §34, (<https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3175>).

çerli olduğu, dolayısıyla haklarında verilen mahkumiyet hükmü henüz kesinleşmeyen sanıkların hala suçlu sayılmama hakkının koruması kapsamında bulundukları unutulmamalıdır. Suç isnadının sona ermesiyle ilgili ikinci ihtimal ise, kişi hakkında yürütülen ceza yargılamasının kesinleşmiş mahkumiyet hükmü haricinde bir kararla son bulmasıdır. Bu ihtimalde, kişinin suçluluğu yapılan yargılama sonucunda ispatlanmış sayılamayacağından kişi, yargılamanın yapıldığı suçla ilgili hala suçlu sayılmama hakkının koruması kapsamındadır.⁴² Dolayısıyla her ne kadar, bir suç isnadının varlığı suçlu sayılmama hakkının sağlayacağı korumanın ön şartı olarak kabul edilebilse de suç isnadının ortadan kalkması her zaman hakkın korumasının son bulacağı anlamına gelmemektedir.

Bu bağlamda değerlendirilmesinde fayda bulunan bir diğer husus, disiplin yaptırımlarının suçlu sayılmama hakkının koruması kapsamında olup olmadığıdır. Bu soruyu AİHM, disiplin cezasını gerektirebilen kabahatlerle ilgili olup suçlu sayılmama hakkının kapsamını belirleme konusunda önem teşkil eden⁴³ *Engel ve Diğerleri/ Hollanda*⁴⁴ kararı kapsamında ele almıştır. Söz konusu kararda AİHM, izinden geç gelmesi nedeniyle yürütülen disiplin soruşturması sonucu iki gün hapis cezası verilen askerin maruz kaldığı bu muamelenin suçlu sayılmama hakkının ihlaline yol açıp açmadığını tartışmıştır.⁴⁵ Bu karara göre, AİHS'in "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesi bağlamında, suçlu sayılmama hakkının ihlali sonucunu ortaya çıkarabilecek bir suç isnadından bahsedilebilmesi için; söz konusu eylemin iç hukuktaki yerine, suçun niteliğine, yaptırımın ağırlığına ve bunun kişi üzerinde doğurduğu etkilere bakılmalıdır.⁴⁶

AİHM'e göre birinci kriter, ancak bir başlangıç noktası teşkil etmektedir. Yani eğer taraf devletin iç hukuku bir eylemi suç olarak öngörmüş ise,

⁴² ERGÜNE, 2024, s. 295. SARITAŞ Erkan, "Masumiyet Karinesinden Yararlanma ve Aklanma Hakkı Açısından Ceza Muhakemesinde Düşme Kararına İlişkin Bazı Meseleler", **10. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali "Ben Masumum" Tebliğler**, SÖZÜER Adem (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 388. YILDIRIM Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, C. 5, S. 9, 2017, s. 497, s. 494.

⁴³ ÖZEN/ KÖKSAL, s. 274. FEYZİOĞLU, 1999, s. 146-147.

⁴⁴ AİHM, *Engel ve Diğerleri/ Hollanda*, B. No.: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.06.1976, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁴⁵ AYDIN Sedat Erdem, s. 95.

⁴⁶ AİHM, *Engel ve Diğerleri/ Hollanda*, B. No.: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.06.1976, §82, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

bu eylem 6. maddenin kapsamına girecektir. Ancak ulusal hukukta suç olarak nitelendirilmeyen eylemler açısından AİHM, ulusal sınıflandırmanın ötesine geçilerek maddi gerçeğin incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁴⁷ Dolayısıyla bu yaklaşım, AİHM'in suçlu sayılmama hakkının kapsamını yalnızca ceza yargılamasıyla sınırlı görmediğini gözler önüne sermektedir.

2. Hakkın Korumasının Geçerli Olacağı Durumlar

Suçlu sayılmama hakkı, iki boyutlu bir koruma öngörmektedir.⁴⁸ Hakkın getirdiği korumanın ilk boyutu, ceza davasının yürütülmesi ile ilgili usule ilişkin bir nitelikteyken ikinci boyutu ise kesinleşmiş mahkumiyet hükmü dışında bir kararla sona eren ceza yargılamalarıyla bağlantılı takip eden yargılamalar veya olaylar bağlamında kişinin suçsuzluğuna saygı gösterilmesidir.⁴⁹ Yani esasında, suçlu sayılmama hakkı denilince akla öncelikle ilk yön gelmekle birlikte bu, hakkın getirdiği korumanın yalnızca bir boyutudur.⁵⁰ Kamu gücünü kullanan organlar nezdinde kişinin suçsuz sayılması şeklinde somutlaşan hakkın ikinci boyutunun ihlalinin, hakkın sağlayacağı koruma-

⁴⁷ AİHM, *Engel ve Diğerleri/ Hollanda*, B. No.: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.06.1976, §81, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁴⁸ FEYZİOĞLU Metin/ TANER Fahri Gökçen, **Şematik Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 25. TOZMAN, s. 335. HARRIS et al., s. 438. ERGÜNE, 2024, s. 42.

⁴⁹ AİHM, *Güç/ Türkiye*, B. No.: 15374/11, 23.01.2018, §32, <https://hudoc.echr.coe.int/>. ÖZEN/ KÖKSAL, s. 269-270. FEYZİOĞLU/TANER, s. 25. TANER Fahri Gökçen, “Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkının Kapsamı Bağlamında Bir Değerlendirme”, **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, s. 70. TOZMAN, s. 335-337. ERGÜNE, 2024, s. 42. HARRIS et al., s. 438.

⁵⁰ Ancak, aşağıdaki bölümlerde de tartışılacağı üzere, suçlu sayılmama hakkının getirdiği korumanın kapsamını, tek boyutla sınırlı gören mahkeme kararlarına rastlamak da mümkündür. Karşılaştırmalı hukukta da durum çok farklı değildir. Örneğin İtalyan Anayasa Mahkemesi, suçlu sayılmama hakkının getirdiği korumanın yalnızca ceza yargılamasıyla sınırlı olduğu görüşündedir. Nitekim, suçlu sayılmama hakkının ihlali iddiasını ele aldığı bir kararında, “suç niteliği taşıyan tavrı nedeniyle, işçinin işveren tarafından haklı neden kapsamında işten çıkartılması hipotezinde, kanunun dar anlamda ceza kapsamı dışında kalan alanlarda olması nedeniyle karinenin uygulama alanı bulamayacağı” belirterek bu görüşü doğrultusunda hükme varmıştır.

İspanyol Anayasa Mahkemesi ise, suçlu sayılmama hakkının koruma alanının tespiti konusunda İtalyan Anayasa Mahkemesinden farklı görüştedir. İspanyol Anayasa Mahkemesi, kişinin suçlu olduğunu düşündürecek bir yaptırımın olduğu her durumda söz konusu güvencenin uygulama alanı bulacağını; dolayısıyla hakkın, suçluluğu kesin hükümle ispatlanmamış kişinin aleyhine sonuçlar doğuran isnatlara karşı hukukun bütün alanlarında geçerli olacağını ifade etmiştir. 1985 yılından bu yana da İspanyol doktrinde suçlu sayılmama hakkı, sadece ceza yargılamasında değil, diğer hukuk dallarında da dikkate alınan bir ilke konumundadır.

Ayrıntılı bilgi için bkz.: ANAYURT Ömer, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi”, **Türk Ceza Hukuku Derneği Av. Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan**, 2007, s. 181.

nın teoride ve işlevsiz kalmasına sebep olacağı açıktır.⁵¹ İşte bu hak, ilk boyutuyla hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmayan kişilere ceza müeyyidesi uygulanmayacağı şeklindeki temel ilkeyi somutlaştırırken ikinci boyutuyla ise bu kişilerin suçsuzluğunun, kamu gücünü kullanan otoriteler nezdinde ve günlük hayatlarındaki ilişkiler bağlamında saygı görmesini sağlamaktadır.⁵²

AİHM kararlarına bakıldığında, suçlu sayılmama hakkının ihlal edilip edilmediğiyle ilgili bir tespitte bulunulurken suçlamanın şekli, zamanı ya da suçlayan makamın sıfatından ziyade isnadın içeriği ve bunun kişi üzerinde doğurduğu etkilerin önemli olduğu anlaşılmaktadır.⁵³ Bu doğrultuda da, Mahkeme, iç hukukta ceza yargılamasının bir parçası sayılmayan ancak kişi hakkında kesin hükümle verilen bir mahkumiyet kararı bulunmamasına rağmen kişinin adeta suçluymuş gibi muamele görmesine yol açan işlemlerin de hakkı ihlal edebilecek nitelikte olduğunu vurgulamıştır.⁵⁴ Yani AİHM'e göre, suçlu sayılmama hakkı; ceza yargılaması sonucu bir suçtan beraat eden veya ceza yargılaması devam etmeyen kişileri, kamu makamları ve görevlileri nezdinde, adeta suçlularmış gibi işlem görmekten korur. Zaten aksinin kabulü halinde, AİHS 6/2 hükmünde düzenlenen suçlu sayılmama hakkının güvenceleri sadece teorik bir koruma sağlayabilecek, somut olaylar bazında hakkın amacına uygun bir koruma getirdiğinden bahsedilemeyecektir.⁵⁵ AİHM, suçlu sayılmama hakkının ikinci boyutuna ilk olarak *Minelli/İsviçre*⁵⁶ davasında dikkat çekmiştir.⁵⁷ Söz konusu davada, başvuru hakkındaki ceza yargılaması zamanaşımı nedeniyle düşmesine rağmen ceza yargılamasını yürüten mahkeme; başvuruçunun, dava sonuçlansaydı çok büyük ihtimalle mahkum olacağından bahisle savcılık ve mahkeme masraflarının bir kısmını ödemesine hükmetmiştir. Ancak AİHM, kişi hakkında verilen kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmadığı müddetçe, kişinin suçsuzluğuna kamu organları ve mahkemeler tarafından da saygı gösteril-

⁵¹ OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 43. MOLE/ HARBY, s. 57.

⁵² YILDIRIM, 2017, s. 497.

⁵³ GÖZÜBÜYÜK Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz/ SAYGILI Abdurrahman, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 275.

⁵⁴ DOĞAN İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2022, s. 563.

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS 6 Rehberi - Adil yargılanma hakkı (ceza hukuku yönü), İstanbul 2021, s. 70.

⁵⁶ AİHM, *Minelli/ Switzerland*, B. No.: 8660/79, 25.03.1983, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁵⁷ TOZMAN, s. 335.

mesi gerektiğini vurgulayarak suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği⁵⁸ sonucuna ulaşmıştır.⁵⁹ AİHM'in *Minelli/ İsviçre*⁶⁰ davasında ortaya koyduğu hakkın iki boyutuna da riayet eden kapsayıcı yaklaşımı, devam eden kararlarında da süreklilik göstermiş ve içtihadı bu şekilde yerleşmiştir.⁶¹

3. Hakkın Korumasını İhlal Edebilecek Kişi veya Makamlar

AİHS; bireyler açısından değil, devletler açısından yükümlülükler öngörmektedir.⁶² Bu bağlamda düşünüldüğünde; suçlu sayılmama hakkının kamu gücünü kullanan kişiler, makamlar veya otoriteler tarafından ihlal edilebileceği anlaşılmaktadır.⁶³ Yani hakkın, kamu gücünü kullanmayan bir kimse tarafından ihlal edilmesi söz konusu olamayacaktır.⁶⁴ Örneğin bireylerin sosyal medyada yaptıkları, suçlu sayılmama hakkının koruması kapsamındaki kişilerin suçsuzluğuna saygı duymayan nitelikteki paylaşımlar; hakkın ihlali sonucunu doğurmayacak, ancak söz konusu kişilerin şeref ve itibar haklarını ihlal edebilecektir.⁶⁵

II. SUÇLU SAYILMAMA HAKKI VE İSPAT YÜKÜ İLİŞKİSİ

A. Ceza Muhakemesinde İspat Yüğü

İspat yükü, ispatlanması beklenen vakıanın kim tarafından ispat edilmesi gerektiğini gösteren bir kavramdır.⁶⁶ İspat yükünü taşıyan kişi, ispat etmesi gerekli vakıayı ispat edemediği takdirde, vakıa ispat edilmemiş kabul edilir ve uyuşmazlık o kişi aleyhine sonuçlanır.⁶⁷ Medeni muhakemede varlığıyla ilgili

⁵⁸ Düşme kararlarında da mahkumiyet kararlarında olduğu gibi yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesinin suçlu sayılmama hakkını ihlal edeceği yönünde bkz.: ERGÜNE, 2024, s. 291.

⁵⁹ AİHM, *Minelli/ Switzerland*, B. No.: 8660/79, 25.03.1983, §38, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁶⁰ AİHM, *Minelli/ Switzerland*, B. No.: 8660/79, 25.03.1983, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁶¹ AİHM, *Güç/ Türkiye*, B. No.: 15374/11, 23.01.2018, §32, ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%2215374/11%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%2215374/11%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})).

⁶² AKANDJİ-KOMBE Jean-François, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Belçika, 2007, s. 9.

⁶³ OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 44. OKUYUCU ERGÜN, 2022, s. 142. TANER, 2022, s. 71. TOZMAN, s. 335. STAUDINGER Wolfgang, *Welche Folgen hat die Unschuldsvermutung im Strafprozess?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2015, s. 96.

⁶⁴ ÖZEN/ KÖKSAL, s. 277. STAUDINGER, s. 96.

⁶⁵ TANER, 2022, s. 71.

⁶⁶ YALÇIN Ahmet, s. 87.

⁶⁷ YAYLA Mehmet, "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2013, s. 302.

herhangi bir şüphe bulunmayan ispat yükü açısından ceza muhakemesinde esasında iki farklı görüş vardır. Bunlardan ilki, resen araştırma ilkesinin de varlığı sebebiyle ceza muhakemesinde bir ispat yükünden bahsedilemeyeceğiyken ikincisi ise ceza muhakemesinde ispat yükünün savcılıkta⁶⁸ olduğunu savunur.⁶⁹ İlk görüşün kabulünün yargılama ve iddia makamlarının birleşmesi riskini barındırması⁷⁰ nedeniyle, ispat yükünü iddia makamı olan savcılıkta görmek⁷¹ daha isabetli olarak değerlendirilebilir. Ancak hangi görüşün benimsendiğinden bağımsız olarak, söz konusu iki görüş de suçlu sayılmama hakkının ceza muhakemesine en önemli yansımalarından birinin, sanığın masumiyetini ispat etmek zorunda bırakılmaması⁷² olduğunu kabul etmektedir.⁷³

B. Ceza Hukukundaki Karineler ile Suçlu Sayılmama Hakkı İlişkisi

1. Ceza Hukukunda Yer Alan Karineler

Karine, bilinen bir olaydan hareketle, bilinmeyen başka bir olayın var olup olmadığı sonucuna ulaşılmasına olanak veren kuraldır.⁷⁴ Karineler, kendi içlerinde fiili ve hukuki ya da diğer adıyla kanuni karineler olmaz üzere ikiye ayrılır. Fiili karineler, genel hayat tecrübelerinden kaynaklanıp hakimnin somut olaya ilişkin bir kanaat edinmesini sağlar.⁷⁵ Örneğin sabah

⁶⁸ ÜNVER/HAKERİ, s. 176. BIÇAK Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 123. TAŞKIN Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Şüpheli ve Sanığın Susma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 98. HARRIS et al., s. 435.

⁶⁹ TOZMAN, s. 321-322. YAYLA, 2021, s. 87-88. AYDIN Semih Oğuz, “İspat Yükünü Tersine Çeviren Kanuni Karinelerin Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Adalet Dergisi** C. 2, S. 69, 2022, s. 325- 327.

⁷⁰ Yargılama ve iddia makamlarının birleşmesinin yaratacağı tehlikeler hakkında bkz.: KEYMAN Selahattin, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 45-50.

⁷¹ EREM, s. 139.

⁷² EREM, s. 139. ÖZEN/ KÖKSAL, s. 275. CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021, s. 847. ÖZBEK et al., s. 58. ÜNVER/HAKERİ, s. 170. OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 46. OKUYUCU ERGÜN, 2022, s. 142. DÜLGER/ TAŞKIN, s. 103. TOZMAN, s. 321. ERGÜNE, 2025, 16. dk. YILDIRIM, 2017, s. 497. COLEMAN, s. 82. Susma hakkına sahip sanıktan suçsuzluğunu ispat etmesinin beklenemeyeceği konusunda bkz.: TAŞKIN, s. 95.

⁷³ Avrupa’da 18. yüzyılın ortalarına kadar ispat yükünün sanığın üzerinde olduğu hakkında bkz.: MEMİŞ KARTAL Pınar, “Masumiyet Karinesi Perspektifiyle Kelepçe”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 193-194, Eylül-Ekim 2020, s. 1128.

⁷⁴ KUNTER, s. 477. EREM, s. 317, 320. ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema vd., **Medenî Usûl Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2022, s. 431. ERGÜNE, 2024, s. 24. KARAKAŞ, s. 731.

⁷⁵ KUNTER, s. 478. ARSLAN et al., s. 431.

kalkıp camdan bakıldığına yerlerin ıslak olması, gece yağmurun yağdığı sonucuna ulaştıran bir fiili karinedir.⁷⁶

Hukuki ya da diğer adıyla kanuni karineler ise belli bir olaydan belli olmayan başka bir olay için doğrudan kanunun ulaştığı sonuç olarak tanımlanabilir.⁷⁷ Hukuki karineler de kendi içinde aksi ispat edilebilen ve aksi ispat edilemeyen hukuki karineler olmak üzere ikiye ayrılır.⁷⁸ Aksi ispat edilebilen hukuki karineye verilebilecek en temel örneklerden biri Türk Medeni Kanunu'nun 985. maddesi uyarınca taşınırın zilyedinin onun maliki sayılmasıdır.

Aksi ispat edilemeyen hukuki karinelerin varlığı, ceza hukuku açısından tartışma konusu yapılmıştır. AİHM ceza hukuku açısından da sanığın savunma hakkını ihlal etmediği müddetçe böyle karineler getirilebileceğini belirtmektedir.⁷⁹ Söz konusu karineler de, ispatla ve kuralla ilgili olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ceza hukuku bağlamında, kuralla ilgili aksi ispat edilemeyen karine örneği olarak; Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 103. maddesi uyarınca çocukların 15 yaşına kadar cinsel ilişkiye geçerli bir rıza verememeleri gösterilebilir.⁸⁰ Ancak ceza hukuku açısından ispatla ilgili aksi ispat edilemeyen bir hukuki karinenin varlığından bahsedilemez çünkü böyle bir karinenin varlığı, bir nevi suçluluk karinesinin kabulü sonucuna yol açacaktır.⁸¹

2. Ceza Hukukunda Yer Alan Karinelerle İlgili AİHM ve AYM Karar Örnekleri

a. AİHM Kararı Örneği

AİHM'in, ceza hukukundaki karinelerin taşınması gereken özellikleri tartıştığı ilk kararı olan *Salabiaku/ Fransa*⁸² isimli kararda, o dönem Fransa'da yürürlükte olan Gümrük Kanunu'nun yasaklı uyuşturucu madde taşımanın, kişinin uyuşturucu kaçakçılığı yaptığına karine teşkil edeceğini öngören hükmünün suçlu sayılmama hakkının ihlaline yol açıp açmadığı değerlendirildi.

⁷⁶ TANER Fahri Gökçen, "Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı", 9 Aralık 2021, Ankara Barosu, Youtube, 1:23:58, <https://www.youtube.com/watch?v=sD6emFa-6BQ>, 51. dk. (Erişim tarihi: 05.03.2025).

⁷⁷ ARSLAN et al., s. 431.

⁷⁸ TANER, 2021, 52. dk.

⁷⁹ FEYZİOĞLU, 1999, s. 155-156.

⁸⁰ TANER, 2021, 53. dk. Benzer yönde bkz. KUNTER, s. 477, 192. dn.

⁸¹ KUNTER, s. 474, 187. dn. EREM, s. 316. TANER, 2021, 53. dk.

⁸² AİHM, *Salabiaku/ France*, B. No.: 10519/83, 7.10.1988, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

rilmiştir.⁸³ Mahkeme, kararda özet olarak, fiili veya kanuni karinelerin her hukuk sisteminde bulunabileceğini belirtip ceza hukukundaki karinelerin, AİHS'e uygunluğu için taşınması gereken özellikleri saymıştır. Mahkemeye göre, ceza hukukunda fiili veya hukuki karinelerin bulunduğu hallerde, sanığa bunu çürütme imkanı tanınmalı ve böylelikle karinenin kabulünün savunma hakkını kısıtlamadığından emin olunmalıdır.⁸⁴ Bu durumda, var olan karineler, suçlu sayılmama hakkının ihlaline yol açmayacaktır.

b. AYM Kararları Örnekleri

Kişilerin idari para cezası yaptırımıyla karşı karşıya bırakıldığı durumlarda da esasında suçlu sayılmama hakkının koruması kapsamında oldukları, yukarıda ele alınan *Engel ve Diğerleri/ Hollanda*⁸⁵ kararında ortaya konulmasına rağmen bu husus hala göz ardı edilebilmektedir. Dolayısıyla, AYM'nin ceza hukukunda var olabilecek karinelerin niteliklerini tartıştığı *Adem Hüseyinoğlu*⁸⁶ başvurusunun idari para cezasıyla ilgili olması, bu durumun bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Başvurucu Adem Hüseyinoğlu, bir veteriner hekim olarak çalışmaktadır. Kendisinin, satmanın veya bulundurmanın kabahat olarak öngörüldüğü bazı tıbbi malzemeleri aldığı tespit edilse de yapılan aramada bu malzemeler ele geçirilememiştir. Fakat yine de başvurucunun söz konusu malzemeleri satın aldığı tespit edilebildiği için bu ürünleri bulundurduğu karinesine dayanılarak başvurucuya bir idari para cezası yaptırımı uygulanmıştır.⁸⁷ AYM ise, ceza hukukundaki karinelerin; suçun kanıtlanması yükümlülüğünün iddia edende kalması, karinelerin aksinin ispat edilebilmesinin mümkün olması ve kişiyi otomatik olarak "suçlu" haline getirmemesi ile suç isnadı altındaki kişinin savunma imkanlarından yararlandırılması şartlarını sağladığı takdirde söz konusu olabileceğini belirtmiştir.⁸⁸

Mahkeme, somut olayda dayanan karine başvurucunun savunma imkanlarından yararlanmasını engellemediği için suçlu sayılmama hakkının

⁸³ AİHM, *Salabiaku/ France*, B. No.: 10519/83, 7.10.1988, §9-14, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁸⁴ AİHM, *Salabiaku/ France*, B. No.: 10519/83, 7.10.1988, §28, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁸⁵ AİHM, *Engel ve Diğerleri/ Hollanda*, B. No.: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.06.1976, §82, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

⁸⁶ AYM, *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3954, 15.02.2017, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

⁸⁷ AYM, *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3954, 15.02.2017, §13-14, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

⁸⁸ AYM, *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3954, 15.02.2017, §36-37, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁸⁹ Ancak yine de söz konusu karar, ceza hukukunda var olabilecek karinelerin taşınması gereken özellikleri ortaya koyması bakımından önemlidir.

AYM'nin saydığı bu ilkelerin, özellikle kabahatlere ilişkin yargılama-larda, her zaman takip edildiğini söylemek maalesef mümkün değildir. Kabahatler bakımından öngörülen hükümlerin kimi hallerde adeta suçluluk karinesine dönüşmesi sorunu, *Mehmet Güzeloğlu*⁹⁰ başvurusunda da ele alınmıştır.⁹¹ Bir araç kiralama şirketi sahibi olan başvuru Mehmet Güzeloğlu; aracı, sürücü belgesi bulunan bir kişiye kiralamasına rağmen kiralayan kişi, arabayı sürücü belgesine sahip olmayan kardeşine kullandırmıştır. Bu nedenle de Mehmet Güzeloğlu'na, Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesi⁹² uyarınca idari para cezası kesilmiştir. Mehmet Güzeloğlu cezanın kaldırılması için sulh ceza mahkemesine başvurursa da mahkeme kişinin bunu öngörmesi gerektiğinden bahisle para cezasını kaldırmamıştır.⁹³

Mehmet Güzeloğlu, kendisine uygulanan idari para cezası yaptırımıyla suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.⁹⁴ AYM de oybirliğiyle, bu uygulamanın adeta objektif sorumluluk esasına dayalı bir suçluluk karinesine dönüştüğünü belirterek, başvuruya konu idari para cezası yaptırımının Anayasa'nın 38. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁹⁵

⁸⁹ AYM, *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3954, 15.02.2017, §39, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

⁹⁰ AYM, *Mehmet Güzeloğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3134, 7.5.2015, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

⁹¹ TANER, "Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı", 58. dk.

⁹² Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesinin 3. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Buna göre; a) Sürücü belgesi olmayanların, b) Mahkemelerce veya Cumhuriyet savcılıklarınca ya da bu Kanunda belirtilen yetkililerce sürücü belgesi geçici olarak ya da tedbiren geri alınanların, c) Sürücü belgesi iptal edilenlerin, araç kullanarak trafiğe çıktıklarının tespiti hâlinde, bu kişilere 1.407 Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir."

⁹³ AYM, *Mehmet Güzeloğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3134, 7.5.2015, §7-11, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

⁹⁴ AYM, *Mehmet Güzeloğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3134, 7.5.2015, §21 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

⁹⁵ AYM, *Mehmet Güzeloğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3134, 7.5.2015, §37-38, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

III. SUÇLU SAYILMAMA HAKKININ İHLALİNE YOL AÇAN ÖNEMLİ ÖRNEKLER

Yukarıda genel hatlarıyla ortaya konulan suçlu sayılmama hakkı, öne- mine rağmen, sıklıkla çeşitli ihlal örneklerine konu olmaktadır. Bu başlık altında da sıklıkla karşılaşılan üç farklı ihlal örneği ele alınacaktır.

A. Yargı Kararlarında Kullanılan Dilin Özenli Seçilmemesi

1. Delil Yetersizliğinden Beraat Kararı Verilmesi

a. Genel Olarak

Beraat hükmünü öngören CMK'nın 223. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki gibidir:

“Beraat kararı;

a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,

b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,

c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,

d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hu- kuka uygunluk nedeninin bulunması,

e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,

Hallerinde verilir.”

Hükmün e bendi, ceza muhakemesinin temel kabullerinden olan “Şüpheden sanık yararlanır.” ilkesinin⁹⁶ yansımasıdır.⁹⁷ Söz konusu hüküm bu şekilde

⁹⁶ Söz konusu ilkenin suçlu sayılmama hakkıyla olan ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: EREM, s. 312. ÖZBEK et al., s. 58. GÖKCEN et al., s. 127. ÜNVER/HAKERİ, s. 167 vd. DOĞAN Koray, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 47 vd. ERGÜNE, 2025, 17. dk. HARRIS et al., s. 435. STAUDINGER, s. 71.

⁹⁷ EREM, s. 312. YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 94. CENTEL/ ZAFER, s. 848. ÖZBEK et al., s. 59. GÖKCEN et al., s. 128. ÖZTÜRK et al., s. 137. FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, 2. Baskı, Isık Yayınları, İstanbul, 2015, s. 324. ÜZÜLMEZ/ GÖKTÜRK, s. 545, 924. dn. OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 46-47. ME- MİŞ, s. 7. DOĞAN Koray, s. 120 vd. TOZMAN, s. 326. BEKAR Elif, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 75, S. 1, 2017, s. 29. YAYLA, 2021, s. 194. DÜLGER/ TAŞKIN, s. 103. AYDIN Sedat Erdem, s. 95. YILDIRIM Akif, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 65. GEDİK Doğan, **Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi**, 2. Baskı, Adalet

olmasına rağmen, e bendindeki beraat nedeni, mahkeme kararlarına sıklıkla “delil yetersizliğinden beraat” biçiminde yansımaktadır.⁹⁸ Beraat kararlarının belki de en önemli dayanağı olan e bendinin hükme bu şekilde yansıtılması, esasında sanığın suçlu olduğu ancak yargılama faaliyetinde yeterince delil toplanmadığından sanığın suçluluğunun kesin hükümle ispatlanamadığı gibi bir yanlışlığa yol açmakta ve böylelikle suçlu sayılmama hakkının mahkeme kararlarında kullanılan dil nedeniyle ihlal edilmesine sebebiyet vermektedir.⁹⁹

b. Delil Yetersizliğinden Beraat İfadesinin Suçlu Sayılmama Hakkına Olan Etkilerinin Mahkeme Kararlarına Yansıması

aa. AYM Kararlarına Yansıması

AYM’nin konuya yaklaşımı, iki bireysel başvuru kararı üzerinden¹⁰⁰ ortaya konulacaktır. İlk olarak *Barış Baş*¹⁰¹ başvurusu değerlendirilmelidir. Olayda, lise öğretmeni olan Barış Baş’ın bir öğrencisine tokat attığı iddiasıyla açılan ceza davası sonucunda “delil yetersizliği ile beraat” hükmü verilmiştir.¹⁰² Ancak başvurucu hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında, başvurucunun tokat attığı kabul edilmiş, başvuru söz konusu disiplin cezasının iptali için dava açmışsa da disiplin cezası Bölge İdare Mahkemesinin kararıyla kesinleşmiştir.¹⁰³ Suçunu ispatlamaya yeterli her türlü şüpheden uzak delil bulunmaması nedeniyle ceza yargılamasında beraat eden başvuru¹⁰⁴, Bölge İdare Mahkemesinin kararında kullanılan ifadeler nedeniyle suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla¹⁰⁵ AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

Yayınevi, Ankara, 2023, s. 72, 78. İşlenen suçun sabit olmaması durumunda beraat kararı verilmesi yönünde bkz.: KANTAR Baha, **Ceza Muhakemeleri Usulü İkinci Kitap: Muhakeme Usulü**, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1946, s. 192.

⁹⁸ OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 47. TANER, 2022, s. 76. Benzer yönde bkz.: ALACAKAP-TAN, s. 192.

⁹⁹ GÖKCEN et al., s. 141. ÜNVER/HAKERİ, s. 171. OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 45. TANER, 2022, s. 74. ERGÜNE, 2024, s. 274. BEKAR, s. 29. ERGÜNE, 2025, 19. dk.

¹⁰⁰ TANER, 2022, s. 70.

¹⁰¹ AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁰² AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, §10-18, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁰³ AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, §20-24, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁰⁴ AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, §18, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁰⁵ AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, §51, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

AYM'nin çoğunluk görüşünü yazan üyeleri, başvuru hakkında beraat kararı verilmesine rağmen, yürütülen disiplin soruşturmasında suçsuzluğunun adeta tartışma konusu haline getirildiğini ve bu durumun suçlu sayılmama hakkının sağladığı korumanın ikinci yönünü ihlal ettiğini belirtmiştir.¹⁰⁶

Ancak karara üç üye tarafından karşı oy yazılmıştır. Karşı oyda beraat kararları arasında adeta bir kuvvet sıralaması yapılarak, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması daha kuvvetli bir beraat kararı olarak değerlendirilirken yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmamasının daha zayıf nitelikte bulunduğu savunulmuştur.¹⁰⁷ Karşı oy yazan üyeler, bu doğrultuda düşünüldüğünde, mahkemenin verdiği delil yetersizliğinden beraat kararını takip eden disiplin soruşturmalarında, kişilerin suçsuzluğunun tartışma konusu yapılabileceğini öne sürmüşlerdir.¹⁰⁸

İkinci olarak ise *Hüseyin Sezer*¹⁰⁹ başvurusu ele alınmalıdır. Hüseyin Sezer hakkında soruşturmanın gizliliğini ihlal suçundan ceza davası açılmış ve sanığın yargılama sonucunda “delil yetersizliği nedeniyle beraatine” hükmedilmiştir.¹¹⁰ Ancak beraati sonrası yapılan disiplin soruşturmasında, başvurunun soruşturmanın gizliliğini ihlale yol açacak eylemlerde bulunduğu kabul edilerek devlet memurluğundan çıkarılmasına karar verilmiştir.¹¹¹ Başvurucu tarafından karara itiraz edilse de sonuç alınamamıştır.¹¹² Bunun üzerine Hüseyin Sezer, suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla¹¹³ AYM'ye başvurmuştur.

¹⁰⁶ AYM, *Bariş Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, §65, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁰⁷ AYM, *Bariş Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, Kadir Özkaya, Muammer Topal ve Basri Bağcı'nın Karşı Oyu, s. 21, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁰⁸ AYM, *Bariş Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, Kadir Özkaya, Muammer Topal ve Basri Bağcı'nın Karşı Oyu, s. 21, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁰⁹ AYM, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, B. No.: 2016/13566, 2.7.2020, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹⁰ AYM, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, B. No.: 2016/13566, 2.7.2020, §9-12, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹¹ AYM, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, B. No.: 2016/13566, 2.7.2020, §15-16, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹² AYM, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, B. No.: 2016/13566, 2.7.2020, §17-22, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹³ AYM, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, B. No.: 2016/13566, 2.7.2020, §31, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

AYM, beraat kararına rağmen, yürütülen disiplin soruşturmasında başvurunun atılı eylemlerde bulunduğu kabul edilmesinin, ceza yargılaması sonucunda ulaşılan suçsuzluğuna saygı duyulmamasına yol açtığı gerekçesiyle ve oyçokluğuyla ihlal kararı vermiştir.¹¹⁴ *Barış Baş* başvurusunda karşı oy yazan üyeler ise aynı gerekçelerle söz konusu kararda da çoğunluk görüşüne katılmamışlardır.¹¹⁵

AYM'nin ele alınan iki bireysel başvuru kararında da çoğunluk görüşü isabetli bulunmuştur. Çoğunluk görüşünün kabulü, suçlu sayılmama hakkının, kesinleşmiş mahkumiyet hükmü dışında bir kararla sona eren ceza yargılamalarıyla bağlantılı takip eden yargılamalar veya olaylar bağlamında kişinin suçsuz sayılması şeklinde açıklanan ikinci boyutunun korunmasını sağlayacaktır.¹¹⁶ Oysa iki kararda da aynı gerekçelere dayanılarak yazılan karşı oylar, hem beraat hükümleri arasında hiçbir kanuni dayanağı bulunmayan bir kuvvet sıralaması yaptıkları hem de suçlu sayılmama hakkının ikinci boyutunu dikkate almadıkları için eleştirilebilir niteliktedir.

bb. AİHM Kararına Yansıması

AİHM'in konu ile ilgili yaklaşımı, *Seven/ Türkiye*¹¹⁷ kararı üzerinden ele alınacaktır.¹¹⁸ Karara konu olayda, başvuru polis memuru hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan dolayı bir ceza yargılaması yapılmıştır. Söz konusu yargılama, "delil yetersizliğinden dolayı"¹¹⁹ beraat hükmüyle sonuçlanmış ve hüküm kesinleşmiştir. Ancak başvuru hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında, başvurunun atılı eylemi işlediği sabit görülerek meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir. Başvuru bunun üzerine suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur.¹²⁰

¹¹⁴ AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, §58-61, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹⁵ AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, Kadir Özkaya, Muammer Topal ve Basri Bağcı'nın Karşı Oyu, s. 18, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹⁶ AİHM, *Güç/ Türkiye*, B. No.: 15374/11, 23.01.2018, §32. Benzer yönde bkz.: COLEMAN, s. 132. FOLKMANN Luisa, *Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf außerstrafrechtliche Folgeverfahren in Fällen des Freispruchs aus Mangel an Beweisen*, Peter Lang GmbH, Berlin, 2022, s. 95. Yazar, kişinin suçsuzluğuna takip eden yargılamalar açısından da saygı gösterilmesi ile ceza hakiminin olayları yorumlamada adeta bir tekele sahip olması arasındaki ayrımı dikkat çekmektedir.

¹¹⁷ AİHM; *Seven/ Türkiye*, B. No.: 60392/08, 23.1.2018, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

¹¹⁸ TANER, 2022, s. 75.

¹¹⁹ AİHM; *Seven/ Türkiye*, B. No.: 60392/08, 23.1.2018, §20, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

¹²⁰ AİHM; *Seven/ Türkiye*, B. No.: 60392/08, 23.1.2018, §7-32, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

AIHM, kişi hakkında verilen beraat kararına rağmen, yürütülen disiplin soruşturmasında kişinin suçsuzluğuna saygı gösterilmemesinin hakkın ikinci yönünü ihlal ettiğini, bu durumun da hakkın sağladığı güvencelerin teorik ve hayali olması sonucunu doğurduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir.¹²¹

2. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verilmesi

Suçlu sayılmama hakkının getirdiği korumanın ikinci boyutunun, kesinleşmiş mahkumiyet hükmü dışında bir kararla sona eren ceza yargılamalarıyla bağlantılı takip eden yargılamalar veya olaylar bağlamında kişinin suçsuzluğuna saygı gösterilmesi şeklinde somutlaştığı¹²² yukarıda açıklanmıştır. Bu başlık altında hakkında yürütülen soruşturma, kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonlanan kişiler hakkında, isnat edilen suç fiilinin gerçekleştiğinin kabul edildiği algısını yaratan mahkeme kararlarının suçlu sayılmama hakkına olan etkisi,¹²³ AYM'ye yapılan S. M.¹²⁴ başvurusu üzerinden tartışılacaktır.¹²⁵

Karara konu olayda; başvurucunun eski kız arkadaşı, başvurucunun kendisini sürekli olarak takip ettiği ve bu şekilde kendisine rahatsızlık verdiği iddiasıyla Antalya Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunmuştur. Şikayet üzerine, başvuru hakkında kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçundan başlatılan soruşturma kapsamında Konyaaltı İlçe Emniyet Müdürlüğü, hakim onayına sunulmak ve üç ay süreyle geçerli olmak üzere 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 5. maddesi uyarınca başvurucunun şiddet mağduruna yönelik şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına; korunan kişiye, bu kişinin bulunduğu konuta, okula ve işyerine yaklaşmamasına, gerekli görülmesi halinde korunan kişinin şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin haller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmamasına karar vermiştir. Emniyet Müdürlüğü'nün ilgili kararı, gerekli süre içerisinde Antalya 4.

¹²¹ AIHM; *Seven/ Türkiye*, B. No.: 60392/08, 23.1.2018, §54-57, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

¹²² AIHM, *Güç/ Türkiye*, B. No.: 15374/11, 23.01.2018, §32, <https://hudoc.echr.coe.int/>. ÖZEN/KÖKSAL, s. 269-70. FEYZİOĞLU/TANER, s. 25. TANER, 2022, s. 70. TOZMAN, s. 335-337. HARRIS et al., s. 438.

¹²³ Böyle kararların suçlu sayılmama hakkını ihlal edeceği yönünde bkz.: GÖKCEN et al., s. 141. Benzer yönde ERGÜNE, 2024, s. 293.

¹²⁴ AYM, *S. M. Başvurusu*, B. No.: 2016/6038, 20.6.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/ kararlar-bilgi-bankasi>.

¹²⁵ Bireysel başvuru kararına yönelik değerlendirmeler için bkz.: ERGÜNE, 2025, 7. dk.

Aile Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. Mahkeme bu kararında, “şiddet uygulayan” başvurunun, şiddet mağduruna yönelik şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması için uyarılmasına; “şiddet uygulayanın” korunan kişiye, bu kişinin bulunduğu konuta yaklaşmamasına (...) hükmetmiştir.¹²⁶

Aynı süreçte, başvuru hakkında kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan yürütülen soruşturma; kamu davası açılmasını gerektirir nitelikte ve yeterlilikte somut delil bulunmadığından bahisle, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesiyle son bulmuştur. Başvurucu, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine, Antalya 5. Aile Mahkemesi nezdinde tedbir kararına itiraz etmiştir. Ancak bu itiraz, tedbir kararı verilebilmesi için şiddet uygulandığı hususunda delil ve belge aranmayacağı belirtilerek reddedilmiştir. Başvurucu da, nihai kararı öğrenmesinin ardından, tedbir kararında geçen ifadelerin suçlu sayılmama hakkını ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.¹²⁷

AYM, yaptığı incelemede ilk olarak, suçlu sayılmama hakkının iki boyutlu bir koruma getirdiğine; dolayısıyla haklarında kesin hükümle verilen bir mahkumiyet kararı bulunmayan kişilerin suçsuzluğuna, takip eden yargılamalar ve olaylarda da saygı gösterilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.¹²⁸ AYM bu tespitlerin ardından, her ne kadar 6284 sayılı Kanun’un terminolojisi bakımından “şiddet uygulayan” tabiri, şiddet uygulama tehlikesi bulunan kişileri kapsamına alsada, verilen tedbir kararlarında doğrudan böyle bir kullanım yerine “şiddet uyguladığı iddia edilen”, “şiddet uygulama tehlikesi bulunduğu iddia edilen” ya da “aleyhine tedbir istenen” gibi ifadelerin tercih edilmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir.¹²⁹ Bu doğrultuda, somut olaydaki tedbir kararıyla, başvurunun, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen eylemi gerçekleştirdiği izlenimine yol açıldığından suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiğine oy birliğiyle karar vermiştir.¹³⁰

¹²⁶ AYM, S. M. Başvurusu, B. No.: 2016/6038, 20.6.2019, §9-11, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹²⁷ AYM, S. M. Başvurusu, B. No.: 2016/6038, 20.6.2019, §12-16, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹²⁸ AYM, S. M. Başvurusu, B. No.: 2016/6038, 20.6.2019, §21-22, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹²⁹ AYM, S. M. Başvurusu, B. No.: 2016/6038, 20.6.2019, §51, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹³⁰ AYM, S. M. Başvurusu, B. No.: 2016/6038, 20.6.2019, §52-53, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

B. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Hukuki Sonuç Bağlanması

1. AYM'nin İptal Kararları Öncesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu

Hukukumuzda ilk olarak Çocuk Koruma Kanunu ile giren¹³¹ hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinde yasal dayanak kazanmasıyla yetişkinler açısından da uygulanabilir hale gelmiştir.¹³² HAGB kararıyla amaçlanan, özellikle cezası daha hafif suçlarda, kişinin cezaevine girmeden ıslahını sağlamaktır.¹³³ Hükümün açıklanmasının geri bırakıldığı durumlarda, esasında, ilk derece mahkemesi, sanığın söz konusu suçu işlediği yönde bir kanaate sahiptir.¹³⁴ Ancak suçun ve cezanın hafifliği, sanığın ceza infaz kurumuna girmesinin muhtemel olumsuz etkileri gibi sebepleri göz önünde bulundurarak mahkumiyet yerine HAGB kararı verir.¹³⁵ Yani ortada istinaf veya temyiz aşamasından geçerek kesinleşen, dolayısıyla hükmen sabit hale gelen bir mahkumiyet yoktur.¹³⁶ Nitekim, HAGB kararı, CMK'nın 223. maddesinde¹³⁷ sayılan hüküm çeşitleri arasında da yer almaz.¹³⁸ HAGB kararını düzenleyen

¹³¹ GÖKCEN et al., s. 659. ÖZTÜRK et al., s. 648. KAYA Emir, "İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2013, s. 411.

¹³² ÖZBEK et al., s. 725. GÖKCEN et al., s. 659. YALÇIN Can, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 99. KUMBASAR Enver, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 111-112.

¹³³ YURTCAN, s. 867. SOYASLAN Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 444. KAYA, 2013, s. 411. TULAY M. Emre, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 4, 2021, s. 479.

¹³⁴ GÖKCEN et al., s. 659. ÜZÜLMEZ/ GÖKTÜRK, s. 555. YILDIRIM, 2018, s. 211.

¹³⁵ ERGÜNE, 2024, s. 276. CANPOLAT Can, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2023, s. 1273. AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Celal Mümtaz Akıncı ve Yusuf Şevki Hakyemez'in Karşı Oyu §8, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹³⁶ CENTEL/ ZAFER, s. 883. GÜNGÖR Devrim/ TOROSLU Haluk, "Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 1976.

¹³⁷ "Duruşmanın sona ermesi ve hüküm

Madde 223- (1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür."

¹³⁸ AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Engin Yıldırım'ın Karşı Oyu §3, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>. YALÇIN Can, s. 102.

CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasına¹³⁹ bakıldığında da HAGB kararının, kurulan hükmün sanık açısından bir hukuki sonuç doğurmaması anlamına geldiğinin vurgulandığı görülecektir.¹⁴⁰ CMK'nın 231. maddesinin gerekçesine bakıldığında, HAGB'nin hedefinin, kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamak ve bireylerin toplum ile uyum sağlamasını gerçekleştirmek olduğu görülmektedir. Böylelikle sanık, hükümlü statüsünde görülmeyecek ve adeta ona ikinci bir şans verilecektir.¹⁴¹

HAGB kararının verilebilmesi için; hükmolunan cezanın, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması; mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, tamamen giderilmesi gereklidir.¹⁴² Ayrıca, tüm bu şartların varlığı halinde, mahkemenin HAGB kararı verebilmesi, sanığın kabulüne bağlıdır.¹⁴³ Yani, HAGB kararı veren mahkeme, esasen sanığın suç işlediği yönünde bir kanaate sahiptir. Ancak sayılan şartların varlığı halinde, kişinin infazsız ıslahı için mahkumiyet hükmünü açıklamamaktadır.

¹³⁹ “Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması

Madde 231- (5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.”

¹⁴⁰ CENTEL/ ZAFER, s. 883. ÖZBEK et al., s. 726. GÖKCEN et al., s. 659. ÖZTÜRK et al., s. 648. ERGÜNE, 2024, s. 277. DÜLGER/ TAŞKIN, s. 281. YILDIRIM, 2018, s. 215. AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Celal Mümtaz Akıncı ve Yusuf Şevki Hakyemez'in Karşı Oyu §6, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>. Ancak, aşağıda da ele alınacağı üzere, uygulamada HAGB kararına hukuki sonuç bağlanarak suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiğine sıklıkla rastlanmaktadır. HAGB kararlarının hukuk mahkemelerindeki şahsi hak taleplerinde dikkate alınmasına yönelik bir eleştiri için bkz.: KATOĞLU Tuğrul, “Açıklanması Geri Bırakılan Hükme İlişkin Dosya, Hukuk Mahkemesine Getirtilemez”, **Güncel Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 112, 2013, s. 51-53. Aynı yönde KAYA, 2013, s. 420.

¹⁴¹ GÜNGÖR Devrim/ OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, s. 1954.

¹⁴² SOYASLAN, s. 445. CENTEL/ ZAFER, s. 885 vd. GÖKCEN et al., s. 661 vd. GÜNGÖR/ OKUYUCU ERGÜN, s. 1955- 1956. KARTAL MEMİŞ Pınar, “Ceza İnfazının Ertelenmesi Sebeplerinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Suç ve Ceza Dergisi**, C. 14, S. 1, 2021, s. 9. YALÇIN Can, s. 121 vd. KUMBASAR, s. 113 vd.

¹⁴³ SOYASLAN, s. 445. TULAY, s. 489.

HAGB kararı sonrasında kişi, beş yıl süreyle bir denetime tabi tutulur. Bu denetim süresi içinde yeni bir suç işlemeyen ve denetimli serbestlik tedbirlerine uyan kişi hakkında adeta askıda olan mahkumiyet hükmü ortadan kaldırılarak açılmış ceza davasının düşmesine karar verilir.¹⁴⁴ Ancak hakkın- da HAGB kararı verilen kişi, denetimli serbestlik süresi boyunca, kasıtlı bir suç işler veya öngörülen denetimli serbestlik tedbirlerine uymazsa açıklan- ması geri bırakılan mahkumiyet hükmü açıklanır ve yargılama kaldığı yer- den devam ettirilir.¹⁴⁵ Böylelikle artık istinaf ve temyiz kanun yolu denetimi- ne açık bir mahkumiyet hükmü söz konusu olur. Dolayısıyla bu hüküm, kanun yolu denetiminden geçerek kesin hüküm haline gelebilecek nitelikte- dir.¹⁴⁶ Hükümün, kişinin denetimli serbestlik süresi sırasında kasıtlı başka bir suç işlemesi nedeniyle açıklanması için bu ikinci suçla ilgili sürdürülen yar- gılamanın tamamlanmış ve kişinin atılı suçtan kesin hükümle mahkum edil- miş olmasının gerekliliği unutulmamalıdır.¹⁴⁷

2. HAGB Kararı ile Suçlu Sayılmama Hakkı İlişkisinin AYM Kararları Üzerinden Tartışılması

a. E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021 Sayılı Kararı

HAGB kararıyla suçlu sayılmama hakkının nasıl ihlal edilebileceği, ilk olarak AYM'nin E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021 künyeli kararı üzerin- den tartışılacaktır. Söz konusu somut norm denetimi kararı, bu başlık altında ele alınan bireysel başvuru kararlarından farklı olarak, doğrudan yasa hük- münün suçlu sayılmama hakkını ihlal ettiği iddiasına dayanmaktadır. Dola- yısıyla bu karar, kanun koyucunun, yasama faaliyetlerinde kullandığı dil nedeniyle suçlu sayılmama hakkının ihlal edilebileceği yönünde Alman doktrininde yapılan tartışmaların¹⁴⁸ Türk hukuk sistemine taşınması açısından önem arz etmektedir.

İlgili kararda, AYM, haklarında belli suçlardan HAGB kararı verilen ki- şilerin özel güvenlik görevlisi olamayacakları yönünde bir düzenleme geti-

¹⁴⁴ SOYASLAN, s. 446. GÖKCEN et al., s. 659. GÜNGÖR/ TOROSLU, s. 1975-1976. YAL- ÇIN Can, s. 251. YILMAZ Enes, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme", *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, C. 1, S. 2, 2021, s. 277.

¹⁴⁵ SOYASLAN, s. 446. GÜNGÖR/ OKUYUCU ERGÜN, s. 1963. YALÇIN Can, s. 255.

¹⁴⁶ YILMAZ, s. 275.

¹⁴⁷ TULAY, s. 501.

¹⁴⁸ STAUDINGER, s. 87-88.

ren 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesi-nin¹⁴⁹ Anayasa'ya uygunluğunu tartışmıştır.¹⁵⁰ Kararda, Mahkeme'nin çoğunluk görüşünü kaleme alan üyeleri, itiraz yoluyla önlerine gelen kuralın, haklarında HAGB kararı verilen kişilere bir cezai müeyyide uygulanmasını düzenlemediğini, yalnızca özel güvenlik görevlisi olarak çalışacak kişilerde aranan bir niteliği ortaya koyduğunu söylemişlerdir.¹⁵¹ Bu nedenle Mahkeme, on beş üyeden sekizinin yazdığı çoğunluk görüşünde, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalan bu düzenlemenin suçlu sayılmama hakkına aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır.¹⁵²

¹⁴⁹ “Özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar

Madde 10- Özel güvenlik görevlilerinde aşağıdaki şartlar aranır:

a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak.

b) (Değişik: 21.4.2005 - 5335/23 md.) Silahsız olarak görev yapacaklar için en az sekiz yıllık ilköğretim veya ortaokul; silahlı olarak görev yapacaklar için en az lise veya dengi okul mezunu olmak.

c) 18 yaşını doldurmuş olmak.

d) (Değişik: 2.1.2017- KHK-680/69 md.; Aynen kabul: 1.2.2018-7072/67 md.) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;

1) Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamak.

2) Affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarından mahkûm olmamak.

3) Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından dolayı hakkında devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma bulunmamak.

e) (Mülga: 23.1.2008- 5728/578 md.)

f) Görevin yapılmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı ile engelli bulunmamak.

g) 14 üncü maddede belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla tamamlamış olmak.

h) (Ek: 2.1.2017 - KHK-680/69 md.; Aynen kabul: 1.2.2018-7072/67 md.) Güvenlik soruşturması olumlu olmak.”

¹⁵⁰ Özel güvenlik görevlisi olmak için gerekli şartların ve HAGB kararının etkisinin tartışılması konusunda bkz.: GÜLER Fatih, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Özel Güvenlik Görevlisi Olma Şartlarına Etkisi”, **10. Anadolu Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi**, Diyarbakır, 2022.

¹⁵¹ AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, §29, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁵² AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, §30, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

Çoğunluk görüşüne muhalif kalan yedi üye ise, yazdıkları karşı oylarda, HAGB ve suçlu sayılmama hakkı kavramlarını birlikte ele alarak haklarında HAGB kararı verilen kişilerin suçlu sayılmama hakkının koruması kapsamında olduklarını belirtmişlerdir.¹⁵³ HAGB kararı, kesin hüküm niteliğinde olmadığından kişinin suçluluğunu ispatlamak için yeterli değildir. Suçlu sayılmama hakkı, kişinin kesin hükümle verilen mahkumiyet kararına kadar suçsuzluğuna saygı gösterilmesini gerektirdiğinden, haklarında HAGB kararı verilen kişilerin hak kapsamında değerlendirileceği tartışmasızdır.¹⁵⁴ Açıklanan nedenlerle, itiraz yoluyla AYM önüne gelen hükmün suçlu sayılmama hakkını ihlal edeceği sonucuna ulaşılmıştır.

HAGB kararı ile suçlu sayılmama hakkı kavramları birlikte ele alındığı takdirde, AYM'nin çoğunluk görüşüne katılmak mümkün değildir. Karşı oy yazan üyelerin de isabetli şekilde belirttikleri gibi; her ne kadar HAGB kararı veren mahkeme, sanığın suçlu olduğu yönünde bir kanıya sahipse de kişinin ceza infaz kurumuna girmeden, denetimli serbestlik tedbirleriyle ıslahının sağlanmasını uygun görmektedir.¹⁵⁵ Bu doğrultuda düşünüldüğünde, itiraza konu hüküm, haklarında HAGB kararı verilen kişilere yönelik bir cezai müeyyide öngörmeyerek suçlu sayılmama hakkının ilk boyutuna aykırılık teşkil etmese de, bu kişilerin suçsuzluğuna kamu makamları nezdinde saygı duyulmaması sonucunu doğurduğundan hakkın ikinci boyutunu ihlal etmektedir.

b. Mehmetan Kamburoğlu Başvurusu

Karara konu olayda, jandarma uzman erbaş alımı sınavında başarılı olan uzman erbaş sıfatıyla kursiyer olarak görev yapmaya başlayan başvuru

¹⁵³ AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Zühtü Arslan'ın Karşı Oyu §25, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu §4, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Engin Yıldırım'ın Karşı Oyu §11, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Celal Mümtaz Akıncı ve Yusuf Şevki Hakyemez'in Karşı Oyu §28, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, M. Emin Kuz'un Karşı Oyu, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Selahaddin Menteş'in Karşı Oyu, §12, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁵⁴ YILDIRIM, 2017, s. 504.

¹⁵⁵ GÜNGÖR/ OKUYUCU ERGÜN, s. 1955.

hakkındaki güvenlik soruşturması; tehdit ve kasten yaralama suçlarından hakkında verilen HAGB kararı ile mala zarar verme suçundan verilen kesinleşmiş adli para cezası nedeniyle olumsuz sonuçlanmıştır. Başvurucu, sözleşmesinin feshine dair işlemin iptali istemiyle idari yargıda dava açmış, her ne kadar Kastamonu İdare mahkemesi başvurucunun talebi doğrultusunda iptal kararı verse de Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. Dava Dairesi, “dava-cının işlediği ve ceza almasına sebep olan suçların vasfı, mahiyeti ve birden fazla olması hususları ile yerine getirmesi gereken kamu görevinin önemi ve gerektirdiği nitelikleri”ni vurgulayarak idarenin yaptığı istinaf başvurusunu kabul ederek kararın kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermiştir. Temyiz talebinin Danıştay 12. Daire tarafından kesin olarak reddedilmesi üzerine; başvurucu, suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla, AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuştur.¹⁵⁶

AYM, yaptığı esas incelemesinde, öncelikle ceza davasıyla bağlantılı olan hukuk yargılamaları ve idari yargılamalarda, karar vericilerin kullandıkları dilin suçlu sayılmama hakkının ihlaline yol açabileceğini vurgulamıştır. Nitekim hukuk ve idare mahkemelerinin, hakkında kesin hükümle verilen bir mahkumiyet kararı bulunmayan kişilerin suçsuzluğunu tartışma konusu haline getirebilecek kararlar vermesinin, suçlu sayılmama hakkının ikinci boyutuna aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur.¹⁵⁷

AYM bu doğrultuda; başvurucu hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı niteliğinde olmayan HAGB kararlarına dayanılarak disiplin soruşturmasının olumsuz sonuçlandırılmasını ve idari işlemin iptaline yönelik yargılama sürecinde mahkemelerin, başvurucunun suçsuzluğunu tartışma konusunu haline getirmelerinin suçlu sayılmama hakkını ihlal ettiğine, oy çokluğuyla, karar vermiştir.¹⁵⁸

İrfan Fidan ise yazdığı karşı oyda, somut olayda, mahkemelerin idari işlemin iptaline yönelik istemi reddetmelerinde temel gerekçenin başvuru hakkında mala zarar verme suçundan kesinleşmiş olan adli para cezası olduğunu, kasten yaralama ve tehdit suçlarından verilen HAGB kararının ikincil

¹⁵⁶ AYM, *Mehmethan Kamburoğlu Başvurusu*, B. No.: 2019/27554, 31.1.2024, §7-10, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁵⁷ AYM, *Mehmethan Kamburoğlu Başvurusu*, B. No.: 2019/27554, 31.1.2024, §32-34, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁵⁸ AYM, *Mehmethan Kamburoğlu Başvurusu*, B. No.: 2019/27554, 31.1.2024, §40-45, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

nitelik arz ettiğini belirtmiştir.¹⁵⁹ Ancak başvuru hakkında HAGB kararı verilmiş de olsa, ilk derece mahkemesindeki yargılamanın başvuru suçu olduğu kanaatiyle sonlandırıldığını da vurgulamıştır. Ayrıca, idare mahkemelerinde yapılan yargılamada, suçlayıcı bir dil kullanılmadığı kanaatinde olduğunu açıklamıştır. Bu hususlarla birlikte başvuru hakkının hassas bir meslek biçiminde nitelendirilen jandarma olarak çalışacağı da göz önünde tutulduğunda, somut olayda suçlu sayılmama hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁰

c. Emrah Şahin Başvurusu

AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*'nda¹⁶¹; başvuru hakkının, devlet memurluğundan çıkarma işleminin iptali istemiyle açtığı davada, çıkarma işlemine konu eylem nedeniyle yapılan ceza yargılamasında, zimmet suçundan HAGB kararı verilmesine karşın idare mahkemesince eylemin sabit görülerek devlet memurluğundan çıkarma işleminin hukuka uygun bulunması nedeniyle suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği iddiasını ele almıştır.¹⁶²

Karara konu olayda, başvuru hakkında, belediyede tahsildar olarak çalıştığı dönemde, belli miktar tahsilatı belediye hesaplarına yatırmadığı gerekçesiyle idari soruşturma yapılmış, soruşturmanın ardından ise zimmet suçu isnadıyla ceza davası açılmıştır. Başvuru bunun üzerine devlet memurluğundan çıkarılmıştır. Bu süreçte, başvuru hakkında yürütülen ceza davasında HAGB kararı verilmiştir. Başvuru, bu kararın ardından, devlet memurluğundan çıkarılma işlemine karşı Samsun 2. İdare Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Mahkeme, “mahkumiyet kararının hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle hukuki sonuç doğurmaması ve infaza ilişkin hükümlerin beş yıl süre ile askıda bırakılması disiplin hukuku açısından zimmet fiilinin sanık tarafından gerçekleştirilmemiş sayılması şeklinde değerlendirilemeyeceğinden (...) dolayısıyla davacı üzerine atılı fiilin sübuta erdiği anlaşıldığından” biçimindeki gerekçelerle davayı reddetmiştir. Başvuru, ret kararına karşı yaptığı istinaf başvurusunun da kesin olarak redde-

¹⁵⁹ AYM, *Mehmetan Kamburoğlu Başvurusu*, B. No.: 2019/27554, 31.1.2024, İrfan Fidan'ın Karşı oyu, §9-10, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶⁰ AYM, *Mehmetan Kamburoğlu Başvurusu*, B. No.: 2019/27554, 31.1.2024, İrfan Fidan'ın Karşı oyu, §12-15, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶¹ AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶² AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020, §32, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

dilmesiyle suçlu sayılmama hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.¹⁶³

AYM, başvuruyu kabul edilebilir bulmasının ardından yaptığı esas incelemesinde, HAGB kararı verilen durumlarda her ne kadar sanık hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmasa da ilk derece mahkemesinin, sanığın suçu işlediği yönünde bir kanaate sahip olduğunu¹⁶⁴; bu nedenle de yapılan yargılamada zimmet fiilinin sübutuna dayanılarak başvurunun devlet memurluğundan çıkarılmasının suçlu sayılmama hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁵

Yusuf Şevki Hakyemez ise yazdığı karşı oyda, HAGB kararına konu fiilin devlet memurluğundan çıkarılmaya dayanak teşkil etmesinin suçlu sayılmama hakkını ihlal etmediği yönünde çoğunluk görüşüne katılmakla beraber, idare mahkemesinin ret kararındaki ifadelerin hakkın ihlaline yol açtığı kanısında olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁶

d. Mustafa Kıvrak Başvurusu

Emniyet amiri olarak görev yapan başvurucu hakkında, “görevli memura hakaret” ettiği gerekçesiyle sürdürülen ceza yargılamasında HAGB kararı verilmiştir. Başvurucu, bu karar nedeniyle terfi ettirilmemiş ve açtığı iptal davası da Manisa İdare Mahkemesi tarafından başvurunun “adli yargı yerinde 2 ay 20 gün hapis ve para cezasına mahkûm edildiği” gerekçesiyle¹⁶⁷ reddedilmiştir. Başvurucu temyiz kanun yoluna başvurmuş ancak temyiz istemi Danıştay 12. Daire tarafından reddedilmiştir. Yaptığı karar düzeltme talebinin de reddedilmesinin ardından, başvurucu, bireysel başvuruda bulunmuştur.¹⁶⁸

¹⁶³ AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020, §9-18, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶⁴ AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020, §42, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶⁵ AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020, Yusuf Şevki Hakyemez’in Karşı Oyu §6, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶⁶ AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020, §50-52, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶⁷ AYM, *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, B. No.: 2013/3175, 20.2.2014, §39, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁶⁸ AYM, *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, B. No.: 2013/3175, 20.2.2014, §5-9, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

Anayasa Mahkemesi, esas incelemesinde, suçlu sayılmama hakkının getirdiği korumanın etkili şekilde uygulandığından bahsedilebilmesi için hakkındaki ceza yargılaması mahkumiyet harici bir kararla sonuçlanan kişilere, kamu görevlileri veya otoriteleri tarafından suçlularmış gibi davranılmasının önlenmesi gerekliliğini vurgulamıştır.¹⁶⁹ Ancak Mahkeme, bu tespitlerine rağmen, somut olayda suçlu sayılmama hakkının ihlali iddiasını, idare mahkemesi kararında geçen ifadelerin yargısal sürece işaret ettiği¹⁷⁰ ve başvurucunun terfi ettirilmemesinin hakkında verilen HAGB kararıyla olan bağlantısı ortaya konulamadığından, açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.¹⁷¹

e. Kararların Değerlendirilmesi

HAGB kararı ve suçlu sayılmama hakkı kavramları birlikte değerlendirildiğinde, hakkında HAGB kararı verilen kişilerin suçlu sayılmama hakkının sağladığı güvence kapsamına girdiği kolaylıkla anlaşılabacaktır. Nitekim HAGB kararı, istinaf ve temyiz incelemelerinden geçerek kesinleşen mahkumiyet kararlarından farklı olarak kesin hüküm niteliğinde olmadığından kişinin suçluluğunu ispatlamak için yeterli değildir.¹⁷² Söz konusu karar; kararı veren mahkemenin sanığın suçlu olduğu yönünde bir kanaate sahip bulunmakla birlikte ceza infaz kurumuna girmeden, denetimli serbestlik tedbirleriyle ıslahının sağlanmasının daha isabetli olacağını düşündüğünü göstermektedir.¹⁷³ Suçlu sayılmama hakkı, kişinin kesin hükümle verilmiş bir mahkumiyet kararının varlığına kadar suçsuz sayılacağını düzenlediğinden, hakkında HAGB kararı verilen kişilerin hak kapsamında değerlendirileceği tartışmasızdır. Dolayısıyla bu noktada cevaplanması gereken esas soru, HAGB kararına bağlanan her hukuki sonucun mu yoksa yalnızca cezai nitelikte olanların mı suçlu sayılmama hakkını ihlal edeceğidir.

¹⁶⁹ AYM, *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, B. No.: 2013/3175, 20.2.2014, §36, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁷⁰ AYM, bu gerekçesini, idare mahkemesi kararında geçen “bu davanın temyiz yargılamasının devam ettiği” ifadelerine dayandırsa da idare mahkemesinin ret kararını verdiği tarihte başvuru hakkında yürütülen ceza yargılamasında HAGB kararı verilmiştir. Bu nedenle idare mahkemesinin HAGB kararına dayandığı açıktır.

¹⁷¹ AYM, *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, B. No.: 2013/3175, 20.2.2014, §41- 43, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁷² ERGÜNE Elif, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Suçlu Sayılmama Karinesinin Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı ile İlişkisi”, **10. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Ben Masumum” Tebliğler**, SÖZÜER Adem (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 176.

¹⁷³ GÜNGÖR/ OKUYUCU ERGÜN, s. 1955.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ve 15. maddesindeki güvence sayesinde de olağanüstü durumlarda bile sınırlandırılmayan çekirdek haklardan¹⁷⁴ olan suçlu sayılmama hakkı, iki boyutlu bir koruma sağlamaktadır. Hakkın sağladığı güvencenin ilk boyutu; suç isnadı altındaki kimsenin, kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla mahkum oluncaya kadar aynı uyumsuzluk veya bağlantılı davalarla ilgili olarak suçlu olduğu algısına yol açabilecek eylem veya işlemlere karşı korunmasıyken ikinci boyutu ise, ceza yargılamasının mahkumiyet dışında bir hükümle sona ermesi halinde, aynı olaya bağlı sonraki yargılamalarda, kişinin bu fiil nedeniyle suçlu sayılmamasıdır.¹⁷⁵ Dolayısıyla haklarında HAGB kararı verilmiş kişilere cezai müeyyide uygulanmaması, suçlu sayılmama hakkının ihlal edilmemesi için yeterli değildir. Kişilerin hakkın ikinci yönünün sağladığı korumadan yararlandığından bahsedebilmek için HAGB kararının, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen denetimli serbestlik yükümlülükleri haricinde, hiçbir hukuki sonuç doğurmaması gerekmektedir.

Kararlar birlikte okunduğunda, ilk bakışta, AYM'nin, *Mehmethan Kamburoğlu* başvurusunda yalnızca bir üyenin karşı oyuyla ihlal kararı vermesi, mahkemenin HAGB kararlarına hukuki sonuç bağlanmasının suçlu sayılmama hakkını ihlal etmeyeceği yönündeki bakış açısını değiştirdiği şeklinde düşünülebilir. Oysa kararlar incelendiğinde, *Mehmethan Kamburoğlu* başvurusunda AYM üyelerinin neredeyse fikir birliğiyle ihlal kararı vermesinin sebebi, HAGB kararına hukuki sonuç bağlanmasından ziyade, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. Dava Dairesinin, “davacının işlediği ve ceza almasına sebep olan suçların vasfı, mahiyeti ve birden fazla olması hususları ile yerine getirmesi gereken kamu görevinin önemi ve gerektirdiği nitelikleri” taşımadığı biçimindeki tespitinde, başvurunun, HAGB kararı verilen fiiller için de ceza aldığı yönündeki çıkarımıdır.¹⁷⁶ Bu doğrultuda, AYM çoğunluğunun, somut olayda, HAGB kararlarına hukuki sonuç bağlanmasından dolayı değil; istinaf yargılamasında başvuru hakkında verilen HAGB kararının, mahkumiyetle denk görülerek hüküm kurulması nedeniyle suçlu sayılmama hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaştığı düşünülebilir. Bir

¹⁷⁴ AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Celal Mümtaz Akıncı ve Yusuf Şevki Hakyemez'in Karşı Oyu §10, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁷⁵ AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021, Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oyu §1, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁷⁶ AYM, *Mehmethan Kamburoğlu Başvurusu*, B. No.: 2019/27554, 31/1/2024, §42, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

başka deyişle, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. Dava Dairesi, başvuru-
nun güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasının haklılığına dayanak
olarak, “davacının işlediği ve ceza almasına sebep olan suçlar”, ifadesi yeri-
ne “hakkında HAGB kararı verilen eylemler”i gösterseydi, AYM’nin yuka-
rıda incelenen diğer bireysel başvuru ve somut norm denetimi kararıyla pa-
ralel biçimde, ihlal olmadığı yönünde bir sonuca ulaşılması beklenebilirdi.

3. AYM’nin E. 2021/121, K. 2022/88, 20.7.2022 Sayılı İptal Kararı

AYM’nin E. 2021/121, K. 2022/88, 20.7.2022 künyeli somut norm denetimi
kararı, HAGB kurumuyla ilgili birtakım köklü değişiklikler getirmeyi amaçladı-
ğından, bu çalışmada değerlendirilecektir. Söz konusu somut norm denetimi kara-
rında; CMK’nın 231. maddesinin “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ka-
rarına itiraz edilebilir.*” biçimindeki 12. fıkrasının Anayasa’nın 10., 35., 36. ve
40. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla AYM’nin önüne gidilmiştir.

AYM, yaptığı somut norm denetiminde, ilk olarak, itiraz mercii tarafın-
dan yapılan denetimin yalnızca şekli şartlara uygunlukla mı sınırlı olacağı,
yoksa içeriğe yönelik bir incelemenin de mi yapılacağı konusunda Yargı-
tay’ın farklı yönde kararları bulunduğu dikkat çekmiştir.¹⁷⁷ Mahkeme,
sonrasında ise, itiraz mercii tarafından yapılan incelemelerin “bu kanun yo-
luna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfa-
atlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin
demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün
belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu” teşkil etmediğini vur-
gulamıştır.¹⁷⁸ Söz konusu tespitlerin ardından ise, HAGB kararlarına karşı
itiraz kanun yoluna gidilebileceğini düzenleyen inceleme konusu 12. mad-
denin, Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin korunması başlıklı 40. mad-
desine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle iptaline¹⁷⁹ ve iptal kararının, kararın
Resmi Gazete’de yayımlanmasının ardından dokuz ay sonra yürürlüğe gir-
mesine¹⁸⁰ oybirliğiyle karar vermiştir.

¹⁷⁷ AYM, E. 2021/121, K. 2022/88, 20.7.2022, §8-12, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁷⁸ AYM, E. 2021/121, K. 2022/88, 20.7.2022, §30, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁷⁹ AYM, E. 2021/121, K. 2022/88, 20.7.2022, §44, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁸⁰ AYM, E. 2021/121, K. 2022/88, 20.7.2022, §33, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

4. AYM'nin E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023 Sayılı İptal Kararı

AYM'nin E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023 sayılı somut norm denetimi kararında ise, CMK'nın 231. maddesinin 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13. ve 14. fıkralarının; Anayasa'nın, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruyan 17. maddesine aykırılığı iddiası ele alınmıştır.

AYM somut norm denetimi neticesinde yaptığı incelemede, HAGB kararlarına yönelik itiraz kanun yolu öngörülmesinin, hükmün kurulmasından önceki bir aşamada sanığın istinaf kanun yolundan feragati anlamına geldiği¹⁸¹, HAGB kararının ardından müsaderecinin infazına ne zaman başlanılacağı konusunda kanunda açıklık bulunmadığı¹⁸²; özellikle işkence, eziyet ve kötü muamele suçları bakımından sanıklar hakkında HAGB kararı verilmesinin, devletin Anayasa'nın 17. maddesi doğrultusunda sahip olduğu pozitif yükümlülüklerle aykırılık teşkil ettiği ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanamamasına yol açtığı¹⁸³ ve genel olarak HAGB kurumunun uygulanmasıyla ilgili keyfiliklere sıklıkla rastlandığı¹⁸⁴ için 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12.¹⁸⁵, 13. ve 14. fıkralarının iptaline¹⁸⁶ oyçokluğuyla, söz konusu iptal kararının, Resmi Gazete'de yayımlan-

¹⁸¹ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, §39, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁸² AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, §48, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>. TCK'nın 54. maddenin birinci fıkrasında yer alan "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve genel ahlak, kamu güvenliği, kamu sağlığı açısından tehlike arz eden" eşya ile dördüncü fıkrasında ortaya konulan "üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suç teşkil eden" eşya haricinde eşya ve kazanç müsaderecinin infazına, HAGB kararının ardından başlanılmaması gerektiği yönünde bkz.: GÜNGÖR/ TOROSLU, s. 1977-1978.

¹⁸³ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, §55, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁸⁴ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, §56, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁸⁵ CMK'nın 231. maddesinin 12. fıkrası, AYM'nin bir önceki başlıkta incelenen, E. 2021/121, K. 2022/88, 20.7.2022 künyeli kararıyla iptal edilmesinin ardından 28.3.2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesi ile "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir." şeklinde yeniden düzenlenmiş ve 5.4.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ele alınan kararda, 12. maddenin değişiklik sonrasındaki hali değerlendirme konusu yapılarak iptal edilmiştir.

¹⁸⁶ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, §60, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

masının ardından bir yıl sonra yürürlüğe girmesine ise oybirliğiyle¹⁸⁷ karar vermiştir.¹⁸⁸

Karşı oy yazan üyeler ise, CMK'nın 231. maddesinin 5 numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, yani iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ile cezalandırılan sanık hakkında HAGB kararı verilebilmesine yönelik düzenlemenin iptali açısından çoğunluk görüşüne muhalif kalmışlardır.¹⁸⁹ Karşı oy yazan üyeler, söz konusu kuralın iptal gerekçeleri arasında, sanığa hakkında HAGB kararı uygulanmasına rıza gösterip göstermediğinin sorulacağı zamanın belirsiz olmasının da yer aldığını ancak bu durumun, maddenin 6. fıkrasıyla ilişkili olduğunu vurgulamışlardır.¹⁹⁰ Ayrıca iptal edilen kuralın müsadere ve dolayısıyla mülkiyet hakkıyla ilişkisinin bulunmadığını¹⁹¹ ve HAGB'nin başlı başına cezalandırıcılığı ortadan kaldıran bir kurum olmaması nedeniyle devletin Anayasa'nın 17. maddesi doğrultusunda sahip olduğu pozitif yükümlülüklerle aykırılık teşkil etmediğini¹⁹² belirtmişlerdir.

5. İptal Kararları Sonrasında HAGB Kurumu ve Suçlu Sayılmama Hakkı İlişkisi

AYM'nin yukarıdaki başlıkta incelenen somut norm denetimleri doğrultusunda verdiği iptal kararları sonucunda oluşan kanun boşluğu, 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle doldurulmuş ve söz konusu madde, 12.03.2024 tarihli ve 32487 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁹³ Yapılan bu düzenlemeyle, denetim şekli açısından

¹⁸⁷ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, §62, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁸⁸ İptal nedenlerinin ayrıntılı tartışılması için bkz.: CANPOLAT, s. 1283.

¹⁸⁹ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, Karşı oy Gerekçesi §1, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁹⁰ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, Karşı oy Gerekçesi §31, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁹¹ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, Karşı oy Gerekçesi §38, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁹² AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 1.6.2023, Karşı oy Gerekçesi §45, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹⁹³ CMK'nın 231. maddesinin, 2.3.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle değişen ve 12.3.2024 tarihli ve 32487 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren hali aşağıdaki gibidir:

“(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bira-

kılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması hâlinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi hâlinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması hâlinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması hâlinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanasını durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler hâlinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması hâlinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı hâlinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir. Açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz edilebilir. İtiraz mercii ancak bu fıkradaki koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapılabilir.

(12) 272'nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında 286'ncı madde hükümleri uygulanır. 272'nci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmesi hâlinde temyiz yoluna gidilebilir. İstinaf ve temyiz yolunda karar ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelenir.

belirsizliklere yol açan itiraz kanun yolu yerine istinaf kanun yolu tercih edilmiştir.¹⁹⁴ Değişiklik öncesinde de itiraz kanun yolunda yapılan denetimin; HAGB kurumuna başvurulma şartlarının yanında yerindelik açısından değerlendirmeler içermesi¹⁹⁵ ve 05.04.2023 tarihli, 7445 sayılı Kanunun 21.maddesi uyarınca itiraz kanun yolunun esasa ilişkin değerlendirmeler de içerebileceği düzenlemesi nazara alındığında¹⁹⁶ yapılan bu değişikliğin, uygulamadaki duruma¹⁹⁷ yasal dayanak kazandırdığı söylenebilir.¹⁹⁸ Nitekim, istinaf kanun yolunda, hem maddi hem hukuki meseleye ilişkin denetim yapılmaktadır.¹⁹⁹ Dolayısıyla, HAGB kararlarına karşı başvurulacak kanun yolunun değişmesi, yapılan incelemenin mahiyeti açısından, esaslı bir fark yaratmamaktadır.²⁰⁰ Her ne kadar yapılacak istinaf incelemesi sonrasında HAGB kararının onanmasına, düzeltilerek onanmasına, bozulmasına ya da davanın yeniden görülmesine karar verilecek olsa da²⁰¹ bu değişikliğin suçlu sayılmama hakkı ve HAGB kararları arasındaki ilişkiye etkisi; süreç içerisinde şekillenecektir.²⁰²

Ayrıca bu çalışmanın konusuyla ilgili olarak; sanığa, yargılamanın başlangıcında adeta suçluluğunu kendi ağzıyla kabul ettirmek anlamına gelen,

(13) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

¹⁹⁴ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 848. CAN Sibel/ EVİRGİN Selen, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Mustafa Avcı’ya Armağan, C. 6, S. 2, (2025), s. 2074.

¹⁹⁵ CAN/ EVİRGİN, s. 2091.

¹⁹⁶ HAGB kararlarına karşı gidilecek kanun yolu incelemesinin içeriği hakkında bkz.: ÇINAR Çağatay, “HAGB’nin Bazı Ülkelerdeki Örnekleri ve 8. Yargı Paketine Kadar Türkiye’de HAGB Kurumunun Evrimi”, **Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2024, s. 160.

¹⁹⁷ Yargıtay’ın HAGB kararlarının denetimi konusundaki farklı yöndeki kararlarının değerlendirilmesi için bkz.: CAN/ EVİRGİN, s. 2092 vd.

¹⁹⁸ CANPOLAT, s. 1292.

¹⁹⁹ GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 16.

²⁰⁰ CANPOLAT, s. 1292.

²⁰¹ CAN/ EVİRGİN, s. 2116 vd.

²⁰² Kanun yolu denetimi açısından yapılan bu değişikliğin, istinaf sürecinin itiraza kıyasla daha uzun sürecek nitelikte olması nedeniyle lekelenmeme hakkı bağlamında olumsuz bir durum olarak değerlendirilebileceği konusunda bkz.: ERGÜNE, 2024, s. 283.

hakkında HAGB kararı uygulanmasına rıza gösterip göstermediğinin sorulmasının da önüne geçilmiştir.²⁰³ Bu doğrultuda düşünüldüğünde, söz konusu değişikliğin, suçlu sayılmama hakkının ihlalinin engellenmesine yönelik bir adım teşkil ettiği kabul edilebilir. Ancak HAGB kararları ile hakkın ihlaline yol açan temel sorun, kamu gücünü kullanan otoriteler tarafından bu kararlara hukuki sonuç bağlanmasıdır. Ne yazık ki uygulamadaki bu temel sorun; kanun değişikliğiyle değil, bakış açısı değişikliğiyle çözülebilecek niteliktedir.

Sonuç olarak yukarıda incelenen E. 2021/30, K. 2021/80, 4.11.2021 sayılı somut norm denetimi kararı ile B. No.: 2019/27554, 31.1.2024 künyeli *Mehmethan Kamburoğlu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020 künyeli *Emrah Şahin* ve B. No.: 2013/3175, 20.2.2014 künyeli *Mustafa Kıvrak* başvuruları, her ne kadar AYM'nin iptal kararları yürürlüğe girmeden verilmiş de olsa, AYM özelinde yargı organlarının suçlu sayılmama hakkının koruma kapsamına yönelik geliştirdikleri bakış açısını gözler önüne sermektedir. Her ne kadar AYM çoğunluğunun *Mehmethan Kamburoğlu* başvurusunda suçlu sayılmama hakkının getirdiği iki boyutlu korumayı gözettiği düşünülse de, ihlal kararının temel gerekçesinin HAGB kararlarına hukuki sonuç bağlanılmasından ziyade, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. Dava Dairesinin kararında geçen ifadeler olduğu anlaşılmaktadır.

AYM'nin iptal kararları ve ardından yapılan kanuni düzenlemeler, tartışılan sorunların çözümüne yönelik önemli bir adım olmakla birlikte yeterli değildir. Nihai çözüme, suçlu sayılmama hakkının getirdiği çok yönlü korumanın benimsendiği bir içtihadın yerleştiği ve bu doğrultuda HAGB kararlarına hukuki sonuç bağlanılmasından kaçınıldığı takdirde ulaşılabacaktır.

C. Ceza Muhakemesinin Soruşturma Evresinin Gizliliğinin İhlal Edilmesi

1. Genel Olarak Soruşturma Evresi

Ceza muhakemesi, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki evreden oluşmaktadır.²⁰⁴ Soruşturma evresi, suçları takiple yetkili mercilerin ihbar veya başka bir yolla bir suçun işlendiği konusunda bilgi edinmeleriyle baş-

²⁰³ HAGB kararı verilmeden önce sanığa sorulması hakkında bkz.: TANER Fahri Gökçen, "Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2011.

²⁰⁴ TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 305. ÜZÜLMEZ/ GÖKTÜRK, s. 32. ERBAŞ Rahime, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Muhakemesinin Soruşturma Evresinin Aleniye Karşı Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 33.

lar.²⁰⁵ Nitekim, soruşturma evresi, CMK'nın 2. maddesinde “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” olarak tanımlanmıştır. Soruşturma evresinde amaçlanan; söz konusu suç şüphesinin aydınlatılması, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delillerin toplanması, delillerin koruma altına alınması ve kovuşturma evresine geçilmesini sağlayacak yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının belirlenmesidir.²⁰⁶

Soruşturma evresinin gizliliği²⁰⁷, CMK'nın 157. maddesinde “*Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.*” ifadeleriyle hüküm altına alınmıştır.²⁰⁸ Gizlilik, kural olarak soruşturma evresi boyunca, yani suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçerli bir ilkedir.²⁰⁹ Ancak duruşmanın açıklığını düzenleyen CMK 182 hükümünden²¹⁰ de anlaşılacağı üzere, iddianamenin kabulüyle birlikte kovuşturma evresine geçildiğinde artık aleniyet ilkesi geçerli olacak ve duruşmanın kapalı yürütülmesine ilişkin başkaca bir karar verilmediği takdirde bütün duruşmalar aleni yapılacaktır.²¹¹

²⁰⁵ TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 305. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 621. ÖZBEK et al., s. 162. GÖKCEN et al., s. 575. ÖZTÜRK et al., s. 598. ÜZÜLMEZ/ GÖKTÜRK, s. 32. TOROSLU Haluk, “Suç Uydurma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2013, s. 326.

²⁰⁶ BIÇAK, s. 353. DÜLGER/ TAŞKIN, s. 68. ERBAŞ, s. 33. ARTANTAŞ Günce, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Gizliliği*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 41.

²⁰⁷ Karşılaştırmalı hukukta soruşturmanın gizliliği ilkesinin düzenlenişi ve uygulanışı hakkında bkz.: CENTEL, s. 61- 62.

²⁰⁸ ÜZÜLMEZ/ GÖKTÜRK, s. 172. OKUYUCU ERGÜN, 2022, s. 143. ERBAŞ, s. 92.

²⁰⁹ YURTCAN, s. 532. OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 2, 2010, s. 244-245. ÇAKIR Kerim, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 1, 2012, s. 231. ARTANTAŞ, 2021, s. 42.

²¹⁰ “Duruşmanın açıklığı

Madde 182 - (1) Duruşma herkese açıktır.

(2) Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.

(3) Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.”

²¹¹ OKUYUCU ERGÜN Güneş, *Ceza Muhakemesi İşlemleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 78-79. OKUYUCU ERGÜN, 2010, s. 248. ERBAŞ Rahime/ ATEŞ SARIDAĞ Büşra Hazel, “Ceza Muhakemesinde Duruşmanın Aleniyeti İlkesine Yeni Bir İstisna Olarak Kişisel Veriler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, 2022, s. 379. ARTANTAŞ Günce, “Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 1, 2022, s. 414.

2. Soruşturma Evresinin Gizliliğinin İhlalinin TCK'daki ve CMK'daki Yansımaları

Soruşturma evresinin gizliliğinin ihlali, TCK'nın 285. maddesinde²¹², suç olarak düzenlenmiştir.²¹³ Hükmün ilk fıkrasından da anlaşılacağı üzere, soruşturma evresindeki işlemlerin açıklanması suretiyle suçlu sayılmama hakkının ihlal edilmesi, doğrudan suçu oluşturan bir ihtimal olarak öngörülmüştür.²¹⁴ Bu doğrultuda düşünüldüğünde, şüphelinin henüz bir suç isnadı altında bulunmadığı soruşturma evresinde gizliliğin ihlalinin, suçlu sayılmama hakkının ihlaline yol açabilecek yegane araçlardan olduğu anlaşılacaktır.²¹⁵ Benzer şekilde TCK'nın "Ses veya görüntülerin kayda alınması" başlıklı 286. maddesinde²¹⁶ de gerek soruşturma gerekse kovuşturma evrele-

²¹² "Gizliliğin ihlali

Madde 285- (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.

(2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılır.

(5) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(6) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz."

²¹³ ÖZBEK et al., s. 196. ÜZÜLMEZ/ GÖKTÜRK, s. 172. ERBAŞ, s. 93.

²¹⁴ TOZMAN, s. 341.

²¹⁵ GÖKCEN et al., s. 141. ÖZEN/ KÖKSAL, s. 271. OKUYUCU ERGÜN, 2010, s. 262. ÇAKIR, s. 233. ARTANTAŞ, 2021, s. 42-43. TANRIVERMİŞ Atilla, **Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 198. Benzer yönde bkz.: BIÇAK, s. 123.

Soruşturma evresinde müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin suçlu sayılmama hakkını ihlal etmeyeceği yönünde bkz.: ÖNTAN Yaprak, "Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi", **Ankara Üniversitesi 90. Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 576.

²¹⁶ "Ses veya görüntülerin kayda alınması

Madde 286- (1) Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

rinde, muhakeme işlemlerinin yetkisiz olarak kayda alınması, suç olarak düzenlenmiştir.²¹⁷ Dolayısıyla kanun koyucunun, soruşturma evresinin gizliliğini, farklı suç tipleri öngörerek korumaya çalıştığı anlaşılmaktadır.²¹⁸

Soruşturma evresinin gizliliğinin ihlal edilmesinin CMK'da da yansımaları bulunmaktadır.²¹⁹ Nitekim, soruşturmanın gizliliği ilkesini ortaya koyan CMK'nın 157. maddesi²²⁰ yanında²²¹, Cumhuriyet savcısının görev ve yetkilerini düzenleyen CMK'nın 161. maddesinin²²² 5. fıkrasında, soruşturmanın

²¹⁷ ERBAŞ, s. 93.

²¹⁸ ERBAŞ, s. 93.

²¹⁹ ÖZEN/ KÖKSAL, s. 271. OKUYUCU ERGÜN, 2010, 262. ÇAKIR, s. 235.

²²⁰ Soruşturmanın gizliliği

Madde 157 - (1) Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.

²²¹ TOZMAN, s. 341. ERBAŞ, s. 97.

²²² "Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri

Madde 161 - (1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

(2) Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.

(4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür.

(5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.

(6) Vali ve kaymakamların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır.

(7) Yetkisizlik kararı ile gelen bir soruşturmada Cumhuriyet savcısı, kendisinin de yetkisiz olduğu kanaatine varırsa yetkisizlik kararı verir ve yetkili savcılığın belirlenmesi için soruşturma dosyasını, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine gönderir. Mahkemece bu konuda verilen karar kesindir.

gizliliğini ihlal eden kolluk görevlileri hakkında Cumhuriyet savcılarınca, izin gerekmeksizin, doğrudan doğruya soruşturma yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Soruşturma evresinin gizliliğinin ihlalinin suçlu sayılmama hakkına olan etkileri, “Yakalama, Göz Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği”nin, “Soruşturmanın gizliliğinin uygulanması” başlıklı 27. maddesinde²²³ de hükme bağlanmıştır²²⁴. Bu hüküm doğrultusunda, soruşturmanın gizliliğine aykırı davranılarak şüphelin kamuoyu nezdinde suçlu olarak algılanmasına yol açılmasının, suçlu sayılmama hakkını ihlal edeceği anlaşılmaktadır.²²⁵

3. Soruşturma Evresinin Gizliliğinin İhlalinin Suçlu Sayılmama Hakkına Etkileri

Soruşturma evresinin gizliliğinin ihlalinin suçlu sayılmama hakkına yönelik etkileri²²⁶, AİHM kararları bağlamında ele alınmalıdır. *Ürfi Çetinkaya/Türkiye* kararında²²⁷, başvuru, Narkotik Şube Müdürlüğü ekipleri tarafından gerçekleştirilen bir uyuşturucu operasyonunda yakalanmıştır.²²⁸ Başvurucunun yakalanmasının ardından, iki kere basın konferansı, bir kere de basın bildirisi yoluyla kamuoyuna bilgi verilmiştir.²²⁹ Jandarma Komutanlığı tarafından yapılan basın bildirisinde, “uluslararası uyuşturucu kaçakçısı

(8) Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.

(9) Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve bu yer ağır ceza mahkemesine aittir. Soruşturmayı Cumhuriyet Başsavcısı veya görevlendireceği vekili bizzat yapar. Başsavcı veya vekili, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın kısmen veya tamamen yapılmasını isteyebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı zorunlu olan delilleri toplar ve gerekmesi hâlinde alınacak kararlar bakımından bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunur.”

²²³ Soruşturmanın gizliliğinin uygulanması

Madde 27 - Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin “suçlu” olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz.

²²⁴ ÇAKIR, s. 234. ERBAŞ, s. 93.

²²⁵ GÖKCEN et al., s. 142.

²²⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: ERBAŞ, s. 102 vd.

²²⁷ AİHM, *Ürfi Çetinkaya/Türkiye*, B. No.: 19866/04, 23.07.2013, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²²⁸ ÖZEN/ KÖKSAL, s. 276.

²²⁹ AİHM, *Ürfi Çetinkaya/Türkiye*, B. No.: 19866/04, 23.07.2013, §144, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Ürfi Çetinkaya” ifadelerine yer verilmiştir.²³⁰ AİHM, soruşturma evresinde kamuoyunu bilgilendirme yönünde yapılan açıklamaların²³¹ doğrudan suçlu sayılmama hakkının ihlaline yol açmayacağını fakat kamu görevlilerinin bu açıklamaları yaparken şüphelilerin suçlu olduğu izlenimini yaratmaları durumunda hakkın ihlalinin söz konusu olacağını belirtmiştir.²³² Bu doğrultuda, bildiride yer alan ifadenin, toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu kanaatini oluşturacak ve yargılamada görevli hakimlerde ise ön yargıya yol açacak nitelikte olduğundan bahisle ihlal kararı vermiştir.²³³

*Karakaş Yeşilirmak/ Türkiye*²³⁴ kararında, terör örgütü üyeliği iddiasıyla yakalanan kişiler hakkında basın toplantısı düzenleyen polis memurlarının davranışlarının, suçlu sayılmama hakkına aykırılık teşkil edip etmediği tartışılmıştır.²³⁵ AİHM, soruşturma evresinde kamu organlarınca bilgi verilebileceğini ancak bunun soruşturmanın gizliliğine ve bu doğrultuda da suçlu sayılmama hakkına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde yapılması gerektiğini kararda vurgulamıştır.²³⁶ Yani özellikle, etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamında, soruşturmanın ilgililere, soruşturma sonuçlarının ise kamuoyuna açık olması gerekse de bu bilgilendirme, kişinin suçlu olduğu izlenimi yaratılarak yapılmamalıdır.²³⁷ Her ne kadar AİHM, somut olayda, polis memurlarının basın toplantısında nasıl açıklamalar yaptıklarına dair deliller bulunmadığı için suçlu sayılmama hakkının ihlal edilmediği sonucunda da ulaşsa²³⁸ kararda yapılan tespitler, soruşturma evresinin gizliliği ile suçlu sayılmama hakkı arasındaki ilişkiyi göstermesi bakımından önemlidir.

²³⁰ AİHM, *Ürfi Çetinkaya/ Türkiye*, B. No.: 19866/04, 23.07.2013, §144, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²³¹ Kamuoyuna yapılan basın açıklamalarının suçlu sayılmama hakkına etkileri bağlamında bkz.: ÖNOK, s. 113.

²³² AİHM, *Ürfi Çetinkaya/ Türkiye*, B. No.: 19866/04, 23.07.2013, §148, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²³³ AİHM, *Ürfi Çetinkaya/ Türkiye*, B. No.: 19866/04, 23.07.2013, §148-151, <https://hudoc.echr.coe.int/>. ÖZEN/ KÖKSAL, s. 276.

²³⁴ AİHM, *Karakaş Yeşilirmak/ Türkiye*, B. No.: 43925/98, 28.6.2005, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²³⁵ TANER, 2022, s. 71.

²³⁶ AİHM, *Karakaş Yeşilirmak/ Türkiye*, B. No.: 43925/98, 28.6.2005, §49-52, <https://hudoc.echr.coe.int/>. Benzer yönde bkz.: OKUYUCU ERGÜN, 2012, s. 44. OKUYUCU ERGÜN, 2022, s. 143. TANRIVERMİŞ, s. 414.

²³⁷ GÜNGÖR Devrim. “Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması” (raportör olarak), *Journal of Penal Law and Criminology*, C. 3, S. 2, 2015, s. 307. TANER, 2022, s. 72. STAUDINGER, s. 96.

²³⁸ AİHM, *Karakaş Yeşilirmak/ Türkiye*, B. No.: 43925/98, 28.6.2005, §53-55, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Soruşturma evresinin gizliliğinin ihlalinin suçlu sayılmama hakkı bağlamında değerlendirilmesine yönelik *Y. B. ve Diğerleri/Türkiye*²³⁹ kararı da değerlendirilmelidir. İlgili kararda; başvurucular, haklarında sürdürülen yasadışı terör örgütü bünyesinde gerçekleştirilen suçlar hakkındaki soruşturma kapsamında yakalanıp gözaltına alınmışlar ve sonrasında tutuklanmışlardır.²⁴⁰ Ardından, Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen basın toplantısında, başvurucuların fotoğrafları çekilmiş ve yürütülen soruşturma hakkında yapılan haberlerde bu fotoğraflara yer verilmiştir.²⁴¹ AİHM, her ne kadar başvurucuların adı basın açıklamasında yer almasa veya başvurucuların savcılığa sevk edileceği bilgileri basın mensuplarıyla paylaşılmasa da, hem kamuoyu nezdinde kişilerin suçlu olduğu algısını yarattığı hem de hakimlerin olayı ön yargılı değerlendirmesine yol açtığı için söz konusu basın toplantısının suçlu sayılmama hakkının ihlaline yol açtığını belirtmiştir.²⁴²

Ele alınan kararlar, AİHM'in soruşturma evresinde suçlu sayılmama hakkının ihlalinin nasıl gerçekleşeceği konusundaki içtihadını gösterir niteliktedir. Nitekim *Karakaş Yeşilirmak/ Türkiye* kararında hakkın ihlal edilmediği sonucuna ulaşılsa da,²⁴³ kararların hepsinde, soruşturma evresinin gizliliğinin ihlalinin ve kamu gücünü kullanan otoritelerin kamuoyunu bilgilendirmek için yaptıkları açıklamalarda şüphelilerin suçlu olduğu algısına yol açan ifadelerle yer vermelerinin suçlu sayılmama hakkını ihlal edeceği vurgulanmıştır.²⁴⁴ Bu doğrultuda düşünüldüğünde, AİHM'in soruşturma evresinde suçlu sayılmama hakkının korunmasına ilişkin içtihadının, yol gösterici nitelikte olduğu anlaşılabacaktır.

4. Fail Yürüyüşü

Bu başlık altında, ABD'de ortaya çıkan ancak zamanla dünyaya yayılan bir kavram²⁴⁵ olan “*perpetrator walk*” ya da kısa adıyla “*perp walk*” yani fail yü-

²³⁹ AİHM, *Y. B. ve Diğerleri/Türkiye*, B. No.: 48173/99-48319/99, 28.10.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁴⁰ AİHM, *Y. B. ve Diğerleri/Türkiye*, B. No.: 48173/99-48319/99, 28.10.2004, s. 2, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁴¹ AİHM, *Y. B. ve Diğerleri/Türkiye*, B. No.: 48173/99-48319/99, 28.10.2004, s. 7, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁴² ÖZEN/ KÖKSAL, s. 277.

²⁴³ AİHM, *Karakaş Yeşilirmak/ Türkiye*, B. No.: 43925/98, 28.6.2005, §53-55, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁴⁴ Benzer yönde tespitler için bkz.: COLEMAN, s. 111.

²⁴⁵ TANER, 2022, s. 72. BOCK Mary Angela, “Framing the Accused: The Perp Walk as Media Ritual”, *Visual Communication Quarterly*, C. 22, S. 4, 2015, s. 207. PACIOCCO Palma,

rüyüşü²⁴⁶ ele alınacaktır.²⁴⁷ Kavram, ABD’de 1930’lu yıllardan itibaren kullanılmaya başlansa da, suç işlediği düşünülen kişilerin teşhir edilmek suretiyle damgalanması amacına hizmet eden gelenekten doğmuştur.²⁴⁸ Fail yürüyüşü, kamu gücünü kullanan kolluk görevlilerinin basına önceden haber verip şüphelinin ya da sanığın elleri kelepçeli bir biçimde götürülürken görüntülenmesini sağlamaları anlamına gelmektedir.²⁴⁹ Elleri kelepçeli biçimde yürütülen şüphelinin sıklıkla kafasına bastırılarak polis arabasına bindirilmesiyle sonlanan yürüyüş, adeta suçlayıcı bir geçit töreni halini almaktadır.²⁵⁰ Böylelikle kolluk görevlileri, toplum nezdinde suçla savaşılan kahramanlar olarak değerlendirilirken basına da şüpheli hakkında yayınlanacak dramatik görüntüler kaydetme imkanı sağlanmaktadır.²⁵¹ Kolluk görevlilerinin planlanmış bir fail yürüyüşüne soruşturma evresinde başvurmaları, henüz hakkında bir suç isnadı bulunmayan şüphelinin kamuoyu tarafından suçlu olarak algılanmasına yol açmakta ve şüphelinin kimliği de bu şekilde ifşa edildiğinden soruşturma evresinin gizliliğine de dolaylı yoldan zarar verilmektedir. Zaten kavramda geçen “fail” ifadesi de, kişinin şüpheli ya da sanık konumunda bulunduğunu arka plana atarak adeta gerçekten söz konusu suç fiilinin faili olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmakta ve bu nedenle de kişilerin haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı verilene kadar suçsuz sayılacağını öngören suçlu sayılmama hakkını ihlal etmektedir.²⁵² Dolayısıyla fail yürüyüşü, toplum nezdinde, sıradan bir vatandaşın bir suçluya dönüşmesinin en temel adımıdır.²⁵³ Böylelikle şüpheliler, henüz haklarında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmamasına rağmen, kelepçe-

“Pilloried in the Press: Rethinking the Constitutional Status of the American Perp Walk”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, C. 16, S. 1, 2013, s. 51.

²⁴⁶ “Perpetrator walk” ifadesinin tam karşılığı “fail yürüyüşü” olsa da “teşhir yürüyüşü” çevirisinin, ifadenin anlamına daha uygun düştüğü yönünde bkz.: TANER, 2022, s. 72.

²⁴⁷ BOCK, s. 206.

²⁴⁸ GOLDSTEIN Howard W. “Prep Walks Undermine Presumption of Innocence”, **New York Law Journal**, January 2010, <https://www.friedfrank.com/uploads/siteFiles/Publications/C1D29343A45043B03B9E284BEFA229A3.pdf>. (Erişim tarihi: 30.04.2025).

²⁴⁹ TANER, 2022, s. 72. BOCK, s. 207.

²⁵⁰ POSER Nicholas E, “Perp Walk Decision Leaves Troubling Questions”, **Communications Lawyer**, C. 19, S. 2, 2001, s. 3.

²⁵¹ US Court of Appeals, *Lauro v. Charles*, 219 F.3d 202, (2nd Cir. 2000), <https://caselaw.findlaw.com/court/us-2nd-circuit/1297682.html>.

²⁵² BOCK, s. 207.

²⁵³ TIERNEY John, “The Big City; Even Perps May Prefer Walk of Fame”, **New York Times**, March 1999, <https://www.nytimes.com/1999/03/01/nyregion/the-big-city-even-perps-may-prefer-walk-of-fame.html>. (Erişim tarihi: 30.04.2025).

li görüntülerinin yayınlanmasıyla, insanların gözünde ilelebet sürecek bir suçluluğa mahkum edilmektedirler.²⁵⁴

ABD’de ortaya çıkan fail yürüyüşü kavramının, ABD yargı kararlarında nasıl ele alındığı ortaya konulmalıdır. Bu doğrultuda, konuya ilişkin olarak *Lauro v. Charles*²⁵⁵ kararından bahsedilmelidir. Kararda, apartman görevlisi olan Lauro’ya; bir apartman sakini olan Eberhart, kendisi evde değilken postalarını alması ve bitkilerini sulaması için anahtarını vermiştir. Ancak bina yöneticisi Molnar, Eberhart’a; Lauro’nun daha önce bina içerisinde hırsızlık yaptığından şüphelenildiğini söylemiştir. Bunun üzerine Eberhart, evine bir kamera sistemi yerleştirmiştir. Kamerada Lauro’nun, Eberhart’ın yatak odasına girdiği ve dolaplarını açtığı görünse de hırsızlık yaptığına dair herhangi bir bulgu yoktur. Ancak yine de Eberhart, polise Lauro’nun hırsızlık suçu işlediği yönünde bir şikayette bulunmuş ve Lauro, polis merkezine götürülmüştür. Emniyetin basın birimi, soruşturmayı yürüten polis memuru Charles’a ulaşarak medyanın soruşturmaya büyük ilgisi bulunduğunu, bu nedenle de bir “fail yürüyüşü” düzenlenmesinin isabetli olacağını söylemiştir. Bunun üzerine medyaya haber verilmesinin ardından Charles, Lauro’yu kelepçeli biçimde polis merkezinden çıkarmış, bir polis arabasına bindirmiş, arabayla çevrede tur atılmasının ardından da tekrar kelepçeli biçimde arabadan çıkarıp polis merkezine götürmüştür. Lauro, düzenlenen fail yürüyüşünün Anayasa’ya aykırılığı konusunda ilk derece mahkemesine başvurmuştur. İlk derece mahkemesi, düzenlenen fail yürüyüşünün; 15 Aralık 1791’de kabul edilen, “Haklar Bildirgesi” (*Bill of Rights*) olarak da adlandırılan ve Anayasa’da değişiklik yapılması için öngörülen²⁵⁶ on maddeden dördüncüsüne²⁵⁷ aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. İlgili hükmün kanun yolu

²⁵⁴ WRINGE Bill, “Perp Walk as Punishment”, *Ethical Theory and Moral Practice*, S. 18, 2015, s. 616.

Özellikle cinsel suçlarda, failin toplum nezdinde damgalanmasının daha kolay olduğu yönünde bkz.: ERBAŞ Rahime/ ÇAKIRHAN Selen, *Hukuki ve Kriminolojik Açıdan Cinsel Suçlar-1*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

²⁵⁵ US Court of Appeals, *Lauro v. Charles*, 219 F.3d 202, (2nd Cir. 2000), <https://caselaw.findlaw.com/court/us-2nd-circuit/1297682.html>.

²⁵⁶ AKBAY Muvaffak, “Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Tarihi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 1950, s. 39.

²⁵⁷ “Madde: IV

Tevkif ve müsadereler, araştırmalar

Vatandaşların, şahıslarının, meskenlerinin, evrak ve eşyalarının lüzumsuz araştırma, tevkif ve müsaderelere karşı masun bulunmak hakları ihlâl edilemez. Bu hususta tanzim olunacak müzekkerelerin makul bir sebebi olması bir yemin veya şahadete istinat ettirilmeleri kesin olarak

incelemesinde de *Court of Appeals*, yapılan fail yürüyüşünü haklı gösterecek herhangi makul bir sebebin bulunmadığından bahisle, ilk derece mahkemesi kararının fail yürüyüşünün ABD Anayasası'na aykırılığı ile ilgili kısmını onamıştır.²⁵⁸ İlgili karar, kolluk kuvvetleri tarafından planlanan fail yürüyüşlerinin; kamuoyunu suça yönelik soruşturma hakkında bilgilendirmekten ziyade, şüphelilerin suçlu olarak damgalandıkları bir geçit töreni teşkil etmek²⁵⁹ amacıyla yapıldıklarını göstermesi bakımından önem arz etmektedir.

Fail yürüyüşüne ilişkin genel bilgilerin ve kavramın ortaya çıktığı ABD yargısında ele alınma biçiminin açıklanmasının ardından; fail yürüyüşü kavramı, Türk ceza yargılaması bağlamında da değerlendirilmelidir. Kolluk tarafından şüphelileri teşhir etme amacıyla yapılan fail yürüyüşünün, soruşturma evresinde suçlu sayılmama hakkının ihlaliyle bağlantısı aşıkardır. Nitekim şüphelilerin, adeta sahneye koyma amacıyla, kolluk tarafından elleri kelepçeli biçimde yürütülmesinin ardından zorla polis arabasına bindirilmesinin; mahiyeti gereği gizli yürütülmesi gereken soruşturma evresinin gerekleriyle bağdaşmayacağı açıktır. Yukarıdaki başlıkta da vurgulandığı üzere, “Yakalama, Göz Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği”nin “Soruşturmanın gizliliğinin uygulanması” başlıklı 27. maddesi, “(...) soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin “suçlu” olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez.” düzenlemesini öngörerek fail yürüyüşünün suçlu sayılmama hakkını ihlal edeceğini hükme bağlamıştır.

Fail yürüyüşü kavramıyla ilişkilendirilebilecek bir diğer düzenleme ise, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun “Kimliğin açıklanmaması” başlıklı 21. maddesidir.²⁶⁰ İlgili madde okunduğunda, hükmün, yalnızca on sekiz yaşından

araştırma yapılacak yerin, tevkif olunacak şahısların ve müsadere olunacak eşyanın tasrih edilmesi lazımdır.”

Hükmün Türkçe çevirisi için bkz.: AKBAY Muvaffak, “Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Metinleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1-2, 1950, s. 485.

²⁵⁸ US Court of Appeals, *Lauro v. Charles*, 219 F.3d 202, (2nd Cir. 2000), <https://caselaw.findlaw.com/court/us-2nd-circuit/1297682.html>.

²⁵⁹ POSER, s. 5.

²⁶⁰ “Kimliğin açıklanmaması

MADDE 21. - Süreli yayınlarda;

a) 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin,
b) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların,

küçük olan failler, yani yargılama sürecindeki isimlendirmesiyle suça sürüklenen çocuklar hakkındaki haberlere yönelik bir yasak getirdiği anlaşılabacaktır. Bu durum, doktrinde eleştirilmekte ve suçlu sayılmama hakkının soruşturma evresinde korunabilmesi için fail yürüyüşü başta olmak üzere soruşturma evresinde şüphelilerin suçlu olduğu algısını yaratacak eylem ve işlemlerden, her şüpheli için kaçınılması gerektiği belirtilmektedir.²⁶¹ Dolayısıyla, ilgili hükmün yalnızca çocukları değil, tüm şüphelileri kapsamına alacak biçimde genişletilmesi isabetli olacaktır.²⁶²

Özetlemek gerekirse, soruşturma evresinin gizliliğinin ihlal edilmesi yollarından biri olan fail yürüyüşü; kolluk vasıtasıyla, şüphelilere adeta suçlulukları kesinleşmiş gibi bir nevi utanç yürüyüşü yaptırılmasıdır.²⁶³ Bu durumun, haklarında kesin hükümle verilmiş mahkumiyet kararı bulunmayan şüpheliler açısından hem kolluk tarafından bir cezalandırma aracı olarak kullanılmasına²⁶⁴ hem de söz konusu kişilerin suçsuzluğuna saygı gösterilmemesine²⁶⁵ yol açtığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla fail yürüyüşünün; soruşturma evresinin gizliliğine riayet edilmemesi suretiyle suçlu sayılmama hakkının ihlal edilmesinin, modern dönemlerdeki en “heyecan verici” yollarından biri haline geldiği düşünülebilir.²⁶⁶ Bu nedenle, söz konusu uygulamanın terk edilmesi, soruşturma evresinde suçlu sayılmama hakkının korunduğundan bahsedilebilmesi için önem arz etmektedir.

SONUÇ

Kendisine suç isnat edilen bir kişinin suçluluğu kesin hükümle ortaya konuluncaya kadar geçen süreçte suçsuzluğuna saygı duyulması anlamına gelen suçlu sayılmama hakkı, gerek ulusal mevzuatımızda gerekse uluslararası hukukta, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak öngörülmektedir.²⁶⁷

c) Onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının,

Kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar birmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz.”

²⁶¹ BAŞTÜRK İlhan, “Basın Kanunu’nda Kimlik Açıklama Yasağına Aykırılık Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 86, 2009, s. 134.

²⁶² CENTEL, s. 65. BAŞTÜRK, s. 135.

²⁶³ PACIOCCO, s. 92.

²⁶⁴ WRINGE, s. 616.

²⁶⁵ PACIOCCO, s. 54.

²⁶⁶ PACIOCCO, s. 54.

²⁶⁷ DEĞİRMENCİOĞLU, s. 308.

Ancak hakkın getirdiği korumanın önemine rağmen özellikle kabahatlere ilişkin yargılamalarda, ispat yükünün ve ceza hukukundaki karinelerin özel olarak değerlendirilmesi gereken durumlarda suçlu sayılmama hakkının korumasının geçerli olduğu göz ardı edilebilmektedir. Ek olarak suçlu sayılmama hakkının getirdiği iki boyutlu korumaya aykırı biçimde; yargı kararlarında kullanılan dilin özenli seçilmemesi, HAGB kararına hukuki sonuç bağlanması ve soruşturma evresinin gizliliğinin ihlal edilmesi örneklerine de uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır. Söz konusu sorunun çözümü için kamu gücünü kullanan otoriteler ve bireyler; haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunmayan kişilere cezai müeyyide uygulanmamasının, hakkın getirdiği korumanın yalnızca bir boyutu olup ceza yargılamalarıyla bağlantılı takip eden yargılamalar veya olaylar bağlamında kişinin suçsuzluğuna saygı gösterilmesi²⁶⁸ şeklindeki ikinci boyutuna riayet edilmeden hakkın getirdiği korumanın tam anlamıyla sağlandığından bahsedilemeyeceğini unutmamalıdır.

²⁶⁸ AİHM, *Güç/ Türkiye*, B. No.: 15374/11, 23.01.2018, §32, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

KAYNAKÇA

- AKANDJİ-KOMBE Jean-François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Belçika, 2007.
- AKBAY Muvaffak, “Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Metinleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, 1950, ss. 446-493.
- AKBAY Muvaffak, “Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasa Tarihi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 1950, ss. 18-39.
- ALACAKAPTAN Uğur, Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 1, 1961, ss. 185-221.
- ANAYURT Ömer, “Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi”, **Türk Ceza Hukuku Derneği Av. Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan**, 2007, ss. 173- 228.
- ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema vd., **Medenî Usûl Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ARTANTAŞ Günce, “Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 71, S. 1, 2022, ss. 413-436.
- ARTANTAŞ Günce, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Gizliliği**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ATEŞ SARIDAĞ Büşra Hazel, “Avrupa Konseyi’nin Cinsel Suçla İtham Edilen veya Mahkum Edilen Kişilerin Değerlendirilmesi, Yönetimi ve Topluma Kazandırılmalarına ilişkin 2021 (6) sayılı Tavsiye Kararının İncelenmesi”, **Hukuki ve Kriminolojik Açından Cinsel Suçlar-1**, ERBAŞ Rahime/ ÇAKIRHAN Selen (ed.), Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, ss. 13-60.
- AYDIN Sedat Erdem, **Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Yargılamasına Etkisi Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- AYDIN Semih Oğuz, “İspat Yükünü Tersine Çeviren Kanuni Karinelerin Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Adalet Dergisi**, C. 2, S. 69, 2022, ss. 321-350.
- BAŞTÜRK İlhan, “Basın Kanunu’nda Kimlik Açıklama Yasağına Aykırılık Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 86, 2009, ss. 121-167.
- BEKAR Elif, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 75, S. 1, 2017, ss. 15-60.
- BIÇAK Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- BOCK Mary Angela, “Framing the Accused: The Perp Walk as Media Ritual”, **Visual Communication Quarterly**, C. 22, S. 4, 2015, ss. 206-220.
- CAN Sibel/ EVİRGEN Selen, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Mustafa Avcı’ya Armağan**, C. 6, S. 2, 2025, ss. 2072-2128.
- CANPOLAT Can, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 2, 2023, ss. 1271-1295.

- CENTEL Nur, “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 49, S. 3, 1994, ss. 57-72.
- CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 20. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021.
- COLEMAN Michelle, **The Presumption of Innocence in International Human Rights and Criminal Law**, Routledge, New York, 2021.
- ÇAKIR Kerim, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gizliliğin İhlali Suçu ve Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlişkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 1, 2012, ss. 227-266.
- ÇINAR Çağatay, “HAGB’nin Bazı Ülkelerdeki Örnekleri ve 8. Yargı Paketine Kadar Türkiye’de HAGB Kurumunun Evrimi”, **Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2024, ss. 151-164.
- DEĞİRMENCİ Olgun, “Temel Hukuki Metinlerde Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı”, **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, ss. 44-57.
- DEĞİRMENCİOĞLU Burcu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Masumiyet Karinesi”nin Korunması”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2019, ss. 307-356.
- DOĞAN İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2022.
- DOĞAN Koray, **Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanırlık İlkesi “in dubio pro reo”**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DURAL Mustafa/ SARI Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- DÜLGER Murat Volkan/ TAŞKIN Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ERBAŞ Rahime, **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Ceza Muhakemesinin Soruşturma Evresinin Aleniyete Karşı Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- ERBAŞ Rahime/ ATEŞ SARIDAĞ Büşra Hazel, “Ceza Muhakemesinde Duruşmanın Aleniyeti İlkesine Yeni Bir İstisna Olarak Kişisel Veriler”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 1, 2022, ss. 377-410.
- ERDEM Eda, “Karinelerin ve Varsayımların Anayasal Haklar Üzerindeki Etkisi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2021, ss. 1341-1352.
- EREM Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, 2. Baskı, Ajans- Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1968.
- ERGÜNE Elif, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Suçlu Sayılmama Karinesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı ile İlişkisi”, **10. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Ben Masumum” Tebliğler**, SÖZÜER Adem (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, ss. 149-176.
- ERGÜNE Elif, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.

- ERGÜNE Elif, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçlu Sayılmama Hakkı”, 8 Nisan 2025, Feridun Yenisey Hukuk İhtisas Seminerleri Youtube, 44:54, https://youtu.be/fGhx0D_-e7Y?si=nT2kx3Pvb2wuRRe. (Erişim tarihi: 27.05.2025).
- FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat**, 2. Baskı, Isık Yayınları, İstanbul, 2015.
- FEYZİOĞLU Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 48, S. 1-4, 1999, ss. 135-163.
- FEYZİOĞLU Metin/ TANER Fahri Gökçen, **Şematik Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- FOLKMANN Luisa, **Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf außerstrafrechtliche Folgeverfahren in Fällen des Freispruchs aus Mangel an Beweisen**, Peter Lang GmbH, Berlin, 2022.
- GEDİK Doğan, **Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- GOLDSTEIN Howard W. “Prep Walks Undermine Presumption of Innocence”, **New York Law Journal**, January 2010, <https://www.friedfrank.com/uploads/siteFiles/Publications/C1D29343A45043B03B9E284BEFA229A3.pdf>. (Erişim tarihi: 30.04.2025)
- GÖKCEN Ahmet/ BALCI Murat/ ALŞAHİN M. Emin vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz/ SAYGILI Abdurrahman, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- GÜLER Fatih, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Özel Güvenlik Görevlisi Olma Şartlarına Etkisi”, **10. Anadolu Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi**, Diyarbakır, 2022, ss. 67-77.
- GÜNGÖR Devrim, **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- GÜNGÖR Devrim, “Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması” (raportör olarak), **Journal of Penal Law and Criminology**, C. 3, S. 2, 2015, ss. 307-310.
- GÜNGÖR Devrim/ OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, ss. 1951- 1965.
- GÜNGÖR Devrim/ TOROSLU Haluk, “Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, ss. 1967-1980.
- HARRIS David/ O’BOYLE Michael/ BATES Ed vd., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021.
- KANTAR Baha, **Ceza Muhakemeleri Usulü İkinci Kitap: Muhakeme Usulü**, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1946.
- KARAKAŞ Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, 2013, ss. 729-760.

- KARTAL MEMİŞ Pınar, “Ceza İnfazının Ertelenmesi Sebeplerinin Güncel Gelişmeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Suç ve Ceza Dergisi**, C. 14, S. 1, 2021, ss. 1-24.
- KARTAL MEMİŞ Pınar, “Masumiyet Karinesi Perspektifiyle Kelepçe”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 193-194, Eylül-Ekim 2020, ss. 1127-1136.
- KAYA Emir, “İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2013, ss. 411-436.
- KATOĞLU Tuğrul, “Açıklanması Geri Bırakılan Hükmeye İlişkin Dosya, Hukuk Mahkemesine Getirilemez”, **Güncel Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 112, 2013, ss. 51-53.
- KEYMAN Selahattin, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- KUMBASAR Enver, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- KUNTER Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1981.
- MEILI Andreas, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, 7. Auflage, 2020.
- MEMİŞ Pınar, Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- MOLE Nuala/ HARBY Catharina, **The Right to a Fair Trial: A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights**, Council of Europe Human Rights Handbook, Strasbourg, 2006.
- MORGENSTERN Christine, **Die Untersuchungshaft**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2018.
- OKUYUCU ERGÜN Güneş, **Ceza Muhakemesi İşlemleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Lekelenmeme Hakkı Kapsamında Soruşturmanın Gizliliği”, **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, ss. 141-146.
- OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 59, S. 2, 2010, ss. 243-276.
- OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. 3, 2012, ss. 39-50.
- ÖNOK Murat, “Lekelenmeme Hakkı ve Masumiyet Karinesinin İfade ve Basın Özgürlüğüne Etkileri”, **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, ss. 98-127.
- ÖNTAN Yaprak. “Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi 90. Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2017, ss. 567-601.
- ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

- ÖZEN Muharrem/ GÜNGÖR Devrim/ OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2010, ss. 181-187.
- ÖZEN Muharrem/ KÖKSAL Atacan, “Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 68, S. 1, 2019, ss. 261-286.
- ÖZTÜRK Bahri/ TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- PACIOCCO Palma, “Pilloried in the Press: Rethinking the Constitutional Status of the American Perp Walk”, **New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal**, C. 16, S. 1, 2013, ss. 50-103.
- POSER Nicholas E, “Perp Walk Decision Leaves Troubling Questions”, **Communications Lawyer**, C. 19, S. 2, 2001, ss. 3-10.
- SANCAR YALÇIN Türkan, “Ceza Hukukunda Sistematiik Yorum ve Uluslararası Sözleşmelerin Kaynaklık Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 11, S. 1, 1999, ss. 23-38.
- SARITAŞ Erkan, “Masumiyet Karinesinden Yararlanma ve Aklanma Hakkı Açısından Ceza Muhakemesinde Düşme Kararına İlişkin Bazı Meseleler”, **10. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Ben Masumum” Tebliğler**, SÖZÜER Adem (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, ss. 367-404.
- SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- STAUDINGER Wolfgang, **Welche Folgen hat die Unschuldsvermutung im Strafprozess?**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2015.
- TANER Fahri Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TANER Fahri Gökçen, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 4, 2011, ss. 287-298.
- TANER Fahri Gökçen, “Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı”, 9 Aralık 2021, Ankara Barosu Youtube, 1:23:58, <https://www.youtube.com/watch?v=sD6emFa-6BQ>. (Erişim tarihi: 05.03.2025).
- TANER Fahri Gökçen, “Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkının Kapsamı Bağlamında Bir Değerlendirme”, **Masumiyet Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyumu**, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2022, ss. 68-79.
- TANRIVERMİŞ Atilla, **Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

- TAŞKIN Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Şüpheli ve Sanığın Susma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- TIERNEY John, "The Big City; Even Perps May Prefer Walk of Fame", **New York Times**, March 1999, <https://www.nytimes.com/1999/03/01/nyregion/the-big-city-even-perps-may-prefer-walk-of-fame.html>. (Erişim tarihi: 30.04.2025)
- TOPHINKE Esther, **Das Grundrecht der Unschuldsvermutung**, Stämpfli Verlag, Bern, 2000.
- TOROSLU Haluk, "Suç Uydurma Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2013, ss. 319-337.
- TOROSLU Nevzat/ FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- TOZMAN Önder, "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 3-4, 2007, ss. 315-353.
- TULAY M. Emre, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 4, 2021, ss. 477-525.
- ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- ÜZÜLMEZ İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 18, S. 58, Mayıs- Haziran 2005, ss. 41-72.
- ÜZÜLMEZ İlhan/ GÖKTÜRK Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- WRINGE Bill, "Perp Walk as Punishment", **Ethical Theory and Moral Practice**, S. 18, 2015, ss. 615-629.
- YALÇIN Ahmet, **Suçsuzluk Karinesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- YALÇIN Can, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YAYLA Mehmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YAYLA Mehmet, "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2013, ss. 291-313.
- YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- YILDIRIM Akif, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- YILDIRIM Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, C. 5, S. 9, 2017, ss. 491-517.
- YILMAZ Enes, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme", **Kırıkkale Hukuk Mecmuası**, C. 1, S. 2, 2021, ss. 269- 292.

YURTCAN Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

YÜCE Turhan Tufan, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 1, 1988, ss. 156-167.

Yararlanılan Kararlar

AİHM, *Engel ve Diğerleri/ Hollanda*, B. No.: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.06.1976, ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20ENGEL%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20NETHERLANDS%20\(ARTICLE%2050\)\%22%22\],%22itemid%22:\[%22001-57478%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20ENGEL%20AND%20OTHERS%20v.%20THE%20NETHERLANDS%20(ARTICLE%2050)\%22%22],%22itemid%22:[%22001-57478%22]})).

AİHM, *Güç/ Türkiye*, B. No.: 15374/11, 23.01.2018, ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22g%C3%BC%C3%A7%20t%C3%BCrkiye%22\],%22itemid%22:\[%22001-199775%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22g%C3%BC%C3%A7%20t%C3%BCrkiye%22],%22itemid%22:[%22001-199775%22]})).

AİHM, *Karakaş Yeşilirmak/ Türkiye*, B. No.: 43925/98, 28.6.2005, ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20KARAKA%C5%9E%20AND%20YE%C5%9E%C4%B0LIRMAK%20v.%20TURKEY\%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20KARAKA%C5%9E%20AND%20YE%C5%9E%C4%B0LIRMAK%20v.%20TURKEY\%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})).

AİHM, *Minelli/ Switzerland*, B. No.: 8660/79, 25.03.1983, ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22minelli%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57540%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22minelli%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57540%22]})).

AİHM, *Salabiaku/ France*, B. No.: 10519/83, 7.10.1988, ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20SALABIAKU%20v.%20FRANCE%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57570%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20SALABIAKU%20v.%20FRANCE%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57570%22]})).

AİHM, *Seven/ Türkiye*, B. No.: 60392/08, 23.1.2018, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20SEVEN%20v.%20TURKEY\%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20SEVEN%20v.%20TURKEY\%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).

AİHM, *Ürfi Çetinkaya/ Türkiye*, B. No.: 19866/04, 23.07.2013, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22%C3%BCrfi%20%C3%A7etinkaya%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22%C3%BCrfi%20%C3%A7etinkaya%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}).

AİHM, *Y. B. ve Diğerleri/ Türkiye*, B. No. 48173/99- 48319/99, 28.10.2004, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22kdate%20Descending%22\],%22languageisocode%22:\[%22TUR%22\],%22appno%22:\[%2248173/99%22,%2248319/99%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-174043%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22kdate%20Descending%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2248173/99%22,%2248319/99%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-174043%22]}).

AYM, *Adem Hüseyinoğlu Başvurusu*, B. No: 2014/3954, 15.02.2017, (<https://kararlar.bilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3954>).

AYM, *Barış Baş Başvurusu*, B. No.: 2016/14253, 2.7.2020, (<https://kararlar.bilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/14253>).

- AYM, *Emrah Şahin Başvurusu*, B. No.: 2018/37580, 20.10.2020, (<https://kararlar.bilgi-bankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/37580>)
- AYM, *Hüseyin Sezer Başvurusu*, B. No.: 2016/13566, 2.7.2020 (<https://kararlar.bilgi-bankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/13566>).
- AYM, *Mehmet Güzelöğlü Başvurusu*, B. No: 2014/3134, 7.5.2015, (<https://kararlar.bilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3134>).
- AYM, *Mehmethan Kamburoğlu Başvurusu*, B. No.: 2019/27554, 31.1.2024. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/6038>)
- AYM, *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, B. No.: 2013/3175, 20.2.2014, (<https://kararlar.bilgi-bankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3175>)
- AYM, *S. M. Başvurusu*, B. No.: 2016/6038, 20.6.2019, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/6038>).
- AYM, E. 2021/30, K. 2021/80, T. 4.11.2021, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?EsasNo=2021%2F30+>).
- AYM, E. 2021/121, K. 2022/88, T. 20.7.2022, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/88>).
- AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, T. 1.6.2023, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/107>).
- BGH, Urt v. 19.3.2013- VI ZR 93/12 (OLG Köln) NJW 2013, (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2013%2Fcont%2Fnjw.2013.1681.1.htm&anchor=Y-300-Z-NJW-B-2013-S-1681&jumpType=Jump&jumpWords=njw%2B2013%2B1681&readable=Suche%2Bnach%2BFundstelle%253a%2Bnjw%2B2013%2B%2B1681>)
- US Court of Appeals, *Lauro v. Charles*, 219 F.3d 202, (2nd Cir. 2000), (<https://caselaw.findlaw.com/court/us-2nd-circuit/1297682.html>).

ULUSLARARASI DENİZ HUKUKUNDA AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİ^(*)

Kerem ÜNAL^(**)

Öz: Uluslararası deniz hukuku, çok eski ve kökleşmiş bir ilke üzerine kuruludur: açık denizlerin serbestliği ilkesi. Açık denizlerin serbestliği ilkesiyle uluslararası deniz hukukunun gelişimindeki paralellik, bütün deniz hukuku disiplininin geçmişi ve geleceği arasındaki köprüyü oluşturmaktadır. Açık denizlerin serbestliği ilkesine, uluslararası hukukun başlıca özneleri devletlerin tarihin her döneminde verdiği anlamlar farklı olmuştur. Çağımızda açık denizlerin serbestliği ilkesine atfedilen anlamın ise okyanusların sürdürülebilir yönetimi kaygısıyla evrildiği ve Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ndeki (BMDHS) klasik anlamından farklılaştığı gözlemlenmektedir.

Söz konusu makale uluslararası deniz hukukunun 21. yüzyılda denizde biyolojik çeşitliliğin korunması ve iklim değişikliği kaygılarıyla karşılaştığı meydan okumaları, ilkenin geçmişi ve geleceği arasındaki köprüyü kurarak incelemeyi amaçlıyor. Bu itibarla okuyucuyu ilkenin normatif niteliği, kapsamı ve sınırları sularında 1609'da Grotius'un *mare liberum* eseriyle başlayıp 2023 yılında akdedilen Ulusal Yetki Alanlarının Ötesinde Biyolojik Çeşitlilik Anlaşması'na (BBNJ Anlaşması) uzanan bir seyre çıkarıyor.

Anahtar Kelimeler: Açık Denizler, Açık Denizlerin Serbestliği, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), Ulusal Yetki Alanları Ötesinde Alanlar, Biyolojik Çeşitlilik.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 12.05.2025.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: unalkerem01@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0004-0839-9789>.

THE PRINCIPLE OF THE FREEDOM OF THE HIGH SEAS IN THE INTERNATIONAL LAW OF THE SEA

Abstract: International law of the sea is built upon an ancient and rooted principle: the freedom of the high seas. The parallels between the principle of the freedom of the high seas and the law of the sea connects the past of this discipline to its future. Throughout history, states, the primary subjects of international law, have interpreted this principle differently in each era. Whereas, in our age, due to concerns related to sustainable ocean governance, the meaning attributed to the freedom of the high seas is evolving. Thus, a differentiation of its classical meaning in the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) is observed.

The present article, by bridging the past and the future, aims to examine the challenges the law of the sea is facing in the 21st century with the protection of the marine biological diversity and the climate change agenda. In this regard, it takes the reader on a journey, which begins with Grotius's *mare liberum* piece (1609) and navigates to the recently signed BBNJ Agreement on marine biological diversity (2023), through the waters of the normative nature, the scope and the limits of the principle of the freedom of the high seas.

Keywords: High Seas, Freedom of the High Seas, United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Areas Beyond National Jurisdiction, Biological Diversity.

GİRİŞ

Denizler ve okyanuslar; insanlık tarihi boyunca uygarlıkla iç içe; sonsuzluk, gizem ve enginlikleriyle hukuk, diplomasi, tarih, sosyoloji, kültür, sanat, ticaret ve denizcilik gibi disiplin ve konuların gündemini işgal etmiş eşsiz coğrafya unsurlarıdır. Deniz, uygarlık demektir ve uygarlık için *sine qua non*, vazgeçilemez hayati öneme sahiptir.

Denizlerin paylaşılma mücadelesinden okyanusların sürdürülebilir yönetimine geçişte farklılaşan kurallar ve düzenlemelerle deniz ve okyanusların hukuki çerçevesini oluşturan uluslararası deniz hukuku, uluslararası kamu hukukunun alt dallarından biri olup bütüncül bir biçimde kodifikasyonu 1958 1. Deniz Hukuku Konferansıyla başlamış olmasına rağmen uluslararası hukuk tarihinde ve gelişiminde önemli bir yere sahip eski bir alan. Zamanla uluslararası hukuktan bağımsızlaşıp adeta özerkleşmiş bu görece modern hukuk dalı; çok eski ve kökleşmiş bir ilke üzerine kurulu:¹ açık denizlerin serbestliği ilkesi. Açık denizlerin serbestliği ilkesi, hem tarihi hem de güncel bir ilke. Ancak makalenin konusunu oluşturan bu ilkenin uluslararası hukuk tarihi içinde geçirdiği anlamlar, uluslararası hukuku yapan devletlerin bu ilkeye verdikleri önem, bu ilkenin devletlerce yorumlanması² ve ilkenin 21. yüzyıldaki modern deniz hukuku içindeki yeri birbirlerinden oldukça farklı yollar izlemekte. Makalenin planını izah etmeden önce ilkenin ayrılmaz bir parçasını oluşturan tarihi gelişiminden kısaca söz etmek gerekir.

Uzun süre deniz hukuku tarihinin kilit taşı oluşturan tartışılmaz bir ilke olarak görülen açık denizlerin serbestliği ilkesinin doğuşu, köklerini antik çağlarda buluyor olsa da bir uluslararası hukuk ilkesi olarak gelişmesi,³ de-

¹ Hatta açık denizlerin serbestliği ilkesi, uluslararası deniz hukukunda uzun süre o kadar kökleşmiş bir ilkeydi ki, bu temel ilke olmadan uluslararası deniz hukuku kavramının bile düşünülmemeyeceği ifade edilmekteydi, bkz. DE FERRON Olivier, **Le Droit International de la Mer- Tome I**, Librairie Droz, Genève, 1958, s. 22. Deniz hukuku tarihinin açık denizlerin serbestliği doktrininin gelişiminin hikayesi olduğu yönünde, Anand'dan naklen, ORAL Nilüfer, "Chapter 11 Freedom of the High Seas or Protection of the Marine Environment? A False Dichotomy", **Oceans Law Debates: The 50-Year Legacy and Emerging Issues for the Years Ahead**, SCHEIBER Harry N. / ORAL Nilüfer / KWON Moon-Sang (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2018, s. 335.

² Açık denizlerde serbestliğin veya egemenliğin bütün uluslarca, davranış ve siyasetlerini zamanın çıkarlarına uydurmak için ileri sürüldüğü yorumu hakkında bkz. DE FERRON, s. 24.

³ Antik çağlarda ve Roma hukukundaki denizlerin ortaklığı (*res communis omnium*) ilkesinin bütün ulusları ilgilendiren bir uluslararası hukuk kuralı olarak değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. MERAY Seha L, "Açık Denizlerin Serbestliği Prensibinin Gelişmesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 10, S. 2, 1955, s. 78.

nizcilik tarihinde özel bir önemi olan coğrafi keşifler döneminin sonrasına rastlamaktadır. Açık denizlerin serbestliği ilkesi, denizlerin bütün milletlere açık ve serbest oluşu⁴ anlamına gelmekte ve bu itibarla hukuki bir ilkeye dönüşmesi; kavramın Hugo Grotius'un 1609 yılında yayımladığı, dönemin uluslararası siyaset ve hukuk ilişkisine güzel bir örnek teşkil eden, İspanyol ve Portekizlilerin Hint Okyanusunda sömürgecilik faaliyeti yürüttüğü dönemde Hollanda'nın da Doğu Hindistan'da ticaret ve seyrüsefer bakımından eşit haklara sahip olduğunu ileri sürdüğü "*mare liberum veya Hollandalıların Hint ticaretini yürütmekteki hakları üzerine tartışma*" isimli kitabıyla teorik bir çerçeveye oturtulmasıyla uluslararası hukuk açısından anlam kazanmaktadır.⁵ Her ne kadar ilke, modern deniz hukukunda Grotius ile anılır olsa da ilkenin Grotius'dan önce Vitoria başta olmak üzere doğal hukuk ekolünün temsilcileri tarafından dile getirildiği ifade edilmelidir.⁶

Denizlerin serbestliği ilkesinin 19. yüzyılda teamüli anlamda kabul görmesi ve yerleşmesine kadar⁷ geçen sürede Grotius'un eseri ile anılan bu ilkenin uluslararası hukuk tarihinde önemli doktrin mücadelesine ve eserler çatışmasına konu olması; gerek ilkenin teorik yorumu gerekse güncel duruma gelen süreçte devlet egemenliğine tabi alanlar ve tam serbestlik arasında geçirdiği salınım hareketi açısından önemlidir ve Grotius'un *mare liberum* eserine en önemli karşıt tez olarak günümüze İngiliz Selden'in *mare clausum* (kapalı denizler) eseri gelmiştir.⁸ *Mare liberum-mare clausum* ki-

⁴ Bu iki kavram eş anlamlı olarak kullanılmakta. Bkz. MERAY, s. 76.

⁵ FEENSTRA Robert (Editör), **Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009**, Brill | Nijhoff, Leiden, 2009, s. ix.

⁶ MERAY, ss. 87-88; DE FERRON, s. 19. Burada rahmetli Seha Meray'ın da ifade ettiği üzere, Grotius'un önemi fikri ilk ortaya atan kişi oluşu değil kapsamlı bir teorik eser inşa edişinde yatmakta. Aynı yönde, DE FERRON, s. 22 ve Grotius'tan önce açık denizlerin serbestliği ilkesinin sadece bir fikirken, bir gerçekliğe dönüştüğü hakkında, DE FERRON, s. 25. Bunun yanı sıra denizlerin kullanımının bütün milletlere açık olduğunu modern anlamda ilk dile getirenin denizleri uzun zaman egemenliğine tabi kılmaya çalışmış İngiltere'nin Kraliçesi I. Elizabeth olduğunu da ifade etmek gerekir. Bkz. COLOMBOS C. John, **The International Law of the Sea**, 4. Basım, Longmans, 1959, ss. 46-47.

⁷ BRIERLY James. L, **The Law of Nations, An Introduction to the International Law of Peace**, 5. Basım, Oxford University Press, Oxford, 1955, s. 238; CHURCHILL Robin / LOWE Vaughan / SANDER Amy, **The Law of the Sea**, 4. Basım, Manchester University Press, Manchester, 2022, s. 374.

⁸ Kitaplar muharebesi için bkz. MERAY, ss. 90-92; FEENSTRA, ss. XIX-XXVIII. Ancak bu kitaplar muharebesinin ve dolayısıyla tam serbestlik- sahil devletlerinin egemenliği çatışmalarının 21. yüzyılda yerini deniz çevresi, deniz kaynakları ve biyolojik çeşitliliğin korunması kaygısıyla modern okyanusların yönetimi hukukuna bırakarak güncel önemini bir ölçüde yitirdiğini söylemek mümkündür. Bununla beraber belirtmek gerekir ki uluslararası deniz hu-

taplar mücadelesinin, makalenin konusu ilke bakımından önemi, 20. yüzyılın ortalarına kadar tartışmasız bir şekilde kabul edilen açık denizlerin serbestliği ilkesinin içeriğinin, varlığı yine modern deniz hukukunda yadsınmamakla beraber,⁹ deniz hukukunda 20. yüzyılın ikinci yarısında doğan ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) ile kodifiye edilen özellikle kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge (MEB) kavramlarıyla yeni deniz yetki alanları oluşmasıyla değişikliğe uğradığı gerçeğidir.

Diğer taraftan ilkenin içeriği sadece açık denizlerin pratikte azalmasıyla sınırlı kalmamış, 21. yüzyılda iklim değişikliği ve okyanus çevresinin korunmasına verilen önem sonucu okyanusların sürdürülebilir yönetimi amacıyla açık denizde devletlere geleneksel ve açık deniz serbestliklerini kısıtlayıcı bir biçimde yeni yükümlülükler yükleyerek bambaşka bir alana evrilmiştir.

Churchill ve Lowe'un kapsamlı deniz hukuku eserindeki: uluslararası deniz hukukunun, *"okyanusların tatmin edici bir düzenle yönetimi için sahil devletlerin egemenliği ve bayrak devletlerinin geleneksel deniz serbestliklerini korumak-*

kukunda da devletlerin davranışları hukuk ve siyaseti şekillendirdiği için ulusal yetki alanları ötesinde deniz alanlarında da devletlerin açık denizler aleyhine egemenlik ve yetki talepleri ihtimali, tarihi ve eski gibi görünen Grotius-Selden doktrin mücadelesini canlandıracak şekilde mümkün olabilir. Devletlerin davranışları, uluslararası hukuk ve uluslararası siyaset ilişkisi hakkında kapsamlı bir çalışma ve çeşitli örnekler için bkz. HENKIN Louis, **How Nations Behave: Law and Foreign Policy**, 1. Basım, Praeger Publishers, New York; Washington; London, 1968. Ayrıca deniz hukuku tarihi, gelişimi ve güncel yaklaşımında ortak okyanus alanlarını konu alan; karanın denize uzanışını temel alan topraksal egemenlik kaynaklı, haritasal alan anlayışını bambaşka bir perspektiften eleştiren bir çalışma için bkz. DE LUCIA Vito, "Chapter 2 Ocean Commons and an 'Ethological' Nomos of the Sea", **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, ss. 14-44.

⁹ Ancak bu ilkenin kapsamının ötesinde gelecekteki varlığının da modern deniz hukukunda tartışma konusu olduğu görülmektedir. Bu alandaki tartışmalara bir örnek için bkz. ORAL; DE LUCIA; NGUYEN Lan Ngoc, "Chapter 5 Principled Challenges: Between Collective Interest and Individual Freedom", **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, ss. 114-147; OUDE ELFERINK Alex, "De Groot - A Founding Father of the Law of the Sea, Not the Law of the Sea Convention" **Grotiana**, C. 30, S. 1, Brill, 2009, ss. 152-167; YOUNG Michaela, "Then and Now: Reappraising Freedom of the Seas in Modern Law of the Sea", **Ocean Development & International Law**, C. 47, S. 2, 2016, ss. 165-185; HENRIKSEN Tore, "Chapter 4 Mapping Key Past and Current Debate on Areas beyond National Jurisdiction", **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, ss. 76-113.

taki çıkarları arasındaki ayrıntılı ve hassas dengenin değişmeye başladığı” 1982 BMDHS-sonrası bir döneme evrilmeye başladığı tespiti¹⁰ deniz hukukunun üzerine inşa edildiği temel sütun açık denizlerin serbestliği ilkesinin kapsamını ve açık denizler rejimini de doğrudan etkilemektedir. Özellikle deniz çevresinin korunması ve denizde biyolojik çeşitliliğin korunmasıyla ilgili güncel gelişmeler devletlere bu konularda açık denizler üzerinde serbestlik olan faaliyetleri kısıtlayıcı, kapsamlı yükümlülükler getirmekte ve yeni bir deniz hukukuna, okyanusların yönetimi hukukuna doğru seyirde ilerlendiğini göstermektedir.

Bu kapsamda işbu makale, söz konusu meydan okumalar ışığında deniz hukukunun temel ilkelerinden biri olan açık denizlerin serbestliği ilkesinin öncelikle teamüli, akdi ve hukukun genel ilkesi olmak üzere uluslararası hukukun kaynakları bakımından normatif niteliğini saptamayı amaçlamaktadır. Normatif niteliği takiben, açık denizler üzerinde faaliyetler bakımından, deniz yetki alanları ve ulusal yetki alanları ötesinde alanlar kavramlarıyla yer bakımından olmak üzere ilkenin kapsamını değerlendirmeyi ve son olarak ise 2015’te Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu’nun¹¹ BMDHS’nin kapsamı altında denizde biyolojik çeşitliliğin korunmasıyla ilgili yeni bir uluslararası hukuki bağlayıcılığı olan belge geliştirilmesi gündemini takip eden süreç içinde 2023’te uluslararası toplumun imzasına sunulmak üzere akdedilen Ulusal Yetki Alanları Ötesinde Biyolojik Çeşitlilik Anlaşması (BBNJ Anlaşması: Biodiversity Beyond National Jurisdiction)¹² ile açık denizlerin serbestliği ilkesine getirilen sınırların incelenmesi hedeflenmektedir. Bir diğer ifadeyle, açık denizlerin serbestliği ilkesinin uluslararası deniz yatağı bölgesi (kısaca Bölge) ve açık denizleri kapsayan ulusal yetki alanları ötesinde alanlar kavramıyla (ABNJ: Areas Beyond National Jurisdiction) kapsamındaki değişikliği ve okyanusların yönetiminin ilkeye getirdiği sınırları güncel bir konu üzerinden incelemeyi amaçlamaktadır.

¹⁰ CHURCHILL ve diğ., ss. 7-8. Yazarlara göre bu dönemin belirgin bir özelliği, bir yandan sahil devletlerinin egemenliği ve açık denizlerin serbestliği ilkesinin önemlerini kaybetmeleri diğer yandan ise bazı özel devletleri bağlayıcı detaylı kurallara odağın artması.

¹¹ Bkz. GJERDE Kristina M., “Chapter 12 Perspectives on a Developing Regime for Marine Biodiversity Conservation and Sustainable Use beyond National Jurisdiction”, **Oceans Law Debates: The 50-Year Legacy and Emerging Issues for the Years Ahead**, SCHEIBER Harry N. / ORAL Nilüfer / KWON Moon-Sang (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2018, s. 356. ve United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015, A/RES/69/292, Sixty-ninth session.

¹² Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (adopted in New York on 19 June 2023).

I. AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİNİN NORMATİF KAYNAĞI

Modern deniz hukukunda açık denizlerin serbestliği ilkesinin normatif niteliğini, bir diğer ifadeyle uluslararası hukukun kaynakları bakımından yerini belirlemek, ilkenin kapsamını ve sınırlarını incelemeye yardımcı olacak, olmazsa olmaz bir aşama teşkil etmektedir. Uluslararası hukukun kaynaklarını belirlerken Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 38. maddesinden hareketle yapılan klasik kaynak tasnifine göre, uluslararası hukukun ve dolayısıyla uluslararası deniz hukukunun asli kaynakları: uluslararası andlaşma, uluslararası teamül ve bir asli kaynak olarak nitelik ve etkisi tartışmalı olmakla beraber hukukun genel ilkeleri olarak sayılmıştır.¹³ Bu kapsamda açık denizlerin serbestliği akdi bir ilke midir, teamüli bir ilke midir, hem akdi hem teamüli bir ilke midir, hukukun genel ilkesi olarak tanımlanabilir mi belirlemek gerekir.

A. Açık Denizlerin Serbestliği İlkesinin Akdi Niteliği: BMDHS

İlk olarak 1982 BMDHS'ni ortaya çıkaran üçüncü Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nın başkanı Singapurlu Büyükelçi Tommy Koh tarafından "*okyanusların anayasası*" olarak nitelenen¹⁴ BMDHS, modern deniz hukukunun çok kapsamlı bir kodifikasyonunu oluşturmakta ve bu yönden de kendisinden önceki kodifikasyon denemelerinden ve 1958-1960'taki düzensiz Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Açık denizlerin serbestliği ilkesini 7. Kısım, madde 86 ve sonrasında düzenleyen sözleşme, açık denizlerin serbestliği ilkesini bir uluslararası çok taraflı andlaşma metni olarak kodifiye eden kendisinden önceki 1958 Açık Denizler Sözleşmesi'ndeki hükümlerle hem benzerlikler hem de farklılıklar içermektedir. 1958 Sözleşmesi, açık denizleri, "*denizin bir devletin karasularına veya iç sularına ait olmayan kısımları*"¹⁵ olarak tanımlarken, 1982

¹³ Statute of the International Court of Justice, **Documents of the United Nations Conference on International Organization**, San Francisco, 1945, XV UNCIO 355 (1946), madde 38/1.

¹⁴ KOH, Tommy, "A Constitution for the Oceans." **remarks adapted from statements made by the President on 6 and 11 December 1982 at the final session of the Conference at Montego Bay, The Law of the Sea. Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index. Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Introductory Material on the Convention and the Conference**, United Nations, New York, 1983, ss. xxxiii-xxxvii. Büyükelçi, kapanış oturumu konuşmasında zamana karşı dayanıklı bir okyanuslar anayasası oluşturma amacını vurgulamakta.

¹⁵ Convention on the High Seas, (Adopted in Geneva on 29 April 1958, entered into force 30 September 1962), UNTS 450, madde 1. LÜTEM İlhan, **Deniz Hukukunda gelişmeler: Bir-**

BMDHS, yeni ortaya çıkan deniz yetki alanlarının da etkisiyle bu tanımdan oldukça uzaklaşmış ve tanım yerine açık denizler rejiminin, bir diğer ifadeyle sözleşmenin 7. Kısımının uygulanacağı alanları; diğer alanları dışlayan, olumsuz bir tanım dili seçerek belirtmiştir.¹⁶ Buna göre sözleşmenin açık denize ilişkin 7. Kısımının hükümleri, “*bir devletin münhasır ekonomik bölgesine, karasularına veya iç sularına veya takımada sularına dahil olmayan tüm deniz alanlarına uygulanır.*”¹⁷ Daha anlaşılır bir ifadeyle, BMDHS’nin açık deniz tanımından en azından hangi alanların açık denizi oluşturmadığı anlaşılmakta ve MEB kavramının da açık deniz alanlarını eksilterek bu tanımda kendine yer bulduğu söylenmelidir. MEB kavramı, kıta sahanlığı ve uluslararası deniz yatağı bölgesi kavramlarıyla birlikte açık denizlerin serbestliği ilkesinin yer bakımından kapsamı bahsinde tekrar ele alınacaktır. Her ne kadar ilkenin açık denizlerde faaliyetler bakımından kapsamı ayrıca ele alınacak olsa da bu başlıkta ilkenin akdi niteliğini vurgulamak açısından BMDHS m. 87’nin açık denizlerin “*sahili bulunsun veya bulunmasın bütün devletlere açık*”¹⁸ olduğunu belirten hükmünü ve kısaca açık denizlerin serbestliğinin maddede sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayılan faaliyetler bakımından serbestlik anlamına geldiğini belirtmek yeterli olacaktır.¹⁹

Böylelikle, açık denizlerin serbestliği ilkesinin normatif olarak kaynağının modern deniz hukukunun omurgası olarak görülebilecek BMDHS’nde yer alması, bir diğer ifadeyle akdi niteliği önem arz etmektedir.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959, s. 462; 1958 Sözleşmesi’nde açık denizlerin tarifinin Uluslararası Hukuk Komisyonu’ndaki tasarısı ve tadil teklifleri için bkz. LÜTEM, ss. 180-182.

¹⁶ DAILLER Patrick / FORTEAU Mathias / PELLET Alain, **Droit International Public**, 8. Basım, L.G.D.J., Paris, 2008, s. 1335; CHURCHILL ve diğ., s. 373.

¹⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea (with annexes, final act and procès-verbaux of rectification of the final act dated 3 March 1986 and 26 July 1993). Concluded at Montego Bay on 10 December 1982, registered ex officio on 16 November 1994, madde 86. BMDHS’nin türkçe çevirisi için bkz. **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, (çev. A. Özman). İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

¹⁸ United Nations Convention on the Law of the Sea, madde 87/1. Yine ayrıca serbestlik ilkesinin BMDHS’nden önce 1958 Açık Denizler Sözleşmesi’nin 2. maddesinde yer aldığını hatırlatmak gerekir.

¹⁹ TANAKA Yoshifumi, **The International Law of the Sea**, 3. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 188.

B. Açık Denizlerin Serbestliği İlkesinin Teamüli Niteliği

Açık denizlerin serbestliği ilkesinin akdi niteliğinin yanı sıra bu ilkenin teamüli niteliğinin, bir diğer ifadeyle uluslararası hukuka özgü bir kaynak olan teamül (yapılageliş) hukuku açısından saptanması ilkenin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Öncelikle uluslararası teamül, ilkel bir toplum olan uluslararası toplumun yapısına özgü²⁰ uluslararası hukukun uluslararası toplumda kullanımında bazen sağladığı esnekliğiyle, bazen de oluşmakta olan bir kurala itiraz yoluyla yeni bir kuralın oluşumuna yol açan, bazen karmaşık, bazen ise saptanması kolay bir asli kaynağı oluşturmaktadır. UAD Statüsü'nün 38. maddesindeki tanımdan²¹ hareketle teamülün; devlet uygulamasını ifade eden bir maddi unsur, bir de bir davranışta bulunan devletin o şekilde hareket etmesinde hukuki yükümlülüğü olduğuna ve o kuralın bağlayıcı olduğuna dair inancını ifade eden psikolojik unsur (*opinio juris*) içerdiği kabul edilmekte ve bu sonuncu unsurla adetlerden farklılaşan teamül hukuku,²² yazılı olmamasına rağmen uluslararası andlaşmayla eşit konumda yer almaktadır. Teamülün niteliğinin saptanmasında uluslararası mahkeme kararları özel bir öneme sahiptir, açık denizlerin serbestliği ilkesinin teamüli niteliği de UAD ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (ITLOS)'nin çeşitli kararlarında teyid edilmiştir.²³

²⁰ Teamülün kendine has dünyasına bir giriş için bkz. ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul, 2013, ss. 1-20. Modern deniz hukukunun kaynakları bakımından teamül hukuku için bkz. CHURCHILL ve diğ., ss. 12-18.

²¹ “Hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın delili olarak teamül”, UAD Statüsü 38/1 (b) maddesinin türkçe çevirisi, ÖKTEM, s. 14.

²² SHAW Malcolm N., **International Law**, 8. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 55 ve 62.

²³ Uluslararası mahkeme kararları ve doktrin uluslararası hukukun asli kaynakları arasında sayılmayıp yardımcı kaynak olarak görüldüğünden içtihadın en büyük işlevi var olan teamülü açıklayıcı, oluşmakta olan teamülü hızlandırıcı ya da yeni bir teamülün oluşumuna yol açıcı şekilde teamülün saptanması ve teamül hukukunun gelişimi açısından olmaktadır. Bu kararlara örnek olarak bkz. SHAW, ss. 454-455; ICJ, *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*: Birleşik Krallık-Norveç Balıkçılık Davası'nda seyrüsefer serbestliği ve balık avlama serbestliğinin açık denizler doktrininin geleneksel ve yerleşmiş bir parçasını oluşturduğu; ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*: Balıkçılık Yetki Davası'nda, 1958 Açık Denizler Sözleşmesi'nin 2. maddesinin (daha açık bir ifadeyle açık denizlerin serbestliği, egemenliğe tabi olmayışı, devletlerin bu serbestliği kullanırken diğer devletlerin haklarına özen göstermesi ve örnekleyici olarak sayılan seyrüsefer, denizaltı kabloları ve petrol boruları döşeme, balık avlama ve açık deniz üzerinde uçuş serbestliğini içermesi) uluslararası hukukun yerleşmiş ilkelerini genel açıklayıcı nitelikte olduğu teyit ediliyor. Açık denizlerin serbestliği ilkesinin teamül hukukunu yansıttığını doğrudan ifade eden bir ITLOS kararı olmasa da açık denizlerin serbestliği ilkesinin hukuki özüne değinen bir ITLOS kararı için bkz. *infra* not 26.

Bu itibarla, önce 1958 Açık Denizler Sözleşmesi, daha sonra ise BMDHS ile kodifiye edilerek akdi niteliğini kazanmadan önce açık denizlerin serbestliği ilkesinin 19. yüzyıldan itibaren salt teamüli bir ilke olarak yer alışı²⁴ hem akdi hem de teamüli niteliği olan bir ilkeye dönüşüm izlemiştir.²⁵ Açık denizlerin serbestliği ilkesi hem akdi (BMDHS madde 87 ve 89) hem de teamüli olarak açık denizlerin bütün devletlere açık ve serbest oluşu ve hiçbir devletin açık denizin hiçbir parçasını egemenliğine tabi kılamayacağı²⁶ kuralını özünde barındırmaktadır.

C. Açık Denizlerin Serbestliği İlkesinin Hukukun Genel İlkesi Niteliği

Açık denizlerin serbestliği ilkesinin akdi ve teamüli niteliğinin yanı sıra hukukun genel ilkeleri alt başlığında uluslararası hukukun bir genel ilkesi olduğu da doktrinde ifade edilmektedir.²⁷ Ancak burada hukukun genel ilkelereyle, uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında bir ayırım yapmak gerekir. Her ne kadar UAD Statüsü'nün 38. maddesinde bir asli kaynak olarak "*medeni milletlerce tanınmış hukukun genel ilkelerine*" yer verilmiş ve hukukun genel ilkelerinin iç hukuklardaki hukuk ilkeleri veya uluslararası hukuk ilkelere ifade ettiği çok açık olmasa da,²⁸ bu düzenlemedeki amaç Divan'a gerektiğinde bir kaynak olarak iç hukuklardaki içtihadi genel ilkelere (özellikle devletler arasındaki ilişkilere uygulanabilir olduğu ölçüde özel hukuk ilkelere) başvurabileceği, boşluk doldurucu bir takdir yetkisi sunan bir imkan vermektir.²⁹ Ancak hukukun genel ilkelerinin tek başına bir kaynak olarak değerlendirilmesinden pratikte Divan'ın bu ilkeyi hukuki muhakemesinin bir parçası olarak kullandığı görülmektedir.³⁰ Sonuç olarak, açık denizlerin serbestliği ilkesi, uluslararası hukukun bir ilkesi olmakla beraber iç hukuktan

²⁴ Bkz. supra not 7.

²⁵ Teamülün kodifiye edilmiş olması, o kuralın teamüli niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bkz. SHAW, ss. 71-72; ÖKTEM, s. 13.

²⁶ CHURCHILL ve diğ., s. 373. Bu teamüli nitelik, egemenlik iddialarının geçersizliği ve bayrak devletinin münhasır yetkisi kuralının açık denizlerin serbest ve açık oluşunun hukuki statüsünün özünü oluşturduğu ITLOS'un M/V Norstar kararıyla da teyit ediliyor. Bkz. CHURCHILL ve diğ., s. 373, dipnot 2. ITLOS, M/V "Norstar" (Panama v. Italy), Judgment, ITLOS Reports 2018-2019.

²⁷ BROWNLIE Ian, **Principles of public international law**, 7. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 19. Brownlie, kaynaklar arasında örtüşmenin mümkün olabileceği ve katı bir sınıflandırmanın uygun olmadığını belirtmekte. Aynı yönde bkz. SHAW, s. 52.

²⁸ SHAW, ss. 73-74.

²⁹ BROWNLIE, ss. 16-17; SHAW, s. 73.

³⁰ BROWNLIE, s. 17. Churchill ve Lowe, açık denizlerin serbestliği ilkesinin ayrı bir önem atfedilerek hukukun genel ilkesi olarak değerlendirilmesinden teamüli bir ilke olarak değerlendirilmesinin daha yerinde olacağını ifade etmektedir. Bkz. CHURCHILL ve diğ., s. 18.

gelen bir ilke değil doğrudan teamül hukukundan gelen bir ilke olduğundan bu ilkenin ayrıca hukukun genel ilkesi olarak değerlendirilmesi hem kanaatimizce doğru değildir hem de uluslararası hukukun kaynakları arasında geçiş ve örtüşmeler dikkate alındığında açık denizlerin serbestliği ilkesinin hukukun genel ilkesi niteliğini haiz olup olmadığının pratikte bir anlamı yoktur.

Bununla beraber açık denizlerin serbestliği ilkesinin gerek akdi gerekse teamüli niteliği hem ilkenin kapsamı bakımından hem de ilkenin sınırları bakımından büyük önem arz etmektedir. Özellikle teamülün esnek yapısı dikkate alındığında, ilkenin içeriğinin, öneminin ve yorumunun değişmeye başladığı içinde bulunduğumuz okyanusların sürdürülebilir yönetimi kaygısının hakim olduğu dönemde, ilkenin devlet uygulamaları ve kuralın bağlayıcılığına inanç ile önce teamüli niteliğinin sonra da akdi niteliğinin değişmekte ve evrilmekte olduğu gözlemi, ilkenin normatif niteliğinin onun tarihsel ve güncel hukuki yolculuğu üzerindeki önemini vurgulamaktadır. Diğer bir ifadeyle, Grotius ile oluşan klasik anlamından 20. yüzyılın ortalarına doğru ilk olarak açık deniz alanlarının sahil devletlerinin egemenlikleri lehine azalmasıyla sapmaya başlayan ilkenin teamüli niteliğinin, 21. yüzyılda bambaşka bir yöne doğru seyrettiği ve evrildiği görülmektedir. Bu seyri anlamak için önce ilkenin kapsamını da görmek gerekmektedir.

II. AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİNİN KAPSAMI

Açık denizlerin BMDHS m. 86'daki tanımını, ilkenin akdi niteliği bahsinde, *“bir devletin MEB'ine, karasularına veya iç sularına veya takımada sularına dahil olmayan tüm deniz alanlarını”* kapsadığı şeklinde negatif bir formülasyon üzerine kurulduğunu belirtmiştik.³¹ BMDHS 86-90 arasındaki maddelerden açık denizlerin serbestliği ilkesinin kapsamı bakımından somut sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, açık denizlerin hiçbir devletin egemenliğine tabi olmaması, bir diğer ifadeyle ulusal yetkiden bağımsız olması ve sahili bulunsun veya bulunmasın bütün devletlerin kullanımına açık olduğu iken, ikinci somut sonuç ise açık denizlerin serbestliği ilkesi, aynı zamanda açık denizler üzerinde faaliyetlerin serbestliği anlamına geldiğinden devletlerin açık denizleri uluslararası hukuka uygun bir biçimde (ve barışçıl amaçlarla) kullanma serbestliği konusunda eşit haklara sahip oldukları³² ve aynı zamanda hiçbir devletin bu haklarını kullanırken diğer devletle-

³¹ Bkz. supra not 16.

³² TANAKA, s. 188.

rin gemilerini açık denizleri herhangi bir hukuka uygun amaçlarla kullanmasını engelleyemeyecekleridir.³³ Açık denizlerin serbestliği ilkesinden doğan bir diğer önemli sonuç ise bayrak devletinin münhasır yetkisi ilkesidir. Bu girişten sonra, devlet egemenliğine bir sınırlama getiren açık denizlerin serbestliği ilkesinin faaliyetler bakımından, deniz yetki alanları ve ulusal yetki alanları ötesinde alanlar kavramlarının değerlendirildiği yer bakımından olmak üzere kapsamının incelenmesi hedeflenmektedir.

Bayrak devletinin münhasır yetkisi, bu yetkinin icrai veya teşri niteliği³⁴ ve hiçbir devletin yabancı bir devlet gemisi üzerinde yetkisi olamayacağı; bu çalışmanın konusu ve kapsamını genişleteceğinden, BMDHS'nin 7. Kısmı'nda düzenlenen geleneksel açık denizler rejimini ve seyrüsefer serbestliğine getirilen sıcak takip hakkı, ziyaret hakkı, açık denizlerden izinsiz radyo yayınları, uyuşturucu madde taşınması trafiği, köle ticareti yasağı ve deniz haydutluğuyla mücadele gibi detaylı hükümlerini çalışmanın kapsamının dışında tutacağız, ancak faaliyetler bakımından kapsamda seyrüsefer serbestliği ile beraber çok kısa değinmekle yetineceğiz.

A. Faaliyet Bakımından Kapsamı

Açık denizlerin serbestliği ilkesinin uluslararası hukukta somut bir şekle bürünmesi açık denizler üzerindeki faaliyetlerin serbestliği ve bu serbestliklere getirilen kısıtlamalar ile söz konusu olmaktadır. Öncelikle, açık denizlerin serbest oluşu, açık denizler rejiminin hiç düzenlenmemiş bir hukuki boşluk olduğu anlamına gelmemekte³⁵ aksine ilkenin mutlak bir ilke olmayışı anlayışını³⁶ da aşarak kısıtlama ve düzenlemelerin açık deniz serbestliklerini istisnaileştirdiği ve ilkenin kapsamını oldukça daralttığı bir düzene dönüşmektedir. Açık denizlerdeki faaliyetlerin serbest oluşu aynı zamanda BMDHS m. 88'deki açık denizlerin barışçıl amaçlarla kullanımı ve m. 89'daki açık denizin hiçbir alanının hiçbir devletin egemenliğine tabi olmayacağı kurallarıyla beraber okunmasının yanı sıra faaliyetler bakımından kapsamını belirleyen önemli bir kural da m. 87/2'de devletlerin bu serbest-

³³ CHURCHILL ve diğ., s. 375.

³⁴ CHURCHILL ve diğ., s. 381.

³⁵ GUILFOYLE Douglas, "The High Seas", **The Oxford Handbook of the Law of the Sea**, ROTHWELL Donald / OUDE ELFERINK Alex / SCOTT Karen vd. (Editörler), Oxford Academic, 2015 (online baskı: 2016), s. 204; ANDERSON David, **Modern Law of the Sea Selected Essays**, Brill | Nijhoff, Leiden, 2008, s. 233; ORAL, ss. 340-341.

³⁶ TANAKA, s. 189.

liklerini kullanırken diğer devletlerin çıkarlarına ve Bölge üzerindeki faaliyetlere ilişkin sözleşmeden kaynaklanan haklarına özen göstermeleri gerektirir. Bu özen yükümlülüğü, BMDHS'nden önce 1958 Açık Denizler Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de ifade edilmekte³⁷ ve açık denizler üzerinde serbestlikten kaynaklanan faaliyetlerde bulunurken diğer devletlerin çıkarlarını göz önünde bulundurma yükümlülüğünün bir teamül hukuku kuralı olarak BMDHS'nin imzalanmasından önce, Birleşik Krallık- İzlanda Balıkçılık Yetki davası önünde UAD tarafından da tanındığı belirtilmelidir.³⁸ Son olarak faaliyet bakımından kapsam denilince, önemli bir husus da BMDHS m. 88'de düzenlenen açık denizlerin sadece barışçıl amaçlarla kullanıma açık oluşudur ve bu kural açık denizler üzerinde faaliyetlerin nasıl kullanılacağına ve açık denizlerin serbestliği ilkesine ilişkin tamamlayıcı bir yan oluşturmaktadır.

1. Açık Denizler Üzerinde Faaliyetler

Açık Denizler Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, ilk olarak seyrüsefer serbestliği, balıkçılık serbestliği, denizaltı kablo ve boru hattı döşeme serbestliği³⁹ ve açık deniz üzerinde uçuş serbestliği olarak örnekleyici bir şekilde sayılan açık deniz serbestlikleri, yine bu tüketici olmayan tanımını koruyarak BMDHS'nin 87. maddesiyle bilimsel araştırma yapma⁴⁰ ve yapay ada ve ulus-

³⁷ 1958 Sözleşmesi'nde geçen « *reasonable regard* » ile BMDHS'de geçen « *due regard* » kelimelerinin özen yükümlülüğünün içeriğine ilişkin değil, anlamsal bir fark olduğu yönünde, bkz. ANDERSON, s. 234.

³⁸ ANDERSON, s. 234, dipnot 27. ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1974.

³⁹ Fiberoptik denizaltı kabloların özellikle dünyanın veri ve iletişimini sağlamada çok önemli olup devletlerin güvenliği ve küresel ekonomi için önemli olduğu hakkında bkz. CHURCHILL ve diğ., s. 375.

⁴⁰ Açık denizde bilimsel araştırma yapma serbestliği de modern deniz hukukunda önemli bir açık deniz faaliyeti ve sahil devletlerinin kıta sahanlığından kaynaklanan hakları ve Bölge'ye ilişkin hükümlerden kaynaklanan Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'nin deniz yatağındaki hakları ile birtakım kısıtlamalara uğramakta. CHURCHILL ve diğ., s. 379. Bunun yanı sıra, devletlerin açık denizde bilimsel araştırma serbestliğini kullanırken deniz bilimi verileri değişimi yükümlülüğü, önem arz etmekte. Bkz. TANAKA, s. 439. Denizde bilimsel araştırma serbestliği, okyanuslar hakkında bilgiyi artırıcı bir işleve sahip olduğundan bir taraftan okyanusların yönetimi ve biyolojik çeşitliliğin korunması için elzem olup deniz hukukunu geliştiren temel bir rol üstlenirken, diğer taraftan bilimsel araştırma yapma serbestliği ve sahil devletlerin çıkarları arasında bir dengeye tabi olarak sürdürülmekte. TANAKA, ss. 432-433. Ayrıca denizde bilimsel araştırma yapmanın, deniz kaynaklarının keşfi ile farklı bir rejim olup bu ikisinin karıştırılmaması hususunda bkz. TANAKA, s. 435. Bu konuda, Bölge'de kaynakların keşfi ve kullanımı BMDHS'nin 11. Kısmı altında açık denizlerin serbestliğinden ayrı bir rejime tabi iken, MEB'in dış sınırının ötesindeki su sütunundaki kaynakların keşif ve kullanı-

lararası hukukun izin verdiği diğer tesisleri inşa etme serbestliğinin de eklenmesiyle 6 örnekleyici serbestliğe çıkmakta ve bu faaliyetler üzerindeki serbestlikler denize kıyısı olan ve olmayan devletleri eşit şekilde kapsamaktadır. Açık denizlerin üzerinde serbest faaliyetler geleneksel olarak seyrüsefer serbestliği ve balıkçılık serbestliği iken⁴¹ okyanus teknolojisinin gelişimiyle bu faaliyetlerin sayısı artmakta⁴² ve BMDHS, 87. maddede sayılan 6 örnekleyici serbestliğin dışında da faaliyetler icra edilebilmesini dışlamamaktadır.⁴³ Ancak her ne kadar açık deniz üzerindeki söz konusu faaliyetler serbestlik rejimine tabi gibi gözüküyor olsa da bu serbestliklere getirilen sınırlamaların serbestliğin kullanımını oldukça kısıtladığı da önemli bir gerçek.⁴⁴ Ancak faaliyetlere getirilen kısıtlamalar birbiriyle özellikle deniz çevresinin ve kaynaklarının korunması ve denizde biyolojik çeşitliliğin korunması gibi alanlarda ortak meydan okumalar içerse de, her faaliyet bakımından BMDHS’ndeki kısıtlamaları ve kapsamı bu çalışmanın kapsamını aşmadan kısaca belirtmek faydalı olacaktır. Buna göre öncelikle belirtmek gerekir ki, seyrüsefer serbestliği ve uçuş serbestliği dışındaki bütün serbestlikler sözleşmede düzenleniş itibarıyla sözleşmenin belirli kısımlarına tabi⁴⁵ veya özel olarak balıkçılık serbestliği açısından ise sözleşmenin 2. Bölümü’ndeki şartlara tabi olduğu şeklinde gönderme yapan lafzi bir kısıtlama içermektedir.

mının ise bir açık deniz serbestliği olduğu hakkında bkz. OUDE ELFERINK Alex, “The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, C. 22, S. 1, 2007, s. 145, dipnot 6. Bölge-açık denizlerin serbestliği ilişkisi için bkz. Bu çalışmanın “Ulusal Yetki Alanları Ötesinde Alanlar” Başlığı.

⁴¹ ORAL, s. 336; YOUNG, s. 176; Bu iki serbestliğin geleneksel oluşunun altındaki sebeplerden biri de Grotius tarafından Hollanda’nın siyasi ve ekonomik çıkarlarını korumak için ticaret özgürlüğünü savunurken özellikle balıkçılık serbestliği bakımından muhakemesinin bir parçası olarak kullanılmasında yatmakta, bkz. YOUNG, s. 172.

⁴² CHURCHILL ve diğ., s. 375.

⁴³ CHURCHILL ve diğ., s. 375. BMDHS’deki faaliyetler listesi, tüketici olmamakla beraber 1958 Sözleşmesi’nin aksine, hukukun genel ilkelerince tanınmış diğer serbestlikler ifadesini kullanmamakta. Bkz. ANDERSON, s. 233.

⁴⁴ Balıkçılık serbestliği ve uluslararası deniz yatağı bölgesi açısından birincisinde bireysel haklardan ortak çıkarlara, ikincisinde ise ortak çıkarlardan bireysel haklara eğilimin gözlemlendiği ve ulusal yetki alanları ötesinde alanlardaki insanlığın ortak mirası-açık denizlerin serbestliği ikiliğinin incelendiği özel bir çalışma için bkz. NGUYEN. Açık Denizlerin serbestliğini geleneksel iki serbestliğe getirilen sınırlandırmalar bakımından değerlendirme için bkz. ORAL, ss. 340-345; YOUNG, ss. 175-178.

⁴⁵ Bunlardan denizaltında kablo ve boru hattı döşeme ve yapay ada ve diğer tesisleri inşa etme serbestliği kıta sahanlığı hükümlerine, bilimsel araştırma ise sözleşmenin hem kıta sahanlığı hem de bilimsel araştırma kısımlarına tabi, bkz. United Nations Convention on the Law of the Sea, m. 87.

İki geleneksel açık deniz serbestliğinin kapsamının kısaca incelenmesi, ilkenin kapsamını ve seyrettiği yönü ifade etmek bakımından daha uygun olacaktır. Seyrüsefer serbestliği bakımından her ne kadar serbestlikler arasında bir hiyerarşi yoksa da tarihsel olarak bütün serbestliklerin kendisine dayandığı, deniz uygarlığında dolaşmayı ifade eden adeta kutsal bir çıkış noktası⁴⁶ olduğunu belirtmek yanlış olmaz. Ancak bu temel serbestlik dahi diğer serbestlikler gibi mutlak değil⁴⁷ ve BMDHS’de 7. Kısım altında çok detaylı kolluk düzenlemelerine tabi.⁴⁸ Bunun yanı sıra seyrüsefer serbestliği bakımından ayrılmaz bir ilke, BMDHS m. 90 ve 92’deki hükümlerinden çıkan denize kıyısı olsun veya olmasın bayrak devletinin münhasır yetkisine tabi olarak seyrüsefer serbestliğinden bütün devletlerin yararlanacağı ilkesi.⁴⁹ Ancak buradaki yetkinin hem teşri hem icrai yetkileri mi kapsadığı yoksa sadece icrai yetkileri mi kapsadığı tartışmalı bir husus.⁵⁰

Balıkçılık serbestliği ise seyrüsefer serbestliğinden farklı olarak, sözleşmenin lafzında 2. Bölüm’den kaynaklanan ve BMDHS’nin Balık Stokları Uygulama Anlaşması’ndan kaynaklanan deniz canlı kaynaklarının korunması hususunda özellikle bölgesel balıkçılık yönetim örgütleri (RFMOs: Regional Fisheries Management Organizations) eliyle devletlere koruma ve işbirliği yükümlülüğü yükleyen önemli kısıtlamalar içermektedir.⁵¹ Bu kısıtlamaların ve yükümlülüklerin balıkçılık serbestliğini bir bireysel hak olmaktan çıkarıp kolektif çıkarların bir unsuru haline dönüştürdüğü ve hatta artık balıkçılık serbestliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı bile ifade edilmektedir.⁵²

⁴⁶ ORAL, s. 343.

⁴⁷ ORAL, s. 343.

⁴⁸ Bkz. supra not 34’ü içeren paragraf. Sözleşmedeki detaylı düzenlemelerin yanında güvenlik endişelerine ilişkin sözleşmelerle ve seyir emniyeti, çarpışma ve gemi kaynaklı kirlilik bakımından da teknik anlaşmalarla seyrüsefer serbestliği kısıtlamalara tabi. YOUNG, ss. 177-178.

⁴⁹ CHURCHILL ve diğ., s. 381.

⁵⁰ CHURCHILL ve diğ., s. 381. ITLOS’un M/V Norstar kararındaki çoğunluk görüşü iki yetkiyi içerdiğini belirtirken Churchill ve Lowe’un benimsediği ve andlaşma veya teamülün izin verdiği durumlarda bayrak devleti olmayan devletin de yasama yetkilerini kullanabileceğini ifade eden azınlık görüşe göre ise bu yetkilerden sadece icrai yetkiler anlaşılmakta. Ayrıca bkz. açık denizlerde faaliyetler üzerinde icrai yetkiyi tamamlayıcı teşri yetki olabileceği yönünde, GUILFOYLE, ss. 209-210.

⁵¹ Young’a göre bu kısıtlamalar sahil devletlerinin hak ve çıkarları, sözleşmenin 7. Kısım ve 2. Bölümü’nden kaynaklanan kısıtlamalar ve diğer akdi yükümlülükler olmak üzere 3 ana başlık altında belirlemekte. YOUNG, s. 176.

⁵² Bkz. supra not 44. NGUYEN, s. 136. Bu itibarla yazar tarafından açık denizler rejimi ile Bölge arasındaki çizginin de giderek silindiği ve açık deniz serbestlikleriyle insanlığın ortak mirası ilkelilerinin artık birbirine zıt görülemeyeceği ifade edilmekte, NGUYEN, ss. 135-138. Balıkçılık

2. Açık Denizlerin Barışçıl Amaçlarla Kullanılması

Açık denizlerin serbestliği ilkesinin kapsamını oluşturan önemli bir husus, BMDHS m. 88’te düzenlenen açık denizlerin barışçıl amaçlarla kullanılması kuralı. Açık denizlerin barışçıl amaçla kullanılmasından denizde askeri faaliyetleri, bir diğer ifadeyle açık denizde silahlı çatışmaları, askeri tatbikatları ve silah denemelerini yasaklayıp yasaklamadığı konuları tartışmalar doğurmaktadır.⁵³ Sözleşmede bu faaliyetleri yasaklama niyeti olsaydı, barışçıl kullanıma açık ortak alanların bir kısmında açıkça tatbikat ve silah denemesi yasaklanması örnekleri göz önüne alındığında, 88. maddeye askeri faaliyetleri yasaklayan kelimelerin eklenebileceği ifade edilmektedir.⁵⁴ Dolayısıyla açık denizde, bazı konvansiyonel silah denemelerinin ve askeri tatbikatların bu madde ile yasaklanmadığı sonucu çıkarılmaktadır.⁵⁵ Silah denemelerinde önemli bir konu ise deniz çevresinin ve genel olarak çevrenin korunmasıyla yakından bağlantılı nükleer silahların denenmesinin yasaklanıp yasaklanmadığı meselesidir. Ancak burada Nükleer Denemeler Davası’nda UAD önünde bu konu gündeme gelmiş olsa da Fransa’nın denemeleri terk etmesi sebebiyle Divan bir karar vermeden sona erdiğinden,⁵⁶ olası bir nükleer silah denemesi yasağı ile açık denizlerin

serbestliğinin şartlı bir serbestlik olduğu da ifade edilmekte. FREESTONE David, “Chapter 1 Principles Applicable to Modern Ocean Governance”, **Conserving Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction**, FREESTONE David (Editör), Brill | Nijhoff, Leiden, 2019, s. 51.

⁵³ GUILFOYLE, s. 210.

⁵⁴ GUILFOYLE, s. 211. Bu yorumu desteklemek için ise BM şartının 2. maddesindeki kuvvet kullanma yasağının bir yansıması olarak BMDHS m. 301’deki devletlerin kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidinden kaçınma yükümlülüğünün tekrar edilmesi gösterilmekte ve dolayısıyla kapsamının sadece saldırı ve iç işlerine karışma yasağını ihlal eden faaliyetleri yasakladığı ifade edilmekte. GUILFOYLE, s. 211; CHURCHILL ve diğ., s. 380.

⁵⁵ GUILFOYLE, s. 211; CHURCHILL ve diğ., s. 378. Ayrıca m. 88 barışçıl amaçlarla kullanım, açık deniz-MEB ilişkisi bakımından da gündeme gelmekte ve MEB üzerinde sahil devleti dışındaki devletlerin askeri tatbikat yapmaları yasaklanmadığından, m. 88 sahil devletlerinin haklarını kısıtlamadığı ölçüde MEB’e de uygulanabilmekte. GUILFOYLE, s. 213. MEB-açık deniz ilişkisi için bkz. Bu çalışmanın “Deniz Yetki Alanları” Başlığı.

⁵⁶ CHURCHILL ve diğ., s. 379. ICJ, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974. Churchill ve Lowe, benzeri davalarda, mahkemenin silahların kullanımının açık denizlerin serbestliği kapsamına girip girmediğini devlet uygulamalarına bakarak özen yükümlülüğü ve makuliyet açısından inceleyebileceği yönünde, bkz. CHURCHILL ve diğ., s. 379. Nükleer silahların hukukiliği konusunda ayrıca UAD’nın Nükleer silahların hukukiliği danışma görüşünde bu silahların felaket doğurucu yapısı, uygarlık, ekosistem ve mevcut ve gelecek kuşakları yok edici gücünü tanımış olsa da devletlerin hayatta kalmasını etkileyen olağanüstü meşru müdafaa hallerinde kullanılabileceğini tanınması, divanın nükleer silahların kullanımının teamüli veya akdi olarak tamamen yasaklanmasını tespit edemeyişine bir örnek oluşturmaktadır. Bkz. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, paragraflar, 35, 36, 105. Ancak bu karar açık denizde nükleer silahların denenmesine ilişkin bir sonuç çıkarmamızdan uzak.

serbestliği arasındaki ilişkiye ilişkin içtihadi bir yol göstermeden mahrum bulunuyoruz. Kısaca açık denizlerin barışçıl amaçlarla kullanımından genel uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağı dışında tatbikatları ve silah denemelerini yasaklayan somut bir yorum çıkarmak zor görünmektedir.⁵⁷

B. Yer Bakımından Kapsamı

Deniz hukuku tarihinde, önceleri sadece karasularının mevcudiyetiyle yer bakımından kapsamı mesele olmayan açık denizler, 1982 BMDHS’nde ve BMDHS sonrası dönemde ulusal yetki alanları ötesinde alanlar (ABNJ) kavramına verilen önemle eskisi gibi basit bir nitelik arz etmemektedir. Bir taraftan MEB kavramı devlet egemenliğine tabi olmayan, ancak açık deniz olarak da değerlendirilemeyen, sahil devletine o alan üzerinde birtakım hak, yetki ve yükümlülükler yükleyen *sui-generis* bir deniz hukuku kavramı⁵⁸ olarak açık denizlerin yer bakımından kapsamında önemli bir konu işgal etmekte. Diğer taraftan ise BMDHS m. 86’nın MEB’i açık denizden dışlayan tanımına rağmen maddenin, sözleşmenin 58. maddesi uyarınca devletlerin MEB’de yararlandıkları serbestlikleri kısıtlamayacağına yaptığı gönderme sebebiyle MEB-açık deniz ilişkisi önem arz etmektedir. Bir diğer ifadeyle, münhasır ekonomik bölgede dahi açık denizlere ilişkin sözleşmenin 7. Kısmı, MEB’e ilişkin hükümlere aykırı olmadığı ölçüde uygulanmaya devam etmektedir. Bunun yanında, açık denizler ve deniz yatağı bölgesinden oluşan ulusal yetki alanları ötesinde alanlar kavramı ise Bölge’nin altında yönetildiği insanlığın ortak mirası ve açık denizlerin serbestliği ilkelerinin ilişkisi bakımından ayrıca önem arz eden bir konuyu oluşturmaktadır.

1. Deniz Yetki Alanları

Açık denizlerin, BMDHS m. 86’da sayılan deniz yetki alanları dışında kalan alanlardan hareketle tanımı⁵⁹ uyarınca çalışmanın kapsamı içinde kalarak açık denizle ilişkisi olan kıta sahanlığı, MEB kavramlarını kısaca izah

⁵⁷ İnsancıl hukuktaki *jus ad bellum* (kuvvet kullanma hukuku) ve *jus in bello* (insancıl hukuk/silahlı çatışmalar hukuku) ayırımından da hareketle deniz savaşlarına ilişkin insancıl hukuk kuralları olduğu gerçeği göz önüne alındığında açık denizlerin barışçıl amaçlarla kullanılması kuralından doğrudan, en azından pratikte, deniz savaşlarını yasaklayan bir hüküm çıkmamakta; ancak elbette kuvvet kullanma yasağı, açık denizde kuvvet kullanma yasağını da kapsamakta.

⁵⁸ GUILFOYLE, s. 205. Açık denizlerin 1958 Sözleşmesi’ndeki tanımından BMDHS’deki açık denizler rejiminin uygulanacağı alanları ve kapsamını belirten tanıma geçişte MEB’in açık deniz ile karasularının uzantısı arasındaki özel konumu yer almakta. GUILFOYLE, s. 205.

⁵⁹ Bkz. Bu çalışmanın “Açık Denizlerin Serbestliği İlkesinin Akdi Niteliği: BMDHS” Başlığı.

etmek gerekir. Öncelikle, m. 86'daki tanımın kıta sahanlığını kapsamadığı belirtilmelidir ve kıta sahanlığı BMDHS m. 76'daki teknik tanıma göre karasularının ötesinde esas hatlardan itibaren 200 deniz mili bir mesafeye kadar⁶⁰ olan kısımda denizaltı alanlarının deniz yatağı ve toprak altlarını içerir. Denizaltındaki cansız varlıkları, kaynakları⁶¹ kapsayan kıta sahanlığından farklı olarak, denizaltı ve üstündeki canlı ve cansız varlıklara ilişkin sahil devletine yine esas hatlardan itibaren 200 deniz mili bir mesafeye kadar birtakım hak, yetki ve yükümlülükler veren MEB,⁶² bu itibarla sahil devletine kıta sahanlığından daha geniş yetkiler vererek, kıta sahanlığını adeta kapsamaktadır. İki kavram da açık denizlerin serbestliği ilkesinin gelişimi tarihinde, bir diğer ifadeyle açık denizlerin ve açık denizlerde deniz kaynaklarının ortak alanlardan 20. yüzyılın ortalarında sahil devletlerinin egemenliği lehine azalması tarihinde⁶³ bu serbestliği kısıtlayıcı bir konuma sahip önemli kurumlardır ve kıta sahanlığı, MEB ilan edilmediği durumda geniş anlamda açık denizin altını oluştururken,⁶⁴ MEB ilan edildiği durumlarda ise MEB rejimi altında açık deniz alanının dışında sahil devletinin yetkilerine tabi, özel bir deniz yetki alanını oluşturmaktadır.

MEB ile açık deniz ilişkisinin önemli bir noktası BMDHS m. 86 ile m. 58'in birbirlerine yaptığı göndermeler sebebiyle bu iki rejim arasında katı bir yer bakımından ayrımın ötesinde, özellikle seyrüsefer serbestliği, deniz

⁶⁰ Ayrıca istisnai hallerde, m. 76'ya göre kıta sahanlığının dış sınırı 200 deniz milinden 350 deniz miline uzatılabilme; kıta sahanlığının dış sınırının uzadığı bu durumlar da açık denizlerin serbestliği ilkesini yer bakımından kısıtlayıcı bir işlev görmektedir. United Nations Convention on the Law of the Sea, m. 76.

⁶¹ BMDHS m. 77'ye göre sahil devletinin üzerinde hakları olduğu doğal kaynaklar, deniz yatağı ve toprak altındaki madensel kaynaklarını ve diğer cansız kaynaklarını ve sedanter türden canlı kaynaklar ile deniz yatağında hareketsiz bulunan veya deniz yatağı veya toprak altı ile sürekli temasa bağlı olan organizmaları içermektedir. United Nations Convention on the Law of the Sea, m. 77.

⁶² Bkz. United Nations Convention on the Law of the Sea, m. 56.

⁶³ OUDE ELFERINK, 2009, ss. 158, 160-162; DE LUCIA, ss. 29-33. Vito De Lucia'ya göre okyanus ortak alanlarının topraksal bir düşünme ile önce alandan uzaya dönüşüm, bir diğer ifadeyle yaşayanın ölçülebilir hale dönüştürülmesi ve sonra uzaydan toprağa dönüşüm, bir diğer ifadeyle ölçülebilir olandan yönetilebilir hale dönüştürülmesi şeklinde iki aşamalı topraklaştırma süreciyle haritasal bir şekilde topraklaşması söz konusu. DE LUCIA, s. 30.

⁶⁴ Dar anlamda açık deniz ve geniş anlamda açık deniz kavramları için bkz. TANAKA, ss. 423-428. Geniş anlamda açık deniz sahil devletinin potansiyel MEB'inde yer alan açık denizleri ifade ederken (Akdeniz bu alanların güzel bir örneği), dar anlamda açık deniz ise 200 deniz milinin ötesinde açık denizleri ifade etmekte. Bu kavramlar özellikle denizde biyolojik çeşitliliğin korunması amacıyla açık deniz koruma alanları tesis edilmesi konusunda gündeme gelmektedir.

üzerinde uçuş serbestliği ve kablo döşeme serbestliği ve bu serbestliklere bağlı denizlerin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımlarının devam ettiği sıkı bir ilişki mevcut oluşudur.⁶⁵ Bunun yanı sıra MEB’de sözleşmenin izin verdiği açık deniz serbestlikleri kullanılırken MEB ile açık deniz rejimi arasında veya sahil devleti ile serbestliği kullanan, seyreden bayrak devleti arasında yetki çatışmaları da görülmektedir.⁶⁶ BMDHS, bu yetki çatışmalarına ilişkin herhangi bir karine ön görmemekte ancak m. 56/2 ve m. 58/3’de devletlerin hak ve yükümlülüklerini kullanırken özen yükümlülükleri olduğunu ön görmektedir.⁶⁷

2. Ulusal Yetki Alanları Ötesinde Alanlar

Ulusal Yetki Alanları Ötesinde Alanlar kavramı (ABNJ), kartografik deniz alanları anlayışı⁶⁸ ile deniz yetki alanları kavramının tamamlayıcı karşıtını oluştururken, 21. yüzyılda okyanusların yönetimi, deniz biyoçeşitliliğinin korunması açısından yeniden önem kazanmakta ve açık denizlerin yerine Bölge ile beraber daha kapsayıcı bir terim olarak kullanımı tercih edilmektedir. Ulusal Yetki Alanları Ötesinde Alanlar, BMDHS’de pek kullanılmayan bir kavram iken⁶⁹ uluslararası deniz ve çevre hukuku doktrininde bu kavramın özellikle okyanusların yönetimi kaygısıyla beraber kullanılmasıyla uluslararası toplumun diline yerleşip BBNJ Anlaşması’nda da “*Ulusal yetki alanları*

⁶⁵ GUILFOYLE, s. 212. Her ne kadar MEB kavramı doğrudan açık denizlere bir kısıtlama olsa da açık denizler rejimi MEB’e ilişkin hükümlere aykırı olmamak koşuluyla MEB’e uygulanacaktır, bu itibarla iki rejim arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi vardır. GUILFOYLE, s. 212. MEB’de diğer devletlerin hak ve yükümlülükleri ve seyrüsefer, deniz üzerinde uçuş, kablo döşeme serbestlikleri bakımından açık deniz serbestlikleriyle ilişkisi için bkz. CHURCHILL ve diğ., ss. 276-287.

⁶⁶ GUILFOYLE, s. 213.

⁶⁷ GUILFOYLE, s. 213. Buradaki özen yükümlülüğünün her ne kadar m. 58/2, m. 87’yi dışlamış olsa da, m. 87/2 ‘yi de kapsayabileceği yorumu yapılmaktadır. Bkz. CHURCHILL ve diğ., s. 288. Ayrıca MEB’deki özen yükümlülüğüne ilişkin yargı kararı örnekleri için bkz. CHURCHILL ve diğ., ss. 288- 291.

⁶⁸ DE LUCIA, s. 17. BMDHS’nin ortak alanları bölgelemesiyle okyanusların % 40 civarında azalarak ortak alanları küçülttüğü ve ulusal yetki alanları ötesinde alanları ulusal yetki altına getirmede bitişiklik ve topraksal yakınlık temellerinin etkili olduğu, DE LUCIA, ss. 20, 22.

⁶⁹ Ulusal yetki alanının ötesi ifadesi sözleşmede sadece başlangıçta BM Genel Kurul kararına atıfta ve 1. maddede Bölge’nin tanımında geçmekte, OUDE ELFERINK Alex / DE LUCIA Vito / NGUYEN Lan Ngoc, “Chapter 1 Areas beyond National Jurisdiction- Looking at and beyond the bbnj Process”, **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, s. 3, dipnot 6. ABNJ kavramı yazarların yaptığı terim araştırmasına göre 2000’den sonra ortaya çıkmakta ve özellikle 2010 sonrası kullanımı ciddi bir şekilde artmakta. OUDE ELFERINK ve diğ., s. 1.

ötesinde alanlar, açık denizler ve Bölge anlamına gelir.” denilerek⁷⁰ tercih edilen bir terim olarak kendine yer edinmektedir. Buna göre söz konusu kavramın açık denizler unsuru açık denizlerin serbestliği rejimine tabi iken, Bölge ise insanlığın ortak mirası rejimine tabi. Ancak bu iki rejim arasındaki zıtlık yumuşamakta ve katı ayırım birbirinden ayrılmaktadır.⁷¹ Açık deniz serbestlikleri ve Bölge üzerindeki faaliyetler arasındaki ilişki bakımından, BMDHS m. 147’deki Bölge’deki faaliyetlerin açık deniz serbestlikleri üzerinde ve açık denizlerdeki diğer faaliyetlerin Bölge üzerinde karşılıklı özen yükümlülüğünün dengeleyici rolü olduğu da eklenmesi gerek önemli bir husus.⁷²

Öncelikle, kavram olarak ortaya çıkmadan önce açık denizlerin serbestliği rejimine tabi olan⁷³ Bölge, BMDHS m. 1’deki tanıma göre “ulusal yetki alanları ötesindeki deniz yatağı, okyanus tabanı ve bunların toprak altını” ifade eden bir kavram ve sözleşmenin 11. Kısım altında düzenlenmekte olup m. 136 uyarınca Bölge ve kaynakları insanlığın ortak mirası ilkesine tabi.

İnsanlığın ortak mirası ilkesi, açık denizlerin serbestliği ilkesine göre yeni bir ilke olmakla beraber, hakkaniyeti ortak alanların merkezine taşıyarak doğal kaynakların korunması ve hakkaniyetli paylaşımını amaç edinmekte⁷⁴ ve modern uluslararası hukukta bireysellikten ortak çıkarlara evrilişte devletlerin yarışan egemen çıkarlarını dengeleyici bir işlev görmektedir.⁷⁵

⁷⁰ Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (BBNJ Agreement), madde 1. Açık deniz alanları okyanusların yüzey alanının % 61’ini oluştururken, Bölge ise % 53’ünü oluşturmaktadır. OUDE ELFERINK ve diğ., s. 2. Bu iki alanın beraber bütün okyanusların yaklaşık 2/3’ünü oluşturduğu ifade edilmekte, GJERDE, s. 354. BMDHS’nin Bölge ve açık denizleri sektörel bir temele dayanan ayrı alanlar olarak ön görmesi karşısında ABNJ kavramına başvurunun okyanus alanlarının yönetimine ortak bir yaklaşım ihtiyacını yansıttığı yönünde, OUDE ELFERINK ve diğ., ss. 3-4. Bu okyanusların ortak yönetimi anlayışının uluslararası çevre hukukundaki ekosistem yaklaşımı ve işbirliği ilkesi ile ulusal yetki alanı içinde ve ötesinde alanların birbirinden keskin şekilde ayrılan rejimlerini birbirine yaklaştıracı bir işlev göreceği hakkında, TREVES Tullio, “Principles and objectives of the legal regime governing areas beyond national jurisdiction”, **The International Legal Regime of Areas beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments**, OUDE ELFERINK Alex / MOLENAAR Erik J. (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2010, ss. 10-12.

⁷¹ Bkz. supra not 52.

⁷² TREVES, s. 9. Sözleşmenin 7. Kısım açık denizler rejimi-11.Kısım Bölge rejiminin birlikteliği ve bu aynı anda, birlikte var olan rejimler arasındaki ilişkiye dair bir inceleme için bkz. OUDE ELFERINK, 2007.

⁷³ OUDE ELFERINK, 2007, s. 145.

⁷⁴ NGUYEN, s. 124. Yazar, ortak alanlar kavramının devletlere kaynaklara açık erişim sağlamasına rağmen pratikte eşit erişimi sağlayamaması sebebiyle eksikliğini gidermek üzere yola çıkmışken ve devletlerin çıkarlarından insanlığın çıkarına doğru evrilmeyi hedeflerken geliş-

İnsanlığın ortak mirası ilkesi, uluslararası çevre hukukunda giderek önem kazanan insanlığın ortakları: serbestlik rejimine tabi açık denizleri de kapsayan ortak alanlar, ortak miras ve ortak kaygı ilkeleri ilişkisi bakımından özel bir önem arz etmektedir.⁷⁶

Bir taraftan açık denizlerin serbestliği ilkesini ne ölçüde zayıflattığı, bu ilkeye zıt bir biçimde ilkenin yerini alıp almadığı veya ilkeyle beraber ne ölçüde varlığını sürdürdüğü sorularına cevap bakımından, diğer taraftan ise bu üç ilkenin ilişkisi, açık denizlerin serbestliği ilkesinin sınırı kapsamında ulusal yetki alanları ötesinde alanlarda biyolojik çeşitliliği düzenleyen BBNJ Anlaşması bakımından da okyanusların yönetimi gündeminde yerini korumaktadır. İlke, her ne kadar açık denizlerin serbestliğine karşıt bir kavram olarak ortaya çıkmış olsa da özellikle balıkçılık serbestliği bakımından bu karşıtlık yerini derin deniz yatağı madenciliği ve balıkçılık rejimlerini, birincisinin ortak çıkarların pratikte zayıflaması yoluyla, ikincisinin ise bireysel çıkarların giderek ortaklaşması yoluyla orta noktada buluştukları ve Bölge ile açık denizler rejimleri arasındaki ortak çıkarlar ayrımının giderek silikleştiği gözlemine bırakmakta, bu itibarla ulusal yetki alanları ötesinde alanlarda artık kaynaklara

miş devletlerle-gelişmekte olan devletler arasında ilkenin içeriğine ve Bölge'nin kaynaklarının ekonomik ortak yönetimine ilişkin çatışmaların 1994'te Bölge'ye ilişkin BMDHS'yi uygulayıcı yeni bir anlaşmayla Bölge'ye uygulanan rejimi değiştirerek ilkeyi devletlerin çıkarlarını dengeleme noktasına indirgediği ve ilkenin zayıfladığı yorumunu yapmakta. NGUYEN, ss. 124-128. Benzer şekilde, ortak alanlarda kaynaklara açık erişimin pratikte eşit erişim doğurmadığı ve bu durumun ortaklar trajedisi nitelemesi için bkz. BRUNNÉE Jutta, "Common Areas, Common Heritage, and Common Concern", **The Oxford Handbook of International Environmental Law**, BODANSKY Daniel / BRUNNÉE Jutta / HEY Ellen (Editörler), Oxford Academic, 2008 (online baskı: 2012), s. 562. Tanaka, ise insanlığın ortak mirası ilkesinin; Bölge'nin sahil devletlerinin egemenliğine tabi olması, *res communis* olarak açık denizlerin serbestliğine tabi oluşu ve *res nullius* olarak deniz yatağının ve doğal kaynakların kamulaştırılabilirliği görüşlerinin çatışması arka planında, egemenlik ilkesinin de serbestlik ilkesinin de doğal kaynaklardan elde edilen yararların hakkaniyetli paylaşımını sağlayan hukuki bir çerçeve ortaya koyamadığı bir dönemde oluştuğunu belirtmekte. TANAKA, ss. 217-219.

⁷⁵ BRUNNÉE, s. 552. İlke bakımından devletlerin ortak çıkarlarını gerçekleştirme amacının bir parçasına indirgenen insanlığın ortak mirası kavramının, sürdürülebilir kalkınma, kuşaklar arası hakkaniyet ile yakın ilişkisi gereği devlet dışında gelecek kuşakların da çıkarlarını içermesi gerektiği yönünde, NGUYEN, ss. 131-132.

⁷⁶ Uluslararası topluma ait ortak çıkarlarda devletlerin *erga omnes* yükümlülükleri ve deniz çevresinin korunması bakımından işbirliği yükümlülüğüyle zarar vermeme yükümlülüğünün bu nitelikte etkileri de özel önem arz etmekte. BRUNNÉE, ss. 555-559. Deniz çevresinin korunmasıyla ilgili *erga omnes* yükümlülükler ve açık denizlerin serbestliği ilkesinin deniz çevresinin korunması çerçevesine oturtulması için bkz. ORAL, ss. 345-350. Açık Deniz ve Bölge'de deniz çevresinin korunması yükümlülüğünün *erga omnes* niteliği, ITLOS'un Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Odası tarafından da sadece Bölge'yle sınırlı olmaksızın ABNJ'yi kapsayacak şekilde tanınmakta. ORAL, s. 350.

erişimin serbestlik yerine iki farklı modelde düzenlendiği belirtilmektedir.⁷⁷ ABNJ’de bu ikilik BBNJ Anlaşması’yla biyolojik çeşitliliğin korunması bakımından tek bir rejimle düzenlenecek olsa da anlaşmayla yeni getirilen deniz genetik kaynakları tanımıyla açık denizlerin serbestliği ve insanlığın ortak mirası ilkelerini doğrudan ilgilendiren tartışmalar uluslararası toplumun ve deniz hukuku doktrininin gündeminde yerini sürdürmektedir.

III. AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİNİN SINIRLARI

Açık denizlerin serbestliği ilkesinin kapsamını gördükten sonra, ulusal yetki alanları ötesinde alanlar kavramının deniz çevresinin ve biyolojik çeşitliliğin korunması konusundaki önemli konumu; deniz hukukunun üzerine inşa edildiği bu ilkenin günümüzde ne derecede yaşamaya devam ettiği, içeriğinin ne ölçüde değiştiği, diğer bir ifadeyle ilkenin sınırları açısından müthiş bir önem taşımaktadır. Bu bahiste hem güncel hem de önemli bir mesele, 2023’te akdedilen denizde biyolojik çeşitliliğin korunmasıyla ilgili BBNJ Anlaşması’dır.⁷⁸

Denizde biyolojik çeşitliliğin korunması meselesi, açık denizlerin serbestliği ilkesini sınırlayıcı işlevinin⁷⁹ yanı sıra 21. yüzyılda ısınan, okyanusların yönetimi gündemiyle 2010’lu yıllardan sonra ABNJ’yi kapsayan BMDHS’nin çatısı altında yeni bir anlaşma yapılması gündemiyle⁸⁰ sınırlı

⁷⁷ NGUYEN, ss. 135-138. Balık Stokları Anlaşması rejimi ile Bölge’nin rejimi arasındaki benzerlikler Treves tarafından da ifade edilmekte: yazara göre ABNJ’yi ilgilendiren iki rejim de belli esneklikleri barındırmakta ve Bölge’de merkezi bir rejim ve mekanizma kullanılarak açık denizlerin serbestliği ilkesinin yerine insanlığın ortak mirası ilkesi konulurken, Balık Stokları Anlaşması’nda ise ademi-merkezi rejim ve mekanizmalar ile balıkçılık serbestliği reddedilmemekle beraber sınırlandırılmakta. TREVES, ss. 13-15. Balıkçılık serbestliği için bkz. Bu çalışmanın “Açık Denizler Üzerinde Faaliyetler” Başlığı.

⁷⁸ Türkiye, BMDHS’ne taraf olmamakla beraber BBNJ Anlaşması’nı 27 Eylül 2024’te imzalamış bulunmakta ve teamül hukukunu da yansıtan 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 18’den kaynaklanan imza ile onay arasında andlaşmayı onaylayana kadar, diğer imzacı olup onaylamamış devletler gibi, andlaşmayı konu ve amacından saptırmama yükümlülüğüne tabi. Bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 UNTS 331.

⁷⁹ Ancak, metnin açık denizlerin serbestliklerine bir kısıtlama olarak değil, okyanusların sonsuz olmayan kaynakların korunması amacını gerçekleştirmek için devletlerin bireysel çıkarlarıyla uluslararası toplumun ortak çıkarları arasındaki dengeyi sağlama işlevi gören bir metin olarak anlaşılması gerektiği yönünde, ORAL, s. 352. Benzer şekilde, bireysel çıkarlardan kolektif çıkarlara evrilmeye vurgu yapan NGUYEN, ss. 145-147.

⁸⁰ 2015’te BM Genel Kurulu’nun BMDHS’nin kapsamı altında denizde biyolojik çeşitliliğin korunmasıyla ilgili yeni uluslararası hukuki bağlayıcılığı olan bir belge geliştirilmesini gündeme almasına kadar uluslararası toplumun bu sürece nasıl ilerlediği ile ilgili bkz. GJERDE. Ayrıca 2000’lere kadar hiç kullanılmayan ABNJ kavramı ve kısaltmasının kullanım sıklığının 2001-2005, 2005-2010, 2010-2020 arasındaki kademeli ve 2010’dan sonra üssel artışı için bkz. OUDE ELFERINK ve diğ., s. 1, dipnot 3 ve supra not 69.

kalmamış ve BM Genel Kurulu'nun 2030 sürdürülebilir kalkınma hedefleri doğrultusunda 2021-2030 arasını okyanuslar on yılı ilan etmesiyle⁸¹ anlaşmanın imzası ve 60. onay belgesinden 120 gün sonra yürürlüğe girmesini takip eden dönem için de açık denizlerin serbestliği ilkesini sınırlayıcı niteliğini sürdürmeye devam edecektir. Bu itibarla, BMDHS'nin değişen şartlara karşı evrilen, güçlü bir çerçeve metin olarak "*okyanusların anayasası niteliğini*" sağlamlaştıracağı düşünülen⁸² BBNJ Anlaşması bir taraftan getirdikleriyle ve getiremedikleriyle açık denizlerin serbestliği ilkesinin geleceği açısından, diğer taraftan ise açık denizlerin azalmasının insanlığın ortak kaygısı olarak tanınması önerisiyle insanlığın ortakları rejimi bakımından açık denizlerin serbestliği, ortak miras ve ortak kaygı kavramları arasındaki ilişki bakımından önem arz etmektedir.

A. BMDHS ve Ulusal Yetki Alanlarının Ötesinde Biyolojik Çeşitlilik Anlaşması (BBNJ)

BBNJ Anlaşması, deniz biyolojik çeşitliliğinin korunmasına, 4 ana başlık altında yaklaşmakta olup, bu başlıklar: deniz koruma alanları (MPA: Marine Protected Area) da dahil olmak üzere alan temelli yönetim araçları gibi önlemler, faydaların adil ve hakkaniyetli paylaşımı da dahil olmak üzere deniz genetik kaynakları, çevresel etki değerlendirmeleri ve kapasite geliştirme ve teknoloji transferidir.⁸³ Bu 4 başlıktan özellikle alan temelli yönetim araçları ve deniz koruma alanları ilan edilmesinin ön görülmesi ile deniz genetik kaynakları, açık denizlerin serbestliği ilkesinin içeriğine doğrudan etki etmektedir.

Hassas alanlarda deniz koruma alanlarının ilan edilmesi önceleri sadece ulusal yetki alanlarında ön görülmüşken ve açık denizlerde MPA ilanı ön görülmemişken dar veya geniş anlamda açık denizlerde MPA ilanı örnekleri, sadece istisnai olarak bölgesel bazı anlaşmalar eliyle mümkün olmaktadır;⁸⁴

⁸¹ United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 5 December 2017, A/RES/72/73, Seventy-second session. Ayrıca 2030 sürdürülebilir kalkınma hedefleri ve takvimi için bkz. United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1, Seventieth Session. Okyanuslar bakımından 14 numaralı hedef: "*Okyanusların, denizlerin ve deniz kaynaklarının korunması ve sürdürülebilir şekilde kullanılması*", United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, ss. 23-24.

⁸² GJERDE, s. 379. Okyanusların anayasası nitelemesi için ayrıca bkz. supra not 14.

⁸³ Bu başlıklar anlaşma imzalanana kadar önemli incelemelere konu olmakta, bu çalışmaların bir kısmı için bkz. OUDE ELFERINK ve diğ., s. 5, dipnot 15.

⁸⁴ BEURIER Jean-Pierre, « Le nouvel accord sur la haute mer: une avancée du droit en trompe-l'œil », *Revue juridique de l'environnement*, C. 48, S. 3, 2023, s. 564. Örneğin, Barcelona Sözleşmesi eliyle Akdeniz'de ve OSPAR sözleşmesi eliyle Kuzey-Doğu Atlantik'te. Açık de-

BBNJ Anlaşması'nın bu açıdan getirdiği büyük yenilik ulusal yetki alanları ötesinde alanlarda MPA ilanını “*bölgeselden dünya çapına taşıyarak*” mümkün hale getirmesinde ve anlaşmanın icrai organı taraflar konferansı (COP: Conference of the Parties) eliyle bu alanların yaratılabilmesinde yatmaktadır.⁸⁵ Deniz koruma alanlarının en önemli işlevi, OSPAR Sözleşmesi'nin (Kuzey-doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunmasına Dair Sözleşme/ The Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic) biyoçeşitlilik komitesinin yaptığı tanım⁸⁶ uyarınca “*deniz ortamındaki türlerin, habitatların, ekosistemlerin veya ekolojik süreçlerin korunması amacıyla koruyucu, muhafaza edici, onarıcı veya önleyici tedbirler*” alınan alanlar olması sebebiyle bu amacını gerçekleştirirken açık deniz serbestliklerini kısıtlayıcı ve engelleyici bir işlev görmesi. Açık denizler üzerindeki faaliyetlerden seyriserfer serbestliği, deniz altında kablo ve boru hattı döşeme serbestliği ve yapay ada, tesis inşa edilmesi serbestliğine o hassas alanının korunmasının gerektirdiği önleme göre kısıtlama getirmekle beraber, BBNJ Anlaşması'nın deniz genetik kaynakları bakımından balıkçılık rejimini dışlaması sebebiyle⁸⁷ balıkçılık serbestliği ile ilişkisi bakımından ayrıca önem arz etmektedir.⁸⁸

BBNJ Anlaşması bakımından, bir taraftan balıkçılık serbestliği ile diğer taraftan insanlığın ortak mirası ilkesiyle ilgili bir önemli mesele ise anlaş-

nizlerde MPA oluşturulmasında sahil devletlerinin potansiyel MEB'inde kalan geniş anlamda açık denizde bu alanların oluşturulması daha kolay iken, MEB ilan edilmiş veya edilmemiş olmaya bakılmaksızın ulusal yetki alanlarının ötesinde alanlarda, dar anlamda açık denizlerde MPA'ların temeli daha zor olmaktadır. Dar anlamda ve geniş anlamda açık denizlerde deniz koruma alanları için bkz. TANAKA, ss. 423-428. Supra not 64.

⁸⁵ BEURIER, s. 564. Deniz koruma alanları, BMDHS m. 194/5'e göre “*nadir veya kırılgan ekosistemlerin yanı sıra tükenmiş, tehdit altında veya tehlike altındaki türlerin ve diğer deniz yaşamı biçimlerinin yaşam alanlarının korunması ve muhafaza edilmesi*” için alınacak tedbirlere rağmen uluslararası andlaşma olmadan ABNJ'de MPA oluşturulamamaktaydı. BEURIER, s. 564.

⁸⁶ TANAKA, s. 418. MPA, BBNJ Anlaşması'nda, “*belirli uzun vadeli biyolojik çeşitlilik koruma hedeflerine ulaşmak için belirlenen ve yönetilen ve uygun olduğunda, koruma hedefleriyle tutarlı olması koşuluyla sürdürülebilir kullanıma izin verebilen coğrafi olarak tanımlanmış bir deniz alanı*” olarak tanımlanmakta. Bkz. BBNJ Agreement, m. 1.

⁸⁷ BBNJ Agreement, m. 10.

⁸⁸ Fransa ve Avrupa Birliği gibi birçok devlet ve örgütün deniz koruma alanlarında deniz dağları, soğuk mercan ve buzul alanları, potansiyel olarak ilginç genetik çeşitliliğe sahip, oldukça kırılgan bir sapsız faunaya ev sahipliği yapmasına rağmen, bazı özellik arz eden bölgelerde balıkçılık hakkını sürdürmek istediği hususunda, BEURIER, ss. 564-565. Ayrıca MPA'ların açık denizlerin serbestliği ilkesini devlet egemenliği ve uygulamalarının deniz koruma alanlarıyla çatışması bakımından hangi ölçüde kısıtladığı ile ilgili bkz. HUANG Yao / VUONG Pham Tran, “Marine Protected Areas in ABNJ versus the Principle of High Seas Freedom: Possible Pathway from the OSPAR Experience”, **Sustainable Development and the Law of the Sea**, Brill | Nijhoff, Leiden, 2017, ss. 182-187.

manın birinci maddesinde, “*gerçek veya potansiyel değere sahip işlevsel kalıtım birimleri içeren deniz bitkisi, hayvan, mikrobiyal veya diğer kökenli herhangi bir materyal*” olarak tanımlanan deniz genetik kaynaklarıdır.⁸⁹ Deniz genetik kaynakları, Bölge’nin BMDHS m. 133 ile sadece mineral kaynakları kapsayan kapsam eksiğini gidermek amacıyla getirilmiş⁹⁰ ve BBNJ Anlaşması yapılması sürecinde de önemli bir itici gücü oluşturmuş bir kurum.⁹¹ Deniz genetik kaynaklarının Bölge’nin ve kaynaklarının tabi olduğu insanlığın ortak mirası rejimiyle mi yönetileceği yoksa açık denizlerin serbestliği ilkesi altında mı yönetileceği BBNJ Anlaşması’nın imzalanması sürecinde önemli tartışmalara sebep olmuş bir konu.⁹²

Ancak anlaşmada, 7. maddede genel ilkeler ve yaklaşımda; ekosistem yaklaşımı, kirlen-öder ilkesi, önlem ilkesi gibi uluslararası çevre hukuku ilkelerinin yanında sayılan faydaların adil ve hakkaniyetli paylaşımı, bilimsel araştırma yapma ve diğer açık deniz serbestlikleriyle beraber insanlığın ortak mirası ilkesinin sayılması, deniz genetik kaynaklarının ve ulusal yetki alanları ötesinde alanların tek bir ilkeyle değil parçalanmış ilkelerle yönetildiğini göstermektedir. Bununla beraber, madde 11’de “*deniz genetik kaynakları ve ulusal yetki alanları ötesinde alanların deniz genetik kaynaklarına ilişkin dijital dizi bilgileri ile ilgili faaliyetlerin gelişmekte olan devletlerin ihtiyaç ve çıkarlarını dikkate alarak, tüm devletlerin çıkarına ve tüm insanlığın yararına*” olduğunun ifade edilmesi ve deniz genetik kaynaklarının hiçbir devletin egemenliğine tabi olmayışının belirtilmesi, bu kaynakların Bölge’nin rejimi gibi insanlığın ortak mirası ilkesi altında yönetildiğini çağrıştırmaktadır.⁹³ İnsanlığın ortak mirası ile açık denizlerin serbestliği bakımından BBNJ Anlaşması’nda da görülen ikiliğin önemi, açık denizlerin serbestliği ilkesinin kısıtlan-

⁸⁹ NGUYEN, s. 133; HENRIKSEN, s. 95.

⁹⁰ HENRIKSEN, s. 94.

⁹¹ DELFOUR-SAMAMA Odile, “De la notion de « patrimoine commun de l’humanité » à celle de « bien commun de l’humanité » L’espace océanique, terrain de nouvelles expérimentations normatives et institutionnelles ?”, *Revue juridique de l’environnement*, C. 48, S. HS1, 2023, ss. 268-269; NGUYEN, s. 145.

⁹² HENRIKSEN, ss. 95-97. Yazar deniz genetik kaynaklarının statüsüne ilişkin ortak miras ve serbestlik arasındaki tartışmaları, BMDHS’nin deniz yatağındaki minerallerin statüsüne ilişkin tartışmalara benzetmekte. Bölge’nin rejiminin 1994 uygulama anlaşmasıyla büyük ölçüde değişmesi karşısında insanlığın ortak mirası ilkesinden geriye ne kaldı sorusunu sormakta ve bu tartışmanın sembolik bir mahiyete büründüğünü ifade etmekte. HENRIKSEN, s. 97.

⁹³ NGUYEN, s. 139. Ayrıca ABNJ’deki insanlığın ortak mirası-açık denizlerin serbestliği ikiliği için bkz. NGUYEN, ss. 138-145. Yazar, bireysel çıkarlarla-ortak çıkarlar arasındaki boşluğun azalması ve ABNJ’de uygulanacak rejimde kaynaklara uzun vadede erişim ve hakkaniyetin altını çizmektedir. NGUYEN, s. 142.

makla beraber ortak çıkarlarla yumuşatılmasında ve içeriğinin bireysel çıkarlardan kolektif çıkarlara evrilmesinde yatmaktadır.⁹⁴

Denizde biyolojik çeşitliliğin korunmasının yanı sıra, genel deniz çevresinin korunması rejiminde artan önemiyle, BBNJ Anlaşması'nda özel bir bölüm olarak düzenlenmemiş olmakla beraber,⁹⁵ 7. maddedeki yaklaşım ve ilkeler altında ekosistem yaklaşımıyla birlikte iklim değişikliği ve okyanus asidifikasyonuna karşı ekosistem dayanıklılığını artırıcı yaklaşım ile açık denizlerde iklimin korunması için devletlere getirilecek yeni yükümlülükler de ileride açık denizlerin serbestliği ilkesini okyanusların sürdürülebilir yönetiminin bir parçası olarak sınırlayıcı bir işlev görme potansiyeli barındırmaktadır. Son olarak iklim değişikliğiyle bağlantılı olarak BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2018'de gündemine aldığı deniz seviyesinin yükselmesi de esas hatlara, deniz yetki alanlarına, adaların statüsüne ve seyrüsefer serbestliğine etkisiyle açık denizlerin serbestliği ilkesini etkileyecek ve BBNJ Anlaşması'nı takip eden önümüzdeki yıllarda deniz hukukunun gündemini meşgul edecek bir mesele olmaktadır.⁹⁶

B. İnsanlığın Ortak Kaygısı Kavramı ve Açık Denizlerin Azalmasının İnsanlığın Ortak Kaygısı Olarak Tanınması

Son olarak, açık denizlerin serbestliği, insanlığın ortak mirası ve insanlığın ortak kaygısı ilkelerinin insanlığın ortakları rejimleri arasındaki ilişkiler bakımından incelenmesi, yine açık denizlerin serbestliği ilkesinin BBNJ Anlaşması'yla izlediği seyri izah etmek bakımından önemlidir. Ortak alanlar ve ortak miras kavramlarının belli coğrafi bölgelere ve kaynaklara odaklanması sebebiyle bu odak noktaları yerine daha dar bir şekilde özel çevresel süreçlere veya koruma hareketlerine odaklanan ve küresel çevrenin insanlığın ortak kaygısı olduğundan hareketle türetilen ortak kaygı kavramı,⁹⁷ ken-

⁹⁴ NGUYEN, s. 138. Bu itibarla yazara göre, açık denizlerin serbestliği ilkesinin düzenlenmemiş bir şekilde ileri sürülmesi artık mümkün değildir. NGUYEN, s. 144.

⁹⁵ SCOTT Karen N., "Chapter 25 The BBNJ Agreement: Strengthening the Oceans-Climate Nexus?", *Peaceful Maritime Engagement in East Asia and the Pacific Region*, 2022, ss. 403-422. Yazar, biyolojik çeşitliliğin korunması ile iklim değişikliği arasındaki bağlantının BBNJ Anlaşması'nda kurulamamasıyla önemli bir fırsatın kaçtığı ancak yine de alan temelli yönetim araçları ve çevresel etki değerlendirmelerinin dolaylı olarak okyanus-iklim bağlantısına faydalı olabileceği yönünde. SCOTT, ss. 408-411.

⁹⁶ Bu konu hakkında kısa ve öz bir çalışma için bkz. ORAL Nilüfer, "UNCLOS and Sea Level Rise", *Marine Policy*, C. 149, 2023, ss. 1-7.

⁹⁷ BRUNNÉE, s. 564. Ortak kaygı kavramı, aynı zamanda devlet egemenliğine tabi alanlarda veya egemenliğe tabi olmayan alanlarda, deniz hukuku terminolojisi açısından bir diğer ifa-

disine iklim değişikliği ve biyolojik çeşitliliğin korunması bakımından 1992 Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ile akdi bir temel bulmaktadır.⁹⁸

Bu itibarla denizde biyolojik çeşitliliğin korunmasının da insanlığın ortak kaygısı olarak tanınması, ekosistem yaklaşımı ve okyanusların yönetimi bakımından özel önem arz etmektedir. İnsanlığın ortak kaygısı kavramının bir diğer önemi ise, devletlerin iş birliği yükümlülükleri ile bağlantılı olarak *erga omnes* nitelikteki çevrenin korunması yükümlülüklerin kapsamını genişletici bir olası etkiye sahip olması.⁹⁹ *Erga omnes* yükümlülükler-uluslararası çevre hukuku ilişkisi ve okyanusların yönetimi bağlamında dikkat çeken bir husus; 1972 Stockholm ve 1992 Rio Bildirileriyle temelleri atılan uluslararası çevre hukukundan gelen; zarar vermeme ilkesi (*no harm principle*), önleme yükümlülüğü (*precaution*), kirleten öder ilkesi (*polluter pays*), işbirliği yükümlülüğü, ortak ama farklılaştırmış sorumluluklar gibi ilkelerin uluslararası hukukun diğer alanlarında ağırlığının artması, insanlığın ortak kaygısı kavramının bu ilkelerin denizde biyolojik çeşitliliğin korunmasına uygulanmasını kolaylaştırması ve bu itibarla açık denizlerin serbestliği ilkesinin de deniz çevresinin korunması ışığında birtakım kısıtlamalarla yeniden yorumlanması olmaktadır.¹⁰⁰ Biyolojik çeşitliliğin korunmasının insanlığın ortak kaygısı olduğu ilkesinin BBNJ Anlaşması'na eklenmesi Uluslararası Doğayı Koruma Birliği (IUCN: International Union for Conservation of Nature) tarafından önerildiyse de, anlaşmanın nihai metninde açık denizlerin azalmasının ortak kaygı olarak tanınmaması¹⁰¹ okyanusların sürdürülebilir yönetimi ve etkin bir şekilde korunması bakımından eleştirilere konu olmakta. Ancak yine de açık denizlerin azalmasının biyolojik çeşitliliğin kaybı ve iklim değişikliğiyle yakın ilişkisi sebebiyle BBNJ Anlaşması'nda açık bir tanıma olmamasına rağmen açık

deyle, ulusal yetki alanlarında veya ulusal yetki alanları ötesinde alanlarda ortaya çıkabilmesiyle açık denizlerin serbestliği ve ortak miras kavramlarından farklı bir özellik arz etmekte. BRUNNÉE, s. 564; LI Jingchang / XING Wangwang, "A critical appraisal of the BBNJ agreement not to recognise the high seas decline as a common concern of humankind", **Marine Policy**, C. 163, 2024, s. 2 ve 6. Aynı zamanda kavramın uluslararası çevre hukukunda ulusal egemenlik ve insanlığın ortak çıkarları arasındaki uzlaşmadan doğduğu belirtilmekte. LI / XING, s. 3.

⁹⁸ BRUNNÉE, s. 565; LI / XING, s. 3. Yazarlarca, ilkenin henüz teamüli veya uluslararası hukukun genel ilkesi niteliği olmadığı ancak andlaşma temelli bir ilke olduğu belirtilmekte. LI / XING, s. 4.

⁹⁹ BRUNNÉE, s. 566. Ayrıca bkz. supra not 76.

¹⁰⁰ Bkz. BBNJ Agreement, madde 7'deki ilkeler ve yaklaşımlar ve FREESTONE.

¹⁰¹ LI / XING, ss. 2-3.

denizlerin korunmasındaki parçalanmış yönetim rejiminin yetersizliğini gidermek için uluslararası toplumun bütününe ilgilendiren ve devletlere ortak sorunları çözmede iş birliği yükümlülüğü yükleyen insanlığın ortak kaygısı olarak BBNJ Anlaşması'nın yorumu ve uygulaması yoluyla gelecekte ileri sürülebileceği, bir görüş olarak savunulmakta¹⁰² ve açık denizlerin korunması için parçalanmış yapıya karşı çok merkezli bir yönetim sisteminin kurulması, iş birliği yükümlülüğünün önemi vurgulanarak önerilmektedir.¹⁰³

Uluslararası çevre hukukunun deniz hukukunu ittirmesiyle¹⁰⁴ bireysel çıkarlardan kolektif çıkarlara evrilen açık denizler rejiminin, ulusal yetki alanları ötesinde biyolojik çeşitliliğin korunması bakımından insanlığın ortak kaygısı kavramıyla modern deniz hukukunda çok yakın bir ilişkisi olmakta ve geleneksel açık denizlerin serbestliği ilkesini kısıtlayıcı bir etki doğurmaktadır. Diğer taraftan ise, açık denizlerin azalmasının ulusal yetki alanları ve ötesindeki alanları kapsayan insanlığın ortak kaygısı kavramı altında tanınması; devletler arası iş birliği yükümlülüğüyle ortak bir deniz çevresinin korunması rejimi bakımından sahil devletlerinin MEB ve kıta sahanlıklarında yeknesak olmayan yaklaşım ve uygulamalarını¹⁰⁵ standartlaştıracak ve ulusal yetki alanları ve ötesinde alanları birbirine yakınlaştıracak bir işleve de sahiptir.

Ancak insanlığın ortak kaygısı tartışmasını da kapsayan okyanusların insanlığın ortak çıkarı olarak ve bu ortak çıkarda ekolojik dayanışma gerekliliğinin tanınması ve BBNJ Anlaşması kapsamındaki tartışmalar hala bir taraftan devletlerin bireysel çıkarlarını koruyan bir hukuki çerçevenin varlığına, diğer bir ifadeyle devlet egemenliğinin uluslararası hukukta mevcut sağlam konumu engeline takılmakta, diğer taraftan ise BBNJ Anlaşması özelinde anlaşmanın çeşitli yerlerinde sahil devletlerinin ulusal yetkilerinden ve okyanusların deniz alanlarına bölünmesi, topraklaştırılması hareketinin, daha açık bir ifadeyle açık denizlerin serbestliği ilkesinin yer bakımından devlet egemenliği aleyhine azaldığı dönemin kalıcılığının izlerine takılmaktadır ve bu itibarla okyanusların yönetimi ve ekosistem yaklaşımının deniz hukukunda devlet egemenliğinin önünde birincil çıkar olduğunu söylemek zordur.¹⁰⁶

¹⁰² LI / XING, ss. 4-5.

¹⁰³ LI / XING, s. 7.

¹⁰⁴ DELFOUR-SAMAMA, s. 267. Yazar, uluslararası çevre hukukunu küresel olguların ve karşılıklı bağımlılığın hukuku; deniz hukukunu ise devlet çıkarlarını uzlaştırma hukuku olarak nitilemekte.

¹⁰⁵ TREVES, ss. 11-12.

¹⁰⁶ DELFOUR-SAMAMA, s. 269.

SONUÇ

Uluslararası deniz hukukunun omurgası açık denizlerin serbestliği ilkesi, Grotius'un teorik çerçevesiyle başladığı ilk olarak fikri, 19. yüzyılda geleneksel anlamıyla teamüli ve 20. yüzyılın ortalarında kodifiye edilmesiyle akdi yolculuğunda merkezi bir otoritesi olmayan, kendine özgü bir sistem olan uluslararası hukukun kanun koyucuları devletlerin çıkardığı fırtınalara yakalanmış. İlk olarak karasularının dışında ortaya çıkmaya başlayan deniz yetki alanlarıyla, daha açık bir ifadeyle, 1958 Açık Denizler Sözleşmesi'yle kıta sahanlığı ve 1982 BMDHS ile MEB kavramıyla yer bakımından sınırlandırılmasıyla bordasından¹⁰⁷ yara alan ilke BMDHS sonrası dönemde kapsamı açık deniz serbestlikleri bakımından ayrıntılı düzenlemelerle kısıtlanmaya devam etmekte ve okyanusların sürdürülebilir yönetiminin, deniz çevresi ve biyolojik çeşitliliğin korunmasının birincil gündem haline geldiği 21. yüzyıla kadar en azından kapsamındaki gerek seyrüsefer serbestliği ve balıkçılık serbestliği gibi geleneksel serbestlikler gerekse diğer serbestlikler bakımından farklı şekillerde tabi olduğu çerçeve ve talimatlar içinde batmadan sınırlı bir biçimde seyir yapmaya devam edebilmiş.

Ancak açık deniz ve Bölge'yi kapsayan ulusal yetki alanları ötesinde alanlar kavramının okyanusların yönetimi kaygısı içinde biyolojik çeşitliliğin korunması amacıyla yeniden kapsamlı bir biçimde düzenlenmesi konusunda; önce yaklaşık 20 yıldır alevlenen tartışmalarla, nihai olarak ise BBNJ Anlaşması'nın 2023'te akdedilmesiyle acil yaşanacak liman çağrısında bulunmuştur. Uluslararası çevre hukukunun deniz hukuku üzerindeki etkisi muazzam olmuş ve uluslararası hukukta devlet egemenliğinin en çok tezahür edilmek istendiği alt dallardan biri olan deniz hukuku, insanoğlunun deniz çevresine ve biyolojik çeşitliliğine verdiği büyük zararı telaşla azaltma kaygısı karşısında bireysel çıkarlardan taviz vermeyi gerektirmiş ve açık denizlerin serbestliği ilkesinin bireysel çıkarlardan ortak çıkarlara evrimine konu olmuş. Yine de ekosistem yaklaşımının deniz hukukunda ağırlığını hissettirmesinin, denizlerin paylaşılma mücadelesinin veya sahil devletlerince açık denizlerden yetki ve hak elde edilişinin belki de kalıcılaşması sebebiyle, devlet egemenliği ve bireysel çıkarların okyanusların yönetimi sürecinde ve deniz çevresinin korunmasında etkiden yoksun olacağı anlamına gelmediğini de belirtmek gerekir. Bununla beraber, deniz çevresinin korunması konu-

¹⁰⁷ Borda: Geminin yan tarafı anlamına gelmekte. Bkz PULTAR Mustafa, **Denizlük Büyük Deniz Sözlüğü**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2022, ss. 113-114.

sunda önemli adımlar atıldığı ve atılmaya devam edileceği de söylenmelidir; özellikle bu bahiste *erga omnes* nitelikte yükümlülükler ve iş birliği yükümlülüğü; uluslararası çevre hukukundan gelen ve BBNJ Anlaşması'na taşınan diğer ilkelerin yanında önem arz etmektedir.

Açık denizlerin serbestliği ilkesi gemisinin seyrine dönecek olursak, ilke, insanlığın ortak mirası ve ortak kaygısı gibi ilkelerle neye uğradığını şaşırması ve hali hazırda kaptanının kafası karışık bir biçimde en azından batmadan okyanusta deniz seviyesinin yükselmesiyle yakın gelecekte sular altında kalacak bir adanın limanında iskeleye aborda olmuş,¹⁰⁸ fırtınanın dinmesini beklemektedir. Geminin batmamış olması, fırtınanın dinmeyeceği anlamına gelmemekte; diğer bir ifadeyle açık denizlerin serbestliği ilkesi Grotius ile ortaya konulan anlayıştan farklılaştığı tartışmasız olmakla beraber, ortadan kalkmış veya yok olmuş da değildir.

Kanaatimizce ilkenin içeriğindeki büyük değişiklikler ve kapsamındaki açık deniz serbestliklerinin tabi olduğu sınırlandırmalar ilkeyi ortadan kaldırmaya yetmemektedir. Deniz çevresinin korunması; biyolojik çeşitliliğin ötesinde, iklim değişikliği-okyanus bağlantısı, okyanus asidifikasyonu, deniz seviyesinin yükselmesi gibi ekosistemin hayatta kalmasını etkileyecek güncel ve gelecek yeni fırtınalarla karşılaşmaya devam edecektir. Açık denizlerin serbestliği ilkesi de gelecek fırtınalardan kaçınılmaz bir şekilde etkilenecektir. Bu itibarla her ne kadar açık denizlerin serbestliği ilkesine devletlerin yüklediği anlamlar çeşitli dönemlerde farklılık arz etmiş olsa da, ilkenin doğduğu 17. yüzyıldaki *mare liberum-mare clausum* kitaplar muharebesi; gelecekteki tartışmalara dönük de ipuçları vermekte ve farklı bir kapsamda, biyolojik çeşitliliğin kaybı ve iklim değişikliği ile mücadele konusunda devlet egemenliği ve ortak çıkarlar arasındaki mücadelenin uluslararası hukuk tarihi kütüphanelerinin, Lahey'deki UAD binası Peace Palace'ın kütüphanesinin tozlu raflarından günümüzü etkileyen tarihsel bir örneği oluşturmaya devam ettiği görülmektedir.

Uluslararası toplumun karmaşık yapısı, kanun koyucu devletlerin hak ve yetkilerinden fazla ödün vermek istemeyen, bütün uluslararası toplumu bağlayıcı *erga omnes* nitelikte yükümlülüklerden kaçınan yapıları; deniz hukukunda okyanusların sürdürülebilir yönetimi mücadelesinde bir taraftan uluslararası hukukun öznesi devletlerin iş birliği eliyle en önemli yardımcı, diğer

¹⁰⁸ Aborda: Başka bir gemiye ya da rıhtıma bordasından yanaşmış olma durumu. PULTAR, s. 2.

tarafından ise egemenlik ve bireysel çıkarları merkeze alan yapısı sebebiyle en önemli engel olarak belirmektedir ve kısa vadede bu durumun kökünden değişeceğini gösteren işaretler bulunmamaktadır.

Açık denizlerin serbestliği ilkesi ise egemenlik ile serbestlik arasında sınırlanmaya uğrayan yapısıyla geniş anlamda deniz çevresinin korunması çabalarında sınırlandırılmaya ve değişmeye devam eden yapısını koruyacaktır. Ancak ilkenin bütün bu tartışmalara, doğrudan ve dolaylı sınırlandırma içeren detaylı düzenlemelerine rağmen çekirdeğinin ve özünün ortadan kalkmadığı sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir.

Sonuçta yapılan alegoriye dönülecek olursa, fırtınadan kaçan geminin batmadığı ancak eskisi gibi yeni bir seyre çıkabilecek bir durumunun olmadığı görülmektedir, hatta geminin belki de deniz hukuku tarihindeki anlamının sergilendiği bir müze gemi olarak karada bir yere konulması bile mümkündür. Ancak gemi, deniz seviyesinin yükselmesi sonucu sular altında kalacak bir adanın limanına yanaştığından, uzun vadede orada kalması adayla birlikte kendisini sular altında bulmasına yol açacaktır. Bununla beraber, açık denizlerin serbestliği ilkesi gemisinin tersanede havuzlanıp¹⁰⁹ uzun bir bakımdan sonra gelişmekte olan yeni kurallara tabi bir biçimde iskeleden avara ederek¹¹⁰ tekrar seyre çıkabilmesi de her zaman mümkündür. Kısacası deniz hukukunun gelişimi ile paralel bir şekilde ilerleyen açık denizlerin serbestliği ilkesi, gelecekte de kaderini uluslararası deniz hukukunun gelişimine bağlamaya devam edecek; aynı şekilde uluslararası deniz hukuku da açık denizlerin serbestliği ilkesinin gelişimiyle beraber şekillenecektir. Bu ikili denkleme 21. yüzyılda uluslararası çevre hukuku da bir bilinmeyen olarak girmiş bulunmaktadır.

¹⁰⁹ Havuz: Karınların bakım ve tamiri için gemilerin girdiği, genelde kapalı ve susuz yer; Havuzlamak: havuza almak. Karina: Gemi teknesinin su içinde kalan dış bölümü. PULTAR, s. 350 ve 434.

¹¹⁰ Avara olmak: Bağlı bulunduğu ya da yaşanmış olduğu yerden hareket edip açılmak. PULTAR, s. 59.

KAYNAKÇA**Kitaplar/ Kitap Bölümleri ve Makaleler**

- ANDERSON David, **Modern Law of the Sea Selected Essays**, Brill | Nijhoff, Leiden, 2008.
- BEURIER Jean-Pierre, « Le nouvel accord sur la haute mer: une avancée du droit en trompe-l'œil », **Revue juridique de l'environnement**, C. 48, S. 3, 2023, ss. 559-568.
- Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, (çev. A. Özman). İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 1984.
- BRIERLY James. L, **The Law of Nations, An Introduction to the International Law of Peace**, 5. Basım, Oxford University Press, Oxford, 1955.
- BROWNLIE Ian, **Principles of public international law**, 7. Basım, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- BRUNNÉE Jutta, “Common Areas, Common Heritage, and Common Concern”, **The Oxford Handbook of International Environmental Law**, BODANSKY Daniel / BRUNNÉE Jutta / HEY Ellen (Editörler), Oxford Academic, 2008 (online baskı: 2012), ss. 550- 573.
- CHURCHILL Robin / LOWE Vaughan / SANDER Amy, **The Law of the Sea**, 4. Basım, Manchester University Press, Manchester, 2022.
- COLOMBOS C. John, **The International Law of the Sea**, 4. Basım, Longmans, 1959.
- DAILLER Patrick / FORTEAU Mathias / PELLET Alain, **Droit International Public**, 8. Basım, L.G.D.J., Paris, 2008.
- DE FERRON Olivier, **Le Droit International de la Mer- Tome I**, Librairie Droz, Genève, 1958.
- DELFOUR-SAMAMA Odile, “De la notion de « patrimoine commun de l’humanité » à celle de « bien commun de l’humanité » L’espace océanique, terrain de nouvelles expérimentations normatives et institutionnelles ?”, **Revue juridique de l’environnement**, C. 48, S. HS1, 2023, ss. 263-270.
- DE LUCIA Vito, “Chapter 2 Ocean Commons and an ‘Ethological’ Nomos of the Sea”, **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, ss. 14-44.
- FEENSTRA Robert (Editör), **Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009**, Brill | Nijhoff, Leiden, 2009.
- FREESTONE David, “Chapter 1 Principles Applicable to Modern Ocean Governance”, **Conserving Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction**, FREESTONE David (Editör), Brill | Nijhoff, Leiden, 2019, ss. 49-55.
- GJERDE Kristina M., “Chapter 12 Perspectives on a Developing Regime for Marine Biodiversity Conservation and Sustainable Use beyond National Jurisdiction”, **Oceans Law Debates: The 50-Year Legacy and Emerging Issues for the Years Ahead**, SCHEIBER Harry N. / ORAL Nilüfer / KWON Moon-Sang (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2018, ss. 354-380.

- GUILFOYLE Douglas, "The High Seas", **The Oxford Handbook of the Law of the Sea**, ROTHWELL Donald / OUDE ELFERINK Alex / SCOTT Karen vd. (Editörler), Oxford Academic, 2015 (online baskı: 2016), ss. 203-225.
- HENKIN Louis, **How Nations Behave: Law and Foreign Policy**, 1. Basım, Praeger Publishers, New York; Washington; London, 1968.
- HENRIKSEN Tore, "Chapter 4 Mapping Key Past and Current Debate on Areas beyond National Jurisdiction", **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, ss. 76-113.
- HUANG Yao / VUONG Pham Tran, "Marine Protected Areas in ABNJ versus the Principle of High Seas Freedom: Possible Pathway from the OSPAR Experience", **Sustainable Development and the Law of the Sea**, Brill | Nijhoff, Leiden, 2017, ss. 175-193.
- KOH, Tommy, "A Constitution for the Oceans." **remarks adapted from statements made by the President on 6 and 11 December 1982 at the final session of the Conference at Montego Bay, The Law of the Sea. Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes an Index. Final Act of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Introductory Material on the Convention and the Conference**, United Nations, New York, 1983, ss. xxxiii-xxxvii.
- LI Jingchang / XING Wangwang, "A critical appraisal of the BBNJ agreement not to recognise the high seas decline as a common concern of humankind", **Marine Policy**, C. 163, 2024, ss. 1-11.
- LÜTEM İlhan, **Deniz Hukukunda gelişmeler: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959.
- MERAY Seha L, "Açık Denizlerin Serbestliği Prensibinin Gelişmesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 10, S. 2, 1955, ss. 76-100.
- NGUYEN Lan Ngoc, "Chapter 5 Principled Challenges: Between Collective Interest and Individual Freedom", **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, ss. 114-147.
- ORAL Nilüfer, "Chapter 11 Freedom of the High Seas or Protection of the Marine Environment? A False Dichotomy", **Oceans Law Debates: The 50-Year Legacy and Emerging Issues for the Years Ahead**, SCHEIBER Harry N. / ORAL Nilüfer / KWON Moon-Sang (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2018, ss. 329-353.
- ORAL Nilüfer, "UNCLOS and Sea Level Rise", **Marine Policy**, C. 149, 2023, ss. 1-7.
- OUDE ELFERINK Alex, "The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas", **The International Journal of Marine and Coastal Law**, C. 22, S. 1, 2007, ss. 143-176.
- OUDE ELFERINK Alex, "De Groot - A Founding Father of the Law of the Sea, Not the Law of the Sea Convention", **Grotiana**, C. 30, S. 1, Brill, 2009, ss. 152-167.

- OUDE ELFERINK Alex / DE LUCIA Vito / NGUYEN Lan Ngoc, “Chapter 1 Areas beyond National Jurisdiction- Looking at and beyond the bbnj Process”, **International Law and Marine Areas beyond National Jurisdiction- Reflections on Justice, Space, Knowledge and Power**, DE LUCIA Vito / OUDE ELFERINK Alex / NGUYEN Lan Ngoc (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2022, ss. 1-13.
- ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul, 2013.
- PULTAR Mustafa, **Denizlük Büyük Deniz Sözlüğü**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2022.
- SCOTT Karen N., “Chapter 25 The BBNJ Agreement: Strengthening the Oceans-Climate Nexus?”, **Peaceful Maritime Engagement in East Asia and the Pacific Region**, 2022, ss. 403-422.
- SHAW Malcolm N., **International Law**, 8. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- TANAKA Yoshifumi, **The International Law of the Sea**, 3. Basım, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- TREVES Tullio, “Principles and objectives of the legal regime governing areas beyond national jurisdiction”, **The International Legal Regime of Areas beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments**, OUDE ELFERINK Alex / MOLENAAR Erik J. (Editörler), Brill | Nijhoff, Leiden, 2010, ss. 5-25.
- YOUNG Michaela, “Then and Now: Reappraising Freedom of the Seas in Modern Law of the Sea”, **Ocean Development & International Law**, C. 47, S. 2, 2016, ss. 165-185.

İçtihat

- ICJ, *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951.*
- ICJ, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998.*
- ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974.*
- ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996.*
- ICJ, *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969..*
- ICJ, *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974.*
- ITLOS, *M/V “Norstar” (Panama v. Italy), Judgment, ITLOS Reports 2018-2019.*

Belgeler

- Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (adopted in New York on 19 June 2023).
- Convention on the High Seas, (Adopted in Geneva on 29 April 1958, entered into force 30 September 1962), **UNTS** 450.

Statute of the International Court of Justice, **Documents of the United Nations Conference on International Organization**, San Francisco, 1945, XV UNCIO 355 (1946).

United Nations Convention on the Law of the Sea (with annexes, final act and procès-verbaux of rectification of the final act dated 3 March 1986 and 26 July 1993). Concluded at Montego Bay on 10 December 1982, registered ex officio on 16 November 1994.

United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 5 December 2017, *A/RES/72/73*, Seventy-second session.

United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, *A/RES/70/1*, Seventieth Session.

United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 19 June 2015, *A/RES/69/292*, Sixty-ninth session.

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), 1155 **UNTS** 331.

KÜRESEL BİR İDARİ İŞLEM Mİ?

MADDİ VE USUL HUKUKU ARASINDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ^(*)

Yukio OKİTSU^(**)

Arş. Gör. Rıdvan AKIN^(***)

Öz: Bu makale, mülteci statüsü belirleme (bundan sonra MSB olarak anılacaktır) sürecinde maddi hukuk ile usul hukuku arasındaki farkları, özellikle küresel idari alan bağlamında idari işlemlerin kavramına ve işlevine odaklanarak incelemektedir. Maddi hukuk açısından bakıldığında, mülteci tanımı, 1951 Sözleşmesi ve 1967 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol tarafından birleşik ve açık bir şekilde belirtilmiştir. Sonuç olarak, MSB kurucu değil, beyan edici olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, MSB'ye ilişkin usul hukuku adem-i merkezîyetçidir ve her bir devlet, mülteci statüsü belirleme yetkisini kendi ulusal düzenlemeleri çerçevesinde sürdürmektedir. Bu durum şu şekilde tanımlanabilir: “Maddi hukuk küresel, usul hukuku yereldir.” BMMYK,

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 30.05.2025.

Bu çalışma, Japonca yazılmış önceki makalemin üzerine inşa edilmiş ve geliştirilmiştir: Yukio Okitsu, ‘Gurōbaru Gyōsei-kōi?: Nanmin Nintei o meguru Kokka to UNHCR no Ken-gen no Sōkoku’ [Küresel Bir İdari İşlem mi? Devlet ve BMMYK Tarafından Mülteci Statüsünün Belirlenmesi] (2019) 27 Yokohama Law Review 291. 2019 Uluslararası Kamu Hukuku Derneği (I CON-S) yıllık konferansında ve Stockholm Üniversitesi’nde düzenlenen bir çalıştayda önceki versiyonlarına ilişkin yaptığım sunumlar sırasında aldığım tüm yorumlar için minnettarım. JSPS KAKENHI Hibe Numarası 17H02452, 19K21677, 19H00568, 19H00570, 19H01412, 18H03617, 15H0192 tarafından desteklenmiştir. Makalenin yayınlandığı yer: Yuki Okitsu, “A Global Administrative Act? Refugee Status Determination Between Substantive and Procedural Law”, Maria Grahn Farley, Jane Reichel and Mauro Zamboni (eds), **Governing with Public Agencies: The Development of a Global Administrative Space and the Creation of a New Role for Public Agencies**, Poseidon Förlag 2022, ss.65-98; “https://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:su:diva-203275”.

^(**) Kobe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Japonya.

^(***) Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: rakin@fsm.edu.tr,
Orcid Id: https://orcid.org/0000-0001-8061-4085.

küresel mülteci kurumu olarak, MSB işlemi yapma yetkisine de sahiptir. Ancak, BMMYK'nın bu tespitleri ne devletler tarafından yürütülen MSB'nin yerine geçmekte ne de kendi MSB prosedürlerini yürüten devletleri yasal olarak bağlamaktadır. Daha önce BMMYK tarafından mülteci olarak tanınmış bir kişi bir devlete yeniden sığınma başvurusunda bulunduğu kilit bir soru ortaya çıkmaktadır: Devlet, BMMYK'nın tespitini dikkate almak zorunda mıdır ve eğer öyleyse, ne ölçüde dikkate almak zorundadır? Bu makale, BMMYK'nın MSB sürecinin, devletlerin MSB yapma yetkisi üzerindeki etkilerini, yetkisini ve hukuki bağlayıcılığını, uluslararası hukuk ve küresel idare hukuku perspektiflerinden ele alarak incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Küresel İdare Hukuku, Küresel İdari İşlem, Mülteci Statüsü Belirleme, BMMYK.

A GLOBAL ADMINISTRATIVE ACT? REFUGEE STATUS DETERMINATION BETWEEN SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL LAW

Abstract: This article examines the differences between substantive and procedural law in the specific context of refugee status determination (RSD), with a particular focus on the concept and function of administrative acts within the global administrative space. From the perspective of substantive law, the definition of a refugee is provided by the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees in a unified and clearly specified manner. As a result, RSD is considered declaratory, and not constitutive. In contrast, procedural law regarding RSD is decentralized, with individual states retaining the authority to conduct determinations. This situation can be described as: “substantive law is global, procedural law is domestic.” The UNHCR, as the global refugee agency, also holds the authority to conduct RSD. However, its determinations neither substitute for state-conducted RSD nor legally bind states conducting their own RSD procedures. A key question arises when an individual who has previously been recognized as a refugee by the UNHCR applies for asylum anew to a state: Is the state required to take the UNHCR’s determination into account, and if so, to what extent? This article specifically explores the implications, authority, and legal weight of UNHCR’s RSD in relation to states’ power to conduct RSD, drawing on perspectives from international and global administrative law.

Keywords: Global Administrative Law, Global Administrative Act, Refugee Status Determination, UNHCR.

GİRİŞ

Bir birey, kişisel ve ülkesel olarak bir devletin yargı yetkisine tabidir ve söz konusu devlet aracılığıyla uluslararası topluma aittir. Mülteciler, zulüm korkusu nedeniyle vatandaşı oldukları ülkenin korumasından yararlanamayan ve devletle kişisel bağları kesilen kişilerdir. Bu kişiler devlete ve uluslararası topluma sadece ev sahibi devletin topraklarında var olmaları ve sığınma alabilmeleri ile bağlıdırlar. Uluslararası hukuka göre, göç kontrolü bir devletin ülkesel egemenliğini kullanmasına tabidir ve uluslararası anlaşmalar veya uluslararası örf ve âdet hukuku kısıtlamalar getirmediği sürece, bir devletin o devletin vatandaşlığına sahip olmayan bir kişiye giriş izni verme yükümlülüğü olmadığı oybirliğiyle kabul edilmektedir¹. Mülteciler veya sığınmacılar öncelikle bu hukuk ilkesine ve kaçtıkları menşe ülkelerinin ardından ulaştıkları devletin sahip olduğu göç kontrolü hakkına tâbidirler. Thomas Jefferson’un “yeryüzünde herhangi bir yerde yaşama hakkı”² ifadesinin aksine, onların böyle bir hakkı yoktur.

Uluslararası mülteci hukuku, devletin göç kontrolü konusundaki takdir yetkisini kısıtlayan bir uluslararası normlar bütünüdür. Bu, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi³, Mültecilerin Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü⁴ ve mültecilerin uluslararası korunmasına ilişkin uluslararası örf ve âdet hukukunu içerir.⁵ Mülteciler, geri göndermeme ilkesi (mültecilerin zulüm

¹ CRAWFORD James, **Brownlie’s Principles of Public International Law**, 8th Edition, Oxford University Press, 2012, s. 608; COMBACAU Jean/SUR Serge, **Droit international public [Uluslararası Kamu Hukuku]**, 12th Edition, LGDJ 2016, s. 371; YAMAMOTO Sōji, **Kokusai-hō [Uluslararası Hukuk]** 2nd edn, Yūhikaku 1994, s.514.

² JEFFERSON Thomas ‘First Annual Message’ (8 December 1801) in Paul Leicester Ford (ed), *The Works of Thomas Jefferson*, Vol 9, GP Putnam’s Sons 1905, s. 341 fn 1, cited in Kaoru OBATA, Kaoru ‘İmin, Nammin hō ni okeru Seigi-ron Hihan: “Chikyū-jō no Doko ka ni Sumu Kenri” no tame ni’ [Göç ve Mülteci Hukukunda Adalet Teorisinin Eleştirisi: “Dünyanın Herhangi Bir Yerinde Yaşama Hakkı” için]’ (2015) 34 Sekai hō Nempō [YB World L], s.111-113.

³ Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (28 Temmuz 1951’de kabul edilmiş, 22 Nisan 1954’te yürürlüğe girmiştir) 189 UNTS 137 (Mülteci Sözleşmesi).

⁴ Mültecilerin Hukuki Statüsüne ilişkin Protokol (31 Ocak 1967 tarihinde kabul edilmiş, 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 606 UNTS 267 (Mülteci Protokolü).

⁵ Bölgesel antlaşmalar ve diğer uluslararası belgeler de önemlidir, örneğin, Afrika’daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Yöneten Sözleşme (10 Eylül 1969’da kabul edilmiş, 20 Haziran 1974’te yürürlüğe girmiştir) 1001 UNTS 45 (Afrika Birliği Örgütü (şu anda Afrika Birliği) Mülteci Sözleşmesi); Orta Amerika, Meksika ve Panama’daki Mültecilerin Uluslararası Korunmasına İlişkin Kolokyum tarafından kabul edilen Cartagena Mülteci Bildirgesi (22 Kasım 1984) (Cartagena Mülteci Bildirgesi) <www.refworld.org/docid/3ae6b36ec.html> erişim tarihi 19 Mart 2021. Bununla birlikte, bu çalışma yalnızca genel uluslararası mülteci hukukuna

riski bulunan ülkelere veya bölgelerine geri gönderilmelerinin yasaklanması) ile desteklenen ülkesel sığınma⁶ hakkına sahiptir ve sığınılan ülkenin taraf olması halinde Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü ile güvence altına alınan haklardan ve hukuki statülerden yararlanırlar. Uluslararası mülteci hukuku, uluslararası iş birliği ağı aracılığıyla, kişisel bağlarını uluslararası topluma karşı kaybeden bireylere yardımcı olmayı sağlayan bir çerçeve olarak görülebilir.

Paradoksal olarak, böyle bir uluslararası koruma çerçevesine kabul edilmek için, bir sığınmacının ev sahibi devlet tarafından mülteci olarak tanınması gerekir. Bölüm I'de ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü “mülteci” terimini tanımlamakta ve bir bireyin mülteci olabilmesi için yerine getirmesi gereken şartları belirlemektedir. Bu şartları yerine getirenler, dünyanın neresinde olurlarsa olsunlar mülteci koruması alabilmelidirler. Gerçekte, usul hukuku kapsamında MSB, maddi hukuk kapsamında korumanın uygulanmasından önce gelmektedir. Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü, Mülteci Statüsü Belirleme işleminden sorumlu organ ve bu süreçte izlenecek prosedür konusunda sessizdir. Bu sessizliğin sonucu, devletin ülkesel egemenliği ilkesinin uygulanmasıdır ve MSB, sığınmacının girişine izin verilmesini ve mülteci olarak kabul edilmesini istediği ülke idaresi tarafından yürütülmelidir. En azından prensipte, mülteci statüsü için gerekli şartları yerine getiren herkes herhangi bir ülkede mülteci olarak tanınmalıdır, ancak gerçek şu ki, mültecilerin sayısı ve tanınma oranı bakımından ülkeler arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır.⁷ Yukarıda açıklandığı üzere, uluslararası mülteci hukukunun mevcut durumu “maddi hukuk küresel, usul hukuku yerel” olarak tanımlanabilir.

odaklanmakta ve bölgesel belgelerden söz konusu oldukları vakalarla ilgili olarak bahsetmektedir.

⁶ Ülkesel sığınma, menşe devletinden siyasi zulüm riski altında olan kişilerin ev sahibi devlete kabul edilmesi ve burada kalması anlamına gelir. Ülkesel sığınma hakkı tanınan bir kişi, ülkesel egemenliğin bir etkisi olarak kendi devletinin yetkililerinin suçlamalarından kaçabilir. Sığınma konusunda genel olarak bkz. GOODWIN-GILL Guy S./ MCADAM Jane, **The Refugee in International Law**, 3rd ed., Oxford University Press, 2007, s. 355-358. Ayrıca bkz: WEIS Paul “Territorial Asylum”, **Indian Journal Of International Law**, Cilt 6, 1966, s.173, yeniden baskı: Hélène Lambert (ed), *International Refugee Law* (Ashgate 2010) 13.

⁷ BMMYK istatistiklerine göre, 2016 yılında Japonya 28 mülteciyi tanıyıp 9.604 başvuruyu reddederken, Almanya 263.622 mülteciyi tanımış (o yıl için dünyadaki en büyük sayı) ve 196.184 başvuruyu reddetmiştir. BMMYK, BMMYK İstatistik Yıllığı 2016, 16. baskı, 2018, Tablo 9 <www.unhcr.org/statistics/country/5a8ee0387/unhcr-statistical-yearbook-2016-16th-edition.html> erişim tarihi 19 Mart 2021.

Bu makale, çoğu ülkede mülteci statüsü verme yetkisinin idari organların elinde olduğu ve MSB'nin idari bir işlem olarak yürütüldüğü ve idare hukuku kapsamında düzenlendiği gerçeğine odaklanmaktadır. Burada idari işlem, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde idare hukuku öğretisinde bilinen bir kavrama (Almanca'da *Verwaltungsakt*, Fransızca'da *acte administratif* ve Japonca'da *gyōsei kōi*) atıfta bulunur ve bir idari makamın hukukun genel normlarını belirli vakalara uygulamak ve belirli tarafların hukuki statüsünü (haklar ve yükümlülükler) belirlemek için aldığı karar türünü ifade eder. Her ne kadar Anglo- Sakson (*Common law*) hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde bu kavram kullanılsa da, idari makamların özel hukuk kişilerinin hukuki statülerini doğrudan düzenleyen kararlar almasına ilişkin hukuki olgu bu ülkelerde de görülebilmektedir. "İdari işlem" teriminin kullanılıp kullanılmamasından bağımsız olarak, bu tür bir uygulama idare hukuku sistemlerinde yaygın şekilde kabul gören bir olgudur.⁸

Devletin, özel kişilerin hukuki statüsünü doğrudan düzenleme yetkisine sahip olması nedeniyle, idari işlem kavramı geleneksel olarak ulusal hukuka özgü bir kavram olarak kabul edilmiştir. Ancak son zamanlarda, küresel yönetimden sorumlu uluslararası örgütler ve uluslararası kuruluşların, bireylerin hak ve yükümlülüklerini doğrudan düzenlemek için belirli kararlar alabileceği kabul edilmiş ve bu durum teorik olarak ilgi çekmiştir.⁹ Örneğin, Küresel İdare Hukuku (KİH) alanındaki akademisyenler, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)¹⁰ tarafından mülteci statüsünün

⁸ RODRÍGUEZ Jaime/ MUÑOZ Arana and et al, "Foreign Administrative Acts: General Report" (içinde) RODRÍGUEZ Jaime/ MUÑOZ Arana (ed) **Recognition of Foreign Administrative Acts Springer**, 2016, s. 1 ("bir idari işlem - ister "tek taraflı" ister "birel/bireysel" olsun - bir kamu otoritesi tarafından belirli bir vakayı karara bağlamak üzere alınan, kamu hukukuna tabi olan ve yargı müdahalesi olmaksızın derhal uygulanan birel/bireysel bir karar olarak tanımlanabilir; ancak kanunda belirlenen durumlar haricinde, karar, nihai işleme - bir süreci sona erdiren işleme- atıfta bulunur ve ara işlemlere atıfta bulunmaz"). Bu tanımla karşılaştırıldığında, benim tanımım idari işlemin yalnızca 'emredici' etkisine atıfta bulunmakta ve "kendi kendini icra etme" veya "kendi kendini yürütme" karakterini içermemektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, idari kurumlar birçok durumda yargı müdahalesi olmaksızın idari tasarrufları icra ve infaz edebilirken, Anglo Sakson sistemlerinde genellikle icra ve infaz için yargıdan izin almaları gerekmektedir. Bu noktayı bir kenara bırakıyorum çünkü burada bir idari işlemin kendi kendini icra etme veya kendi kendini infaz etme niteliğiyle ilgilenmiyorum. Kesişen bir analiz yapmak için Kıta Avrupası ve Anglo Sakson hukuk sistemleri arasında yetki alanları arasındaki ortak noktalara odaklanmak istiyorum.

⁹ Bkz, örneğin, HANDRLICA Jakub "International Administrative Law and Administrative Acts: Transterritorial Decision Making, **Czech Yearbook of Public & Private International Law**, Cilt 7, 2016, s.105.

¹⁰ CHIMNI, BS, "Co-option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law", **NYU Journal of International Law and Politics**, cilt 37, 2005, s.799, 819-826; PALLIS Mark, "The Operation of UNHCR's Accountability Mechanisms", **NYU Journal of International**

belirlenmesi, Temiz Kalkınma Mekanizması (TKM) Yürütme Kurulu'nun TKM kapsamındaki projelerin uygunluğunu ve sera gazı emisyon azaltım kredilerini belirleyen kararları ile BM Güvenlik Konseyi'nin 1267 Komitesi'nin listedeki kişilerin malvarlıklarını donduran kararlarını sıkça örnek göstermektedirler¹¹.

“Mandate mültecileri”, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü kapsamındaki “sözleşme mültecilerinden” farklı olarak, BMMYK'nın yetki alanına giren mültecilerdir. Sözleşme mültecilerini tanıma yetkisi devletlere aittir, mandate mültecilerinin tanınması BMMYK'ya aittir. Mandate mültecileri ile sözleşme mültecilerin tanımları aynı olmasa da, bu şekilde tanınmak için gereken şartlar ve unsurlar çoğunlukla aynıdır ve çok azı her ikisinin de kapsamına girmektedir. Eğer BMMYK'nın MSB yetkisi, devletlerin sözleşmeye dayalı MSB'nin yerini almasa bile onu tamamlarsa, yukarıda belirtilen “usul hukuku iç hukuktur” ifadesinin önemli ölçüde yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Başka bir deyişle, uluslararası bir kuruluşun ulusal bir kurumun idari işlemiyle kıyaslanabilir küresel bir idari işlem yapma olasılığı tartışılmalıdır.

Bu makale, mülteci statüsünün tanınması konusunda devletlerin ve BMMYK'nın yetkileri arasındaki ilişkiyi analiz etmektedir. Bu amaçla, analitik çerçeveler olarak uluslararası idare hukuku ve Küresel İdare Hukuku'na atıfta bulunmaktadır. Her iki çerçeve de kamu yararına yönelik sınır ötesi faaliyetleri idari faaliyetler olarak anlamayı ve bunları (ulusal) idare hukukundan türetilen yasal kurallar ve ilkelerle düzenlemeyi amaçlayan teorik yaklaşımlardır. Ancak, aralarındaki fark, birincisinin hâlâ devletlerin hak ve yükümlülüklerine ve uluslararası idari iş birliğindeki rollerine vurgu yaparken, ikincisinin ise devletlerin ötesinde bir alanda (küresel idari alan¹²) gelişen küresel yönetimi kapsamlı bir şekilde ele almasıdır¹³. Uluslararası idare

Law and Politics, Cilt 37, s.869; Dunlop EMMA, “A Globalized Administrative Procedure: UNHCR's Determination of Refugee Status and its Procedural Standards” (içinde) CASSESE Sabino/ et al., **Global Administrative Law: The Casebook**, 3rd ed., Kindle 2012, pt IIIB3.

¹¹ STEWART Richard B, “U.S. Administrative Law: A Model For Global Administrative Law?”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt 68, Sayı 63, 2005, s.89. Mal varlıklarının dondurulmasına tabi kişilerin listelenmesine atıfta bulunmaktadır çünkü “üye devletler listelenen kişilerin mal varlıklarının dondurulmasını uygulamak zorunda olsa da, birçok devlette uygulama otomatiktir ve bu da komitenin listeleme kararlarının fiili etkisini doğrudan hale getirmektedir” (ibid 89 fn 96).

¹² KINGSBURY Benedict/ KRISCH Nico/ STEWART Richard B., “The Emergence of Global Administrative Law”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt 68, Sayı15, s.18-27.

¹³ Küresel idare hukuku ile karşılaştırmalı olarak uluslararası idare hukuku hakkında bkz. OKITSU Yukio “International Administrative Law, a Precursor of Global Administrative

hukuku, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü gibi uluslararası belgelere atıfta bulunarak bir devletin takdir hakkını kısıtlamaya yönelik bir yaklaşım önerirken, Küresel İdare Hukuku ise BMMYK gibi küresel bir idari organın özel hukuk kişisi karşısında doğrudan bir idari işlem gerçekleştirebileceği fikrini sunar. Bu bakış açısıyla, devletlerin ve BMMYK'nın MSB sistemlerini ve aralarındaki ilişkiyi analiz ediyorum.

İlk olarak devletler tarafından sözleşmeye dayalı MSB (Bölüm I) ve BMMYK'nın yetkisi dahilinde MSB (Bölüm II) mekanizmalarını özetliyorum. Daha sonra, BMMYK'nın MSB yetkisinin bir devletin MSB'sine ilişkin hukuki sonuçlarını Japon ve İngiliz vakalarını kullanarak analiz ediyorum (Bölüm III) ve makaleyi sonlandırıyorum (Bölüm IV).

I. SÖZLEŞMEYE GÖRE MÜLTECİ STATÜSÜNÜN DEVLETLER TARAFINDAN BELİRLENMESİ

A. Mülteci Sözleşmesi ve Mülteci Protokolü

1951 Mülteci Sözleşmesi Madde 1A(2) “mülteci” terimini şu şekilde tanımlamaktadır: 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar sonucunda ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşü nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatanı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her kişi.¹⁴

Bu tanım “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olayların bir sonucu olarak” ifadesiyle belirtilen zamansal bir sınırlamaya sahiptir ve aynı maddenin B(1) paragrafı, her bir sözleşmeci devlete “olayların” kapsamının Avrupa'da meydana gelen olaylarla mı sınırlı olacağına yoksa diğer ülkelerde meydana gelen olayları da içerip içermeyeceğine karar verme imkânı tanıyarak coğrafi sınırlamalara izin verir.¹⁵ 1967 Mülteci Protokolü, Mülteci Sözleşmesi tarafından getirilen zamansal ve coğrafi sınırlamaları kaldırır. Proto-

Law?: The Case of Soji Yamamoto” (içinde), AUBY Jean-Bernard (ed) Le futur du droit administratif / The Future of Administrative Law, **LexisNexis**, 2019.

¹⁴ Mülteci Sözleşmesi (3 no.lu atıf) 1A(2). madde.

¹⁵ Aynı Sözleşme madde 1B(1).

kol'ün 1. maddesinin 2. paragrafı, aşağıdaki hükmü getirerek zamansal sınırlamayı ortadan kaldırır:

“Bu Protokol’ün amacı doğrultusunda, “mülteci” terimi, 1. maddenin A (2) bendinde yer alan “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olayların bir sonucu olarak” ve “... bu tür olayların bir sonucu olarak” ifadeleri çıkarılmış gibi Sözleşme’nin 1. maddesi tanımını kapsamına giren herhangi bir kişi anlamına gelecektir.”¹⁶

Paragraf 3 ayrıca, “işbu Protokol, kapsam dışı bırakan hükümde öngörülen haller dışında, Taraf Devletler tarafından herhangi bir coğrafi sınırlama olmaksızın uygulanacaktır” hükmünü getirerek coğrafi sınırlamayı da ortadan kaldırır¹⁷. Mülteci Sözleşmesi ve Protokol, birbirinden bağımsız ayrı antlaşmalardır. Bu durum, devletlerin istedikleri takdirde sadece birine ya da diğerine taraf olmalarını mümkün kılar ve Protokol, Sözleşme’yi değiştirme etkisine sahip değildir.¹⁸ Bununla birlikte, Protokolün 1. Maddesinin 1. Paragrafı, “işbu Protokole taraf Devletler, Sözleşmenin 2 ila 34. Maddelerini, bundan sonra tanımlandığı şekliyle mültecilere uygulamayı taahhüt ettiklerini”¹⁹ ve bir devletin Protokole taraf olması halinde, Sözleşme’nin maddi hükümleri kapsamındaki yükümlülükleri de eş zamanlı olarak üstleneceğini öngörmektedir.

B. Japonya Göç Kontrolü ve Mülteci Tanıma Yasası²⁰

1. Genel Çerçeve

Japonya, 1981 yılında Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü’ne katılmasının ardından, bunları uygulamak için ilgili bir yasal düzenleme çıkarmış ve bu düzenleme 1 Ocak 1982 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²¹ Bu alandaki temel düzenleme olan Göç Kontrolü Talimatı’nın adı Göç Kontrolü ve Mülteci

¹⁶ Mülteci Protokolü (4.no.lu atıf) 12.madde.

¹⁷ Aynı Protokol 13.madde.

¹⁸ Goodwin-Gill and McAdam, 6 no.lu atıf, 508.

¹⁹ Aynı Protokol madde II.

²⁰ Bkz. genel olarak, ARAKAKI Osamu Refugee Law and Practice in Japan, **Routledge**, 2008 (uluslararası mülteci hukukunun uygulanmasına ilişkin Japon hukuku ve uygulaması hakkında İngilizce yazılmış kapsamlı bir kitap).

²¹ Nammin no chii ni kansuru jōyaku tō eno kanyū ni tomonau Shutsunyūkoku Kanri Rei sonota kankei hōritsu no seibi ni kansuru hōritsu [Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşmeye Katılım Üzerine Göç Kontrolü Talimatı ve İlgili Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, vb.], Act No 86 of Shōwa 56 (1981) (Japonya).

Tanıma Yasası (bundan sonra “GKMTS”²² olarak anılacaktır) olarak değiştirilmiş ve bu yasaya ilgili hükümler eklenmiştir. GKMTS’nin 2. Maddesinin (iii-2) fıkrası mülteci kavramını aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır: “Mülteci” terimi, Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’nin 1. Maddesi (...) veya Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol’ün 1. Maddesi hükümleri kapsamına giren mülteci anlamına gelir.”²³ GKMTS, kendi mülteci tanımını ve bir sığınmacının mülteci olarak tanınması için yerine getirmesi gereken maddi şartları sunmaz. Bunun yerine, mevcut uluslararası belgelerin hükümlerine atıfta bulunur ve Mülteci Sözleşmesi’nde tanımlanan mülteci kavramının aynısı Japon hukukunda da geçerlidir. Böylece, maddi hukuk hem uluslararası hem de ulusal hukuk açısından tutarlı kalır. Usul hukukuna ilişkin olarak, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü, mülteci statüsünün kimin ve nasıl belirlenmesi gerektiğine dair herhangi bir hüküm getirmez; ancak Sözleşme’nin 9. maddesi MSB’nin taraf devletler tarafından yapılacağı varsayımını içerir.²⁴ Genel anlayış, her bir taraf devletin, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü’nü uygulama ve gerektiğinde mültecilere sığınma verme görev ve sorumluluğunu fiilen üstlendiği için, MSB’yi kendi başına yürütme yetkisine sahip olduğudur.²⁵ GKMTS, Adalet Bakanlığı’na MSB yetkisini²⁶, Madde 61-2 (1)’de “Adalet Bakanlığı, Japonya’daki bir yabancının Adalet Bakanlığı tüzüğünde öngörülen usullere uygun olarak başvuruda bulunması halinde, söz konusu yabancıyı (...) kendisi tarafından sunulan belgelere dayanarak mülteci olarak tanıyabilir” hükmünü getirerek vermiştir.²⁷ Bu durumda,

²² *Shutsunyūkoku Kanri oyobi Nammin Nintei Hō* [Göç Kontrolü ve Mülteci Tanıma Yasası], Cabinet Order No 319 of Shōwa 26 (1951) (Japonya) (GKMTS), Adalet Bakanlığı, Japonca Hukuk Çevirisi olarak tercüme edildi www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1934&vm=&re=&new=1, erişim tarihi 19 Mart 2021. Bu metindeki çeviride kendi değişikliklerimi yaptım.

²³ GKMTS (22 no.lu dipnot) madde 2(iii-2).

²⁴ Mülteci Sözleşmesi (3 no.lu dipnot) madde 9: “İşbu Sözleşmenin hiçbir hükmü, savaş zamanında veya diğer vahim ve istisnai hallerde, bir Akit Devletin, belirli bir kişinin *gerçekten mülteci olduğuna ve bu kişinin durumunda bu tür tedbirlerin devamının ulusal güvenlik açısından gerekli olduğuna karar verinceye kadar*, bu kişinin durumunda ulusal güvenlik açısından gerekli olduğunu düşündüğü tedbirleri geçici olarak almasını engellemez.” (vurgu eklenmiştir).

²⁵ UNHCR, “Note on Determination of Refugee Status under International Instruments”, **UN doc EC/SCP/5**, 24 August 1977, paragraph 7, 11. Ayrıca bkz. HATHAWAY James C, “A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law” **Harvard International Law Journal**, Cilt 31, Sayı 1, Kış 1990, s.166-168.

²⁶ GKMTS ‘mülteci statüsünün belirlenmesi (*nammin no nintei*)’ yerine sadece ‘mülteci statüsünün tanınması (recognition)’ (*nammin no nintei*) terimini kullansa da, aynı anlama geldikleri için bu makale boyunca her iki terimi de birbirinin yerine kullanıyorum.

²⁷ GKMTS, 22 no.lu dipnot, madde 61-2(1).

“usul hukukunun yerel olduğunu” görebiliriz. Aşağıda, Japon hukukunda MSB’nin yasal etkilerini ve gerekliliklerini analiz ederek, yerel usul hukukunun “maddi hukukun küresel olduğu” önermesini nasıl etkilediğini tartışacağım.

2. MSB’nin Etkileri

Bir MSB’nin başlıca yasal etkisi, ilgili yabancının Mülteci Sözleşmesi’nde öngörülen mülteci statüsü şartlarını karşıladığını ve dolayısıyla bir mülteci olduğunu kesin bir şekilde belirlemek ve bu bağlamda [idare adına] Sözleşme’de belirtilen çeşitli yükümlülüklerini yerine getirmesinin dayanağını oluşturmaktır²⁸. Bu etki, kişinin ilgili makamlar tarafından mülteci olarak muamele görmesini sağlayan bir hukuki statü yaratır. Bu durum, iki tür alt etki olarak analiz edilebilir: yapıcı (yaratıcı) etki ve beyan edici (teyit edici) etki. Her ikisini de örneklerle karşılaştıracam²⁹.

İlk olarak, yapıcı (yaratıcı) etki, MSB olmadan talep edilemeyecek bir hukuki statü yaratır. Mülteci seyahat belgesinin düzenlenmesi için gerekli bir koşul teşkil etmesi buna bir örnektir. Mülteci Sözleşmesi, bir yandan, Madde 28 (1)’de, akit devletleri “topraklarında yasal olarak bulunan mültecilere, toprakları dışına seyahat edebilmeleri için seyahat belgesi düzenlemekle” yükümlü tutar³⁰. Bu hüküm, en azından görünürde, bir MSB edinilmesini gerektirmemekte, sadece bir mülteci olmayı seyahat belgesi için yeterli görür. Öte yandan GKMTS, Madde 61-2-12 (1)’de “[A]dalet Bakanlığı, Japonya’da ikamet eden ve mülteci olarak tanınan bir yabancının, Japonya’dan ayrılmak istemesi halinde, Bakanlığın bir tüzüğünde öngörülen usullere uygun olarak söz konusu yabancının başvurusu üzerine bir mülteci seyahat belgesi düzenler” hükmünü öngörmektedir³¹. Bu hükme göre, mülteci seyahat belgesi için başvuran kişinin “mülteci olarak tanınmış”, yani daha önce MSB elde etmiş kişi olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, bir MSB

²⁸ Shutsunyūkoku Kanri Hōrei Kenkyūkai [Research Group on Immigration Control Laws and Regulations] (ed), Chūkai Hanrei Shutsunyūkoku Kanri Jitsumu Roppō [Annotated Cases and Statutes on Immigration Control for Practice] (2019 edn, Nihon Kajo Shuppan 2018) 131 (Japan).

²⁹ Aşağıda tartışılmayanlar da dahil olmak üzere MSB’nin etkileri hakkında bkz. RENGŌKAI Nihon Bengoshi, Jinken Yōgo Iinkai [Japon Barolar Birliği İnsan Haklarını Koruma Komitesi] (ed), *Nanmin Nintai Jitsumu Manyuaru [Mülteci Statüsü Belirleme Uygulama El Kitabı]* (2nd edn, Gendai Jimbun Sha 2017, s.152-157, Noriko Watanabe, (Japonya).

³⁰ Mülteci Sözleşmesi, 3 no.lu dipnot, madde 28(1).

³¹ GKMTS, 22 no.lu dipnot madde 61-2-12(1).

ile mülteci olarak tanınmamış bir sığınmacı, nesnel ve maddi olarak mülteci tanımına girse bile, mülteci seyahat belgesi alma hakkına sahip değildir. Bu hüküm, mülteci statüsünü mülteci seyahat belgesi için gerekli bir koşul olarak yaratan MSB'nin yapıcı etkisini öngörmektedir.

Mülteci Sözleşmesi'nin getirmediği böyle bir şartı iç hukuka eklemek nasıl haklı gösterilebilir?³² Şöyle bir gerekçe sunulabilir: Taraf devlet, Sözleşme tarafından kendisine bırakıldığı varsayılan ve zımnen kabul edilen usule ilişkin takdir yetkisini bertaraf etmektedir. Bir devlet, bir mülteci seyahat belgesi düzenleyip düzenlememe konusunda karar verirken, ilgili devlet kurumu, her durumda başvurunun mülteci olma şartlarını yerine getirip getirmediğini önceden belirlemelidir. Bu ön tespit MSB tarafından zaten yapılmışsa, aynı tespitin sadece seyahat belgesi düzenlenmesi için tekrarlanması gereksizdir. MSB ve seyahat belgeleri için yetkili idareler aynı değilse, bir idarenin mülteci statüsüne ilişkin tespitinin diğerininkiyle çelişme riski vardır. Bu nedenle, bir taraf devletin MSB yetkisini tek bir idareye vermesi ve diğer idarelerin bu idarenin kararına uymasını şart koşması makuldür. Bu uygulama, usule ilişkin takdir yetkisi çerçevesinde gerekçelendirilebilir.

İkinci olarak, beyan edici (teyit edici) etki, bir MSB yapılmadan önce var olduğu varsayılan bir hukuki statüyü teyit eder. Bunun bir örneği, GKMTS'nin 70-2. Maddesinde bulunabilir; bu madde, yasadışı kalış gibi suçlara uygulanacak ceza muafiyetine ilişkin bir şart öngörmektedir. Maddeye göre, “[bir] kişi ... aşağıdaki maddelerin her birinin gerçekleştiğinin kanıtlanması halinde cezadan muaf tutulabilir” hükmünü düzenler ve (i) numaralı bent “kişinin bir mülteci olması” durumunu listeler³³. Bu hükmün uygulanabilmesi için, sanığın ceza mahkemesi önünde mülteci olduğunu kanıtlaması gerekmektedir, ancak daha önce bir MSB tarafından mülteci olarak tanınmış olması gerekmemektedir. Bu hüküm, bir MSB'nin yapıcı

³² Bkz. örneğin, UNHCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, **UN doc HCR/1P/4/ENG/REV.3**, Aralık 2011, paragraph 28 (“Bir kişi, tanımda yer alan kriterleri yerine getirdiği anda 1951 Sözleşmesi anlamında mültecidir. Bu, zorunlu olarak, mülteci statüsünün resmi olarak belirlendiği zamandan önce gerçekleşecektir. Dolayısıyla, mülteci statüsünün tanınması kişiyi mülteci yapmaz, ancak mülteci olduğunu ilan eder. Kişi tanınma nedeniyle mülteci olmaz, mülteci olduğu için tanınır.”); GOODWIN-GILL/MCADAM, 6 no.lu dipnot, s.51 (“Prensip olarak, bir kişi tanımdaki şartları sağladığı anda mülteci olur, dolayısıyla statünün belirlenmesi kurucu değil, beyan edicidir.”).

³³ GKMTS, 28 no.lu dipnot, 70-72. madde.

etkisiyle yaratılan mülteci statüsünü ceza muafiyeti için bir ön koşul olarak kabul etmez. Sanığın iki seçeneği vardır. Birincisi, eğer kendisi daha önce MSB işlemi ile mülteci olarak tanınmışsa, Adalet Bakanlığı tarafından kendisine verilen mülteci statüsü belgesini bir delil olarak sunabilir ve mahkemeler de dahil olmak üzere ilgili makamlar, bu belgeyi onun mülteci olduğunu kanıtlayan bir belge olarak kabul etmekle yükümlüdür. İkincisi eğer bir MSB ile tanınmamışsa, doğrudan diğer delillerle ceza yargıcına mülteci şartlarını gerçekten karşıladığını kanıtlayabilir. İlk durumda, bir MSB'nin etkisi beyan niteliğindedir ve kurucu değildir, çünkü ikinci durumda bir MSB dışında başka ispat yöntemleri de mümkündür.

Mülteci statüsünden bağımsız olarak, ancak Mülteci Sözleşmesi'nden kaynaklanan bazı faydalar veya korumalar da mevcuttur. Geri göndermeme ilkesi buna bir örnektir. GKMTS'nin 53 (3) maddesi, bu ilkeyi yalnızca mültecilere değil, Japonya'dan sınır dışı edilen tüm yabancı uyruklulara uygulamaktadır. Bir başka örnek ise, Mülteci Sözleşmesi'nin 23. ve 24. maddeleri tarafından mültecilere tanınan kamu yardımı, kamu desteği ve diğer sosyal güvenlik biçimleri ile ilgili ulusal muameledir. Japonya, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ne taraf olduktan sonra, ilgili mevzuatı değiştirerek vatandaşlık şartını kaldırmış ve böylece bu ödemelerin sadece mültecilere değil tüm yabancı uyruklulara sunulabilmesini sağlamıştır. Bu tür durumlarda, MSB, geri göndermeme ilkesinin veya sosyal güvenlik yasalarının uygulanması üzerinde doğal olarak hiçbir etkiye sahip değildir.

3. MSB için Gereklilikler

Adalet Bakanlığı, MSB başvurusunda bulunan bir kişinin mülteci tanımına uyup uymadığına karar verirken, olgu tespit süreci yürütmeli ve yasayı uygulamalıdır³⁴. Asıl soru, Bakanlığa bu süreçte takdir yetkisi verilip verilmediğidir. Bazı yazarlar, MSB'nin kurucu değil, beyan edici ya da olguları tespit eden bir işlem olması nedeniyle bunu reddetmektedirler. Bu görüşe göre Bakanlık, Mülteci Sözleşmesi'nde belirtilen mülteci hukuki kavramını yalnızca somut olgulara uygulamakta ve başvuranın tanım kapsamına girip girmediğini teyit etmektedir³⁵. Ben de Bakanlığın takdir yetkisi olmadığı

³⁴ ARAKAKI, 20 no.lu dipnot, s.77-78.

³⁵ Tatsuo Yamamoto, "Nanmin Jōyaku to Shutsunyūkoku Kanri" [Mülteci Sözleşmesi ve Göç Kontrolü] (1981) 34(9) Hōritsu no Hiroba 20, 23; Shigeki Sakamoto, Jinken Jōyaku no Kais-haku to Tekiyō [İnsan Hakları Sözleşmelerinin Yorumlanması ve Uygulanması] (Shinzansha, 2017, 319 (Japan).

sonucuna katılıyorum, ancak bu durum hâlâ gerekçelendirilmelidir. Bir MSB'yi yalnızca beyan edici olarak nitelendirmek, yeterli bir neden olarak görünmemektedir, çünkü böyle bir işlem genellikle belirli bir takdir marjı, en azından fiili bir takdir marjı ile birlikte gelir. Olgu tespiti, delillerden olguları çıkarır ve yasanın uygulanması bu olguların hukuki bir sonuç çıkarmak için verilen hukuki kriterleri karşılayıp karşılamadığını belirler. Eğer yasal kriterler “zulüm” gibi belirsiz bir terim şeklinde belirtilmişse, bu terimin tam olarak ne anlama geldiği ve hangi tür olguların bu kapsamda yer aldığı konusunda bir takdir marjı olduğu varsayılır³⁶. Bu durumda, belirli bir vakıada herhangi bir karar vericinin aynı sonuca ulaşacağı mutlaka doğru değildir. Bu nedenle, sadece beyan edici, olguları teyit edici bir işlem olması takdir yetkisinin varlığını reddetmez. Bu yetkiyi reddetmek için, böyle bir takdir marjının yasal olarak izin verilmemesi gerektiğini; başka bir deyişle, yetkililere olguları tespit etme ve hukuku uygulama yetkisi veren yasanın, söz konusu terimin kapsamını, bundan sapmayı yasaklayacak şekilde belirlediğini iddia etmek gerekir.

GKMTS Japon memurlarına MSB yetkisi verse de, “mülteci” teriminin kapsamını belirleyen yasa, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'dür çünkü GKMTS'nin³⁷ ilgili maddeleri bu terimi tanımlarken sadece onların hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Eğer Sözleşme ve Protokol, MSB konusunda devletlere takdir yetkisi tanısaydı, bu, A Devleti'ne ulaşan bir kişiye mülteci olarak sığınma verilirken, aynı zulümden aynı ülkeden kaçmış olan bir diğerrinin B Devleti'ne ulaştığında mülteci statüsünün reddedilebileceği bir duruma izin verdikleri anlamına gelirdi. Bunun böyle olmadığını savunuyorum; Sözleşme ve Protokol, mültecilerin korunması için evrensel bir sistem kurmayı amaçlamalıdır ve aynı zulümden kaçan sığınmacılara, herhangi bir taraf devlette aynı koşullar altında aynı koruma sağlanmalıdır. Bu argüman, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'nün başlangıç bölümleri tarafından desteklenmektedir. İlki, BM Şartı³⁸ ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne³⁹ atıfta bulunarak, “mültecilerin statüsüne ilişkin önceki uluslararası anlaşma-

³⁶ ARAKAKI, 20 no.lu dipnot, 20 (MSB'nin olgu tespitinin zorluğuna ve normatif yönlerine işaret ederek).

³⁷ GKMTS, 28 no.lu dipnot, madde 61-2 (1), 2 (iii)-2.

³⁸ Birleşmiş Milletler Şartı (26 Haziran 1945'te kabul edilmiş, 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir) (BM Şartı).

³⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (kabul tarihi 10 Aralık 1948) UNGA res 217 A(III) (İHEB).

ların gözden geçirilmesi ve bu araçların sağladığı koruma ve kapsamın yeni bir anlaşma yoluyla⁴⁰ genişletilmesi arzu edilir”. İkincisi ise, Sözleşmedeki tanım kapsamına giren tüm mültecilerin, “1 Ocak 1951⁴¹ tarih sınırından bağımsız olarak eşit statüye sahip olmaları “arzu edilir” ve böylece yukarıda belirtilen zamansal ve coğrafi sınırlamaları ortadan kaldırır. BMMYK’nın bir ülkenin diğer bir ülke tarafından yapılan MSB kararını tanınmasını talep eden ülke dışı MSB etkilerine ilişkin notları da bu argümanı desteklemektedir.⁴² Taraf Devletlere, Sözleşme ve Protokol’de tanımlanan mülteci kavramının kapsamına nesnel ve maddi olarak giren sığınmacılara mülteci statüsünü reddetme konusunda takdir yetkisi tanınmamalıdır. Japonya’nın GKMTS’si de aynı şekilde yorumlanmalıdır.

Bununla birlikte, A Devletinde mülteci olarak tanınacak bir kişinin B Devletinde mülteci olarak tanınmayabileceği de zaman zaman doğrudur. Bunun nedeni, maddi hukukun evrensel olmasına karşın usul hukukunun ulusal olmasıdır. Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü, taraf devletlere maddi hukuk açısından takdir yetkisi tanımazken, yine de ispat⁴³ kuralları dahil olmak üzere, usule ilişkin belirli bir takdir yetkisini onlara bırakır ve bu yetki, her taraf devlete bırakılan usule ilişkin bir takdir yetkisidir. Mültecinin kavramının maddi içeriği devletler arasında aynı olsa bile, farklı usuller, çok benzer vakalarda bile farklı sonuçlara yol açabilir. Örneğin, A Devleti sığınmacıların ifadelerinin güvenilirliğini değerlendirirken şüpheden yararlanmayı uyguluyor ancak B Devleti uygulamiyorsa, söz konusu ifadelerin belirsiz olduğu durumlarda iki devlet farklı sonuçlara varabilir.

Ulusal idare hukuku kapsamında, vakıalar arasındaki farklılıklar mahkemeler tarafından incelenir ve böylece maddi kriterlerin usule ilişkin uygulaması birleştirilir. Eğer uluslararası mülteci mahkemesi gibi uluslararası bir yargı organı olsaydı, bu mahkeme devlet yetkilileri tarafından verilen kararları uluslararası hukuk çerçevesinde gözden geçirirdi ve devletlerin takdir yetkisinin olup olmadığını belirlemek için maddi ve usul hukuku arasındaki

⁴⁰ Mülteci Sözleşmesi, 3 no.lu dipnot, önsöz.

⁴¹ Mülteci Protokolü, 4 no.lu dipnot, önsöz.

⁴² UNHCR, “Note on Determination of Refugee Status”, 25 no.lu dipnot, paragraph 20-21. Ayrıca bkz. UNHCR, “Note on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees” **UN doc EC/SCP/9**, 24 Ağustos 1978, paragraph 33.

⁴³ Japon mülteci statüsü belirleme prosedürlerindeki ispat sorunlarıyla ilgili olarak, bkz. SA-KAMOTO, 35 no.lu dipnot.

ayrımı yapmak anlamsız hâle gelirdi. Maddi hukukun bir meselesi olarak takdir yetkisinin reddedilmesi, devletlerin verdiği kararların mahkeme tarafından yeniden incelemeye tabi tutulması ve mahkemenin bu kararları değiştirebilmesi sonucunu doğururdu. Böyle bir mahkeme gerçekte (henüz) mevcut değildir ve maddi hukuk ile usul hukuku arasındaki farklılık devam etmektedir.

II. MANDATE MÜLTECİ STATÜSÜNÜN BMMYK⁴⁴ TARAFINDAN BELİRLENMESİ

A. Yetkili Makamın Kuruluşu

BMMYK'nın mandate mülteci statüsünün belirlenmesi (mandate MSB'si), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Ofisi Tüzüğü (BMMYK Tüzüğü) kapsamında BMMYK'ya verilen yetkiye dayandığı için bu şekilde adlandırılmaktadır⁴⁵. BMMYK Tüzüğü, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarihli kararıyla kabul edilmiştir. BMMYK'nın kendisi de 1 Ocak 1951 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3 Aralık 1949⁴⁶ tarihli kararıyla kurulmuş olup, her ikisi de Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'nden önce gerçekleşmiştir. BMMYK, Genel Kurul'un⁴⁷ yardımcı bir organı olarak nitelendirilmekte ve Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'nden bağımsız olarak var olması beklenmektedir. Mülteci Sözleşmesi Madde 35 (1) ve Mülteci Protokolü Madde 2 (1) kendisine bu belgelerin hükümlerinin “uygulanmasını denetleme görevi” verse de⁴⁸ BMMYK'nın bunları uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mandate MSB Mülteci Sözleşmesi veya Protokolü'nde doğrudan bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu işlem, BMMYK'nın Tüzüğüne dayanan bağımsız yetkisi kapsamında yürütülmektedir.

⁴⁴ Daha fazla ayrıntı için bkz. SMRKOLJ Maja “International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination” (içinde) BOGDANDY Armin von/ et al., **The Exercise of Public Authority in International Institutions: Advancing International Institutional Law**, Springer 2010.

⁴⁵ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Ofisi Tüzüğü, UNGA Res 428 (V) Eki (14 Aralık 1950) (BMMYK Tüzüğü).

⁴⁶ UNGA 319 (IV), 3 Aralık 1949.

⁴⁷ BM Şartı, 39 no.lu dipnot, madde 22.

⁴⁸ Mülteci Sözleşmesi, 3 no.lu dipnot, madde 35(1); Mülteci Protokolü, 4 no.lu dipnot, madde 2(1).

B. Mandate Mültecileri Kavramı

Mandate mültecileri iki kategoriye ayrılabilir: BMMYK Tüzüğü'nde belirtilen dar anlamda mülteciler (sözleşme mültecileriyle neredeyse özdeştir) ve BMMYK tarafından kendi yetkisiyle tanınan geniş anlamda olanlar. Her iki kategori de maddi kavramlardır. MSB'nin usule ilişkin yöntemi açısından, mülteci statüsünün ilk bakışta tanınması söz konusu olabilir; bu da çoğunlukla mülteci statüsüne uygunluğun bireysel olarak değerlendirilmesi yerine grup temelli bir değerlendirme yoluyla gerçekleştirilir. Ayrıca, BMMYK'nın yalnızca mültecilerden ziyade “ilgili kişiler” olarak adlandırılan grupları koruma yetkisi de bulunmaktadır; ancak bunların mandate mültecilerle ilişkisi tam olarak net değildir.

1. Dar Anlamda Mandate Mülteciler

Dar anlamda “mandate mülteciler”, BMMYK Tüzüğü'nün 6. paragrafında tanımlandığı üzere, Yüksek Komiserin yetki alanına giren kişilerdir. Bu paragrafın B bölümünde şu ifadeye yer verilmektedir:

“İrki, dini, tabiiyeti veya siyasi görüşü nedeniyle, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür bir korku taşımıyorsa, önceden yaşadığı ikamet ülkesine geri dönemeyen herhangi bir kişi.”^{49,50}

Bu tanım, 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin Madde 1A (2)⁵¹ maddesinde yer alan tanım ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak şu farklılıklar göze çarpmaktadır: Öncelikle, bu tanımda “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucu” ifadesiyle getirilen zaman sınırlaması bulunmamaktadır; ayrıca “belirli bir sosyal gruba mensubiyet” zulüm⁵² gerekçesi olarak yer almamaktadır; son

⁴⁹ Diğer herhangi bir kişi' BMMYK Tüzüğü'nün 6A paragrafı kapsamına girenler dışında kalan ve (i) daha önceki uluslararası antlaşmalar kapsamında mülteci olarak kabul edilen (Mülteci Sözleşmesi Madde 1A (1)'e karşılık gelen) veya (ii) 6A (ii)'de belirtilen ve 6B paragrafındaki tanımla neredeyse aynı olan “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda” (Mülteci Sözleşmesi Madde 1A (2)'ye karşılık gelen) tanıma uyan kişiler.

⁵⁰ BMMYK Tüzüğü, 45 no.lu dipnot, paragraf 6B.

⁵¹ SİMEON James C, “Refugee Adjudication under the UNHCR's Mandate and the Exclusion Dilemma”, *Cambridge Law Review*, Cilt 2, 2017 s.75-84 (BMMYK'nın Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ndeki mülteci tanımını pratikte uyguladığını ileri sürerek.)

⁵² Ancak, “konvansiyonel/sözleşmeye dayalı mülteci” teriminin kapsamına girenlerin aynı zamanda BMMYK'nın da yetki alanına girdiği ve bu nedenle bu noktanın önemli bir fark olarak görülmediği tespit edilmiştir (UNHCR, Refugee Status Determination: Identifying who is a refugee, Self-study module 2 (UNHCR 2005) 8).

olarak “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusunun” halihazırda mevcut olması şartı aranmamakta, geçmişte var olmuş olması da yeterli sayılmaktadır⁵³. Ayrıca, Tüzüğün 8. paragrafı Yüksek Komiserin bu tanıma giren mültecileri koruma yükümlülüğünü şart koşmaktadır. Bu koruma yükümlülüğünü yerine getirmek için, Yüksek Komiserin Tüzük kapsamındaki bir mültecinin kim olduğunu belirlemesi gerekir⁵⁴. Bu nedenle, dar anlamda mandate mülteciler için MSB gerçekleştirme yetkisi meşru kılınmaktadır⁵⁵.

2. Geniş Anlamda Mandate Mülteciler

Geniş anlamda mandate mülteci, “menşe ülkesi veya olağan ikamet ülkesi dışında bulunan ve genel şiddet veya kamu düzenini ciddi şekilde bozan olaylardan kaynaklanan yaşam, fiziksel bütünlük veya özgürlüğe yönelik ciddi ve ayırım gözetmeyen tehditler nedeniyle oraya dönmeleri mümkün olmayan kişiler” olarak tanımlanır.⁵⁶ Bu kişiler, Sözleşme mültecileri ve dar anlamdaki mandate mültecilerinden üç yönden farklıdır: (1) “haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu” (Mülteci Sözleşmesi madde 1A(2); BMMYK Tüzüğü para 6A(ii)) yerine, “yaşam, fiziksel bütünlük veya özgürlüğe yönelik ciddi ... tehditler’in” varlığı yeterlidir (bu tür tehditlerin varlığı Mülteci Sözleşmesi’nde olduğu gibi makul bir olasılıkla ortaya konmalıdır); (2) bu tür tehditlerin, genel şiddet veya kamu düzenini ciddi şekilde bozan olaylar gibi, devletin koruma sağlama kapasitesinin genellikle çöktüğü durumlarda ortaya çıkması gereklidir; bu, silahlı çatışma, hakimiyet veya müdahale, yabancı bir ülkenin işgali veya sömürgeleştirme ya da başka herhangi bir insan kaynaklı felaket sonucu olabilir; (3) bu tür tehditlerin ayırım gözetmeyebilir nitelikte olması (eğer seçici veya bireysel bir zarar riski varsa, çoğu durumda Mülteci Sözleşmesi uygulanabilir)⁵⁷.

⁵³ Tüzüğün 6B. paragrafının metni, “çünkü zulme uğrama konusunda sağlam bir korkusu vardır ya da vardır” (vurgulama eklenmiştir) şeklinde yer alırken, Sözleşme’nin 1A(2). maddesinin metni, “zulme uğrama konusunda haklı bir korkuya sahip olmasından dolayı” şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁴ High Commissioner’s Advisory Committee on Refugees, First Session 1951, Item 6 of the Agenda, “Memorandum by the High Commissioner on certain problems relating to the eligibility of refugees” (Conference Room Document No 1, 15 Kasım 1951) <www.unhcr.org/4419921c2.pdf> accessed 19 March 2021.

⁵⁵ UNHCR, “Note on Determination of Refugee Status”, 25 no.lu dipnot, paragraph 8 (“[BMMYK Tüzüğü kapsamında mülteci statüsünü belirleme yetkisi açıkça Mülteciler Yüksek Komiserliği’ne aittir.).

⁵⁶ UNHCR Division of International Protection, UNHCR Resettlement Handbook (Gözden geçirilmiş, UNHCR 2011) 81. Ayrıca bkz: UNGA, Note on International Protection, UN doc A/AC.96/830, 7 Eylül 1994, paragraph 31-32.

⁵⁷ UNHCR Resettlement Handbook, 56 no.lu dipnot, paragraph 89.

Bu tanım, Mülteci Sözleşmesi 1A(2) Maddesi kapsamındaki “zulüm” kavramının genellikle menşe ülkeye⁵⁸ ilişkin olumsuz bir değerlendirmesini gerektirmesi ve sıkça mülteci statüsünün tanınmasını zorlaştırması nedeniyle, sağlanan koruma kapsamını genişletmektedir.⁵⁹

3. Grup Temelli Değerlendirme Yoluyla Mülteci Statüsünün İlk Bakışta Tanınması

Prensip olarak, mülteci statüsünün değerlendirilmesi bireysel bazda yapılır. Ancak, çoğu zaman büyük bir insan grubu aynı anda kaçır ve içinde bulundukları koşullara bakılarak hepsi mülteci olarak kabul edilir. Bireysel olarak değerlendirilmeleri halinde her biri mülteci olarak tanınabilecek olsa da acil koruma ihtiyacı, grubun her bir üyesi için bireysel bir değerlendirme yapılmasını pratik ve imkânsız hale getirebilir. Bu gibi durumlarda, grup tanıma işlemi gerçekleştirilir ve aksi kanıtlanmadıkça grup üyeleri ilk bakışta mülteci olarak kabul edilir⁶⁰. İlk bakışta tanıma, geçici veya ara tanıma işleminden farklıdır ve bu nedenle, ilk bakışta tanınan bir kişi, tanıma geçerli olduğu sürece mülteci olarak tüm haklardan ve statüden yararlanabilir⁶¹.

4. İlgili Kişiler

BMMYK, Tüzüğü'nün kabulünden bu yana, çeşitli BM Genel Kurulu (UNGA) kararları sayesinde yetkisinin kapsadığı kişi kategorilerini genişletmiştir⁶². Sonuç olarak, günümüzde BMMYK'nın kişisel kapsamı sığınmacıları, geri dönenleri, vatansız kişileri ve belirli koşullar altında ülke içinde yerinden edilmiş kişileri içermektedir. Bu kişiler, mültecilerle birlikte, top luca “BMMYK'nın ilgilendiği kişiler” olarak adlandırılmaktadır.

Sığınmacılar, “mülteci statüsü henüz yetkili makamlarca belirlenmemiş olmakla birlikte, uluslararası koruma talebi, mülteci olabileceği ihtimaline dayanarak kendisine belirli bir koruma statüsü tanınmasını gerektiren kişileri; ya da bireysel mülteci statüsü belirlemenin mümkün olmadığı durumlarda, karma gruplar hâlinde kitlesel olarak sınırdan giren kişi gruplarını” ifade eder.⁶³

⁵⁸ Bu maddede, “menşe ülke” terimi, ya vatandaşı olduğu ülke ya da vatansız bir kişi söz konusu olduğunda, daha önce mutlak olarak ikamet ettiği ülke anlamına gelmektedir.

⁵⁹ Bakınız Obata, 2 no.lu dipnot, s. 121-124.

⁶⁰ UNHCR Resettlement Handbook, 56 no.lu dipnot, paragraph 77.

⁶¹ UNHCR, “Guidelines on International Protection No. 11: Prima Facie Recognition of Refugee Status”, **UN doc HCR/GIP/15/11, 24 Haziran 2015**, paragraph 7.

⁶² Bkz BMMYK Tüzüğü, 45 no.lu dipnot, paragraph 9.

⁶³ UNHCR, “Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and his Office”, Ekim 2013, paragraph 3-4 <www.refworld.org/docid/5268c9474.html> erişim tarihi 19 Mart 2021.

Bu kişiler, “Sığınmacı” teriminin ilk kez 1981 yılında BM Genel Kurulu kararında kullanılmasından bu yana BMMYK’nın yetki alanına dahil edilmişlerdir.⁶⁴

Geri dönenler, “menşe ülkelerine kendiliğinden veya organize bir şekilde geri dönen, ancak henüz tam anlamıyla topluma entegre olmamış⁶⁵ eski mültecileri” ifade eder. Bu tanım, Mülteci Sözleşmesi’nin artık kendilerine uygulanmadığı, çünkü Mülteci Statüsü Belirlemelerinin (MSB) temel aldığı koşulların sona erdiği durumları da kapsar.⁶⁶ Başlangıçta, BMMYK’nın görevinin, geri dönüş süreci tamamlandığında sona erdiği düşünülse de geri dönenlerin durumlarının izlenmesi de 1985 yılında BMMYK Yürütme Komitesi’nin⁶⁷ bir sonucu ve bir BM Genel Kurul kararı ile yetki alanına dahil edilmiştir.⁶⁸

Vatansız kişiler arasında, mülteci olarak nitelendirilenler başlangıçta BMMYK’nın yetki alanına dahil edilmiştir. Ancak artık mülteci olarak değerlendirilmeyen vatansız kişiler de bu kapsama girmiştir. Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin 1961 Sözleşmesi uyarınca, “Sözleşmeden yararlanma talebinde bulunan bir kişinin talebinin sunulmasında ve incelenmesinde destek sağlayacak bir kuruluşun, Birleşmiş Milletler çerçevesinde⁶⁹ kurulması” öngörülmüştür ve daha sonra BMMYK, bir BM Genel Kurulu kararı⁷⁰ ile bu rolü üstlenmiştir⁷¹.

Ülke içinde yerinden edilmiş kişiler, “özellikle silahlı çatışmaların etkileri, yaygın şiddet durumları, insan hakları ihlalleri veya doğal ya da insan kaynaklı afetler nedeniyle kaçmak veya evlerini ya da alışılmış ikamet yerlerini terk etmek zorunda kalan, ancak uluslararası olarak tanınan bir sınırı geçmemiş olan kişi ya da kişi gruplarıdır.”⁷²

⁶⁴ UNGA res A/RES/36/125, 14 Aralık 1981, paragraph 5(a), 6, 13.

⁶⁵ UNHCR, ‘Note on the Mandate’ (63.no.lu dipnot) 7.

⁶⁶ Mülteci Sözleşmesi (3 no.lu dipnot), madde 1C(5)(6).

⁶⁷ UNHCR, Executive Committee Conclusion, No 40 (XXXVI), “Voluntary Repatriation” (1985) para. (I).

⁶⁸ BM Genel Kurulu res A/RES/40/118 (13 Aralık 1985) para. 7

⁶⁹ Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme (kabul tarihi 30 Ağustos 1961, yürürlüğe giriş tarihi 13 Aralık 1975) 989 UNTS 175, madde 11.

⁷⁰ UNGA res 3274 (XXIX) (10 Aralık 1974); UNGA res A/RES/31/36, 30 Kasım 1976.

⁷¹ Genel olarak Bkz, UNHCR, Executive Committee Conclusion, No 78 (XLVI), “Prevention and Reduction of Statelessness and the Protection of Stateless Persons” (1995); UNHCR Executive Committee Conclusion No 106 (LVII), “Conclusion on Identification, Prevention and Reduction of Statelessness and Protection of Stateless Persons” (2006).

⁷² UNHCR Resettlement Handbook, 56 no.lu dipnot, paragraph 24, atıfta bulunulan: UNHCR, Guiding Principles on Internal Displacement, ADM 1.1, PRL 12.1, PR00/98/109, 22 Temmuz 1998, 5.

Her ne kadar yerinden edilme sebepleri geniş anlamda mültecilere benzer olsa da, ülke içinde yerinden edilmiş kişiler kendi ülkelerinde kalır ve uluslararası sınırları geçmezler. BMMYK'nın bu kişiler için genel veya münhasır bir yetkisi bulunmamakla birlikte, her bir BM Genel Kurul kararıyla verilen yetkilendirmeler temelinde faaliyet göstermektedir.⁷³

BMMYK'nın müdahalesi, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri veya Birleşmiş Milletler'in yetkili ana organlarının belirli talepleri üzerine ve ilgili devletin rızasıyla, diğer ilgili kuruluşların yetki ve uzmanlıklarının tamamlanmasıyla göz önünde bulundurarak ve özellikle bu tür çabaların mülteci sorunlarının önlenmesine veya çözümüne katkıda bulunabileceği durumlarda, BMMYK'nın özel uzmanlık gerektiren alanlarında izin verilebilir.⁷⁴ Birleşmiş Milletler Kuruluşlararası Daimi Komitesi'nin Küme Yaklaşımı çerçevesinde (uluslararası insani yardım çalışmalarında yer alan çeşitli kuruluşlardan her bir küme için öncü kuruluşların belirlenmesi ve sorumlulukların netleştirilmesi), BMMYK hâlihazırda koruma kümesi için öncü kuruluş rolünü üstlenirken, aynı zamanda acil tahliye alanı kümesinin öncü kuruluş rolünü Uluslararası Kızılhaç ve Kızılay Dernekleri Federasyonu ile birlikte paylaşmakta ve mülteci kamp koordinasyonu ve kamp yönetimi kümesinin öncü kuruluş rolünü ise Uluslararası Göç Örgütü ile ortaklaşa yürütmektedir.⁷⁵

Bunun yanı sıra, BMMYK, BM Genel Kurulu kararı veya gerekli görüldüğü hallerde BM Genel Sekreteri'nin talebi üzerine, geleneksel yetki alanına girmeyen kişilere “iyi niyet misyonu” aracılığıyla destek sağlayabilir.

Yukarıda belirtilen “ilgili kişiler” arasında mülteci olanlar ve olmayanlar arasındaki ayrım en azından teoride nettir. Bununla birlikte, BMMYK Yeniden Yerleştirme El Kitabı'nda “BMMYK, belirli koşullar altında ilgili kişileri⁷⁶ belirleme yetkisi kapsamında MSB işlemi de gerçekleştirebilir” ifadesi yer almaktadır ve bu ifade, mülteci olmayan kişilerin de mülteci statüsü almaya hak kazanabileceğini göstermektedir⁷⁷. Bunun doğru olmaması muhtemeldir çünkü bu ifade, mülteci olmayan “ilgili kişilerin” de yeniden

⁷³ UNHCR, “Note on the Mandate”, 63 no.lu dipnot, s. 9.

⁷⁴ BM Genel Kurulu res A/RES/48/116, 20 Aralık 1993, paragraph 12.

⁷⁵ UNHCR, ‘Operational Guidelines for UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement’, **UN doc UNHCR/OG/2016/2**, 1 Şubat 2016, 3.

⁷⁶ UNHCR Resettlement Handbook, 56 no.lu dipnot, s.75.

⁷⁷ ibid 75 fn 1 (‘Sığınmacılar ve mültecilerin yanı sıra, “BMMYK’nın ilgi alanındaki kişiler” arasında geri dönenler, vatansız kişiler ve belirli koşullar altında ülke içinde yerinden edilmiş kişiler de yer almaktadır’).

yerleştirme dahil olmak üzere BMMYK koruma politikalarına uygun olduğunu ve bu kişilerin belirlenmesinin de MSB için izlenen prosedürlere benzer bir şekilde yürütüleceğini ifade etmektedir.

C. BMMYK'nın MSB'si ile Devletlerin Sözleşme MSB'si Arasındaki İlişki

Mandate mültecilerinin BMMYK tarafından tanınması, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'nden bağımsız olarak gerçekleştirildiği için, bir kişinin ya sözleşme mültecisi ya da mandate mültecisi ya da her ikisi olarak tanınması mümkündür⁷⁸. Ancak, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ne taraf olan devletlerde, mültecilerin korunması öncelikle devletin sorumluluğundadır⁷⁹ ve BMMYK tarafından sağlanan koruma yalnızca tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, eğer bir kişi taraf bir devlet tarafından sözleşme mültecisi olarak tanınmışsa, bu kişinin BMMYK tarafından tekrar mandate mültecisi olarak tanınması gerekli olmayacaktır. Buna karşılık, bir devletin, BMMYK'nın mandate mültecisi olarak tanımayı reddettiği bir kişinin, taraf bir devlet tarafından sözleşme mültecisi olarak tanınması son derece düşük bir ihtimaldir; çünkü dar anlamda mandate mülteci ve sözleşme mülteci tanımları büyük ölçüde örtüşmektedir.

BMMYK'nın MSB yetkisi şu durumlarda yapılır:

1951 Sözleşmesi/ 1967 Protokolü'ne taraf olmayan ülkelerde; veya 1951 Sözleşmesi/ 1967 Protokolü'ne taraf olan, ancak sığınma belirleme prosedürlerinin henüz oluşturulmadığı ülkelerde; veya ulusal sığınma belirleme sürecinin açıkça yetersiz olduğunda veya belirleme işlemlerinin 1951 Sözleşmesinin hatalı bir yorumuna dayandığı ülkelerde; veya Yeniden yerleştirme gibi kalıcı çözümlerin uygulanması için bir önkoşul olarak.⁸⁰

BMMYK, MSB yetkisini kullanırken, ev sahibi devlet ile BMMYK'nın kendi topraklarında MSB yetkisini kullanmasına izin veren anlaşmalar veya

⁷⁸ UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, **UN doc HCR/1P/4/ENG/REV, 4 Nisan 2019**, paragraph 16-17.

⁷⁹ UNHCR, "Note on Determination of Refugee Status", 25 no.lu dipnot, para 7; UNHCR, "Executive Committee, 'Refugee Status Determination'", **UN doc EC/67/SC/CRP.12, 31 May 2016**, para 14.

⁸⁰ UNHCR, Refugee Status Determination, 52 no.lu dipnot, s. 11.

mutabakat zabıtları imzalar ya da bir şekilde onayını alır.⁸¹ Bununla birlikte, bazı durumlarda BMMYK, açık onay alamamakta ve hatta ev sahibi devletin iradesine aykırı MSB'ler gerçekleştirmektedir.⁸² Bu muhtemelen, mülteci korumasının, toprak egemenliğine dayalı göç kontrolünü sınırlaması⁸³ ve ulusal çıkarlarla gerilim yaratabilmesinden kaynaklanmaktadır.⁸⁴

Bununla birlikte, istatistikler BMMYK'nın MSB yetkisinin hiçbir şekilde tamamlayıcı olmadığını göstermektedir. BMMYK'nın 2014 yılı istatistiklerine göre, verilerin mevcut olduğu 173 ülke ve bölgenin 103'ünde (%60) mülteci statüsü devlet tarafından, 51'inde (%29) BMMYK tarafından, 19'unda (%11) ise devlet ve BMMYK tarafından ayrı ayrı ya da birlikte belirlenmiştir.⁸⁵ Dünya genelinde MSB için yapılan yaklaşık 1.661.300 başvuru ve itirazın 1.402.800'ü devletlere, 245.600'ü BMMYK'ya ve 12.900'ü bir devlet ve BMMYK'ya ortaklaşa yapılmıştır; yani BMMYK'ya yapılan başvurular toplamın %15'ini oluşturmaktadır.⁸⁶ Bu başvurulara cevaben alınan yaklaşık 1.061.400 esasa ilişkin kararın 957.400'ü devletler tarafından, 99.600'ü BMMYK tarafından ve 4.400'ü ortaklaşa alınmıştır; BMMYK'nın oranı %9'dur.⁸⁷ Yalnızca Rusya (274.744) 2014 yılında BMMYK'dan daha fazla başvuru almıştır⁸⁸ ve bu da BMMYK'nın MSB yetkisinin önemini ortaya koymaktadır.

⁸¹ SMRKOLJ, 44 no.lu dipnot, s.173-174.

⁸² ALEXANDER Micheal, "Refugee Status Determination Conducted by UNHCR", *International Journal of Refugee Law*, Cilt 11, Sayı 2, Nisan 1999, s. 251-252.

⁸³ TAKEUCHI Mari 'Nammin Jōyaku' [Mülteci Sözleşmesi], 2015, s.423, Hōgaku Kyōshitsu, s.113-115, içinde yeniden basıldı MORI Tadashi ve diğ./et al. (eds), *Bun'ya-betsu Kokusai Jōyaku Hando Bukku [Uluslararası Antlaşmalar El Kitabı]*, Yūhikaku, 2020, s. 97 (Japonya).

⁸⁴ KAGAN Micheal, "(Avoiding) The End of Refugee Status Determination" *Journal of Human Rights Practice*, Cilt 9, Sayı 2, Temmuz 2017, s.197-198.

⁸⁵ UNHCR, UNHCR Statistical Yearbook 2014 (14th edn, UNHCR 2015) 51 <www.unhcr.org/statistics/country/566584fc9/unhcr-statistical-yearbook-2014-14th-edition.html> erişim tarihi 19 Mart 2021. Her bir ülke ve bölge hakkında spesifik ayrıntılar için bkz. a.g.e., Excel Ek Tabloları, tablo 10, <www.unhcr.org/statisticalyearbook/2014-annex-tables.zip> erişim tarihi 19 Mart 2021. BMMYK İstatistik Yıllığı'nın son baskısı 2016 baskısı olmasına rağmen (7 no.lu dipnot), format değiştiği ve BMMYK'nın Mülteci Statüsü Belirleme yetkisine ilişkin rakamlar 2016 baskısında bulunmadığı için 2014 baskısını kullanıyorum.

⁸⁶ UNHCR, Statistical Yearbook, 2014, 85 no.lu dipnot, s.52.

⁸⁷ ibid 54.

⁸⁸ İbid, Excel Annex Tables, tablo 9.

D. Mülteci Statüsü Belirleme Yetkisinin Etkileri

Eğer bir kişi, mandate mülteci statüsü için gerekli şartları karşıladığı kabul edilirse, sahibinin mülteci olduğunu belgelemek için bir BMMYK mülteci kimlik belgesi düzenlenir⁸⁹. Ancak, yukarıda tartışıldığı üzere, mandate mültecileri Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü ile bağlantılı olmadığından ve çoğu durumda ulusal hukuk tarafından onaylanmadığından, mandate mülteci statüsünün yasal etki ve sonuçlarının ne olduğu her zaman net değildir. Bazen, bu statünün esas etkisinin, geri göndermeme ilkesinin uygulanması, kalıcı çözümler ve sosyal ve ekonomik destek gibi BMMYK'nın koruma politikalarından yararlanma hakkına sahip kişileri tanımlamak olduğu açıklanır⁹⁰. Bunlardan ilk iki etki, devletin toprak egemenliğiyle olan ilişkiyi içerebildikleri için aşağıda tartışılmaya değerdir, ancak üçüncü etkiyi daha fazla detaylandırmayacağım çünkü bu doğrudan BMMYK tarafından sağlanan bir destek olup devlet egemenliğiyle doğrudan çelişkili görünmemektedir.

1. Geri Göndermeme İlkesinin Uygulanması

Geri göndermeme ilkesi, Mülteci Sözleşmesi'nin 33. Maddesi'nde yer almaktadır. Bu ilke, bir mültecinin hayatının veya özgürlüğünün tehdit altında olabileceği bir ülkeye veya bölgeye sınır dışı edilmesini veya geri gönderilmesini yasaklar. Bu ilkenin uluslararası hukuk kapsamında emredici bir norm (jus cogens)⁹¹ olup olmadığı konusunda akademisyenler arasında görüş birliği olmasa da, geri göndermeme ilkesinin en azından uluslararası teamül hukuku⁹² olduğu ve dolayısıyla Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ne taraf olmayan devletler için bile bağlayıcı olduğu genel olarak kabul edilmekte-

⁸⁹ UNHCR, Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate, 2003 paragraph, 8.1.

⁹⁰ KAGAN Micheal, "The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination", *International Journal of Refugee Law*, Cilt 18, Sayı 1, 2006 s.1, 4.

⁹¹ Ayrıntılı bir açıklama için bakınız: COSTELLO Cathryn/ FOSTER Michelle, "Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test", *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, 2016, Cilt 46, s.306-309 (yasağın jus cogens teşkil ettiğini savunmaktadır). Ayrıca bakınız: J CRIDDLE Evan/ FOX-DECENT Evan, "Fiduciaries of Humanity: How International Law Constitutes Authority" *New York: Oxford University Press*, 2016, (Chapters 1 & 7), s. 268-270 (insanlık adına hareket eden egemen devletlerin güvene dayalı teoriye dayanarak geri göndermeme ilkesinin teamül niteliğini ve jus cogens statüsünü açıklamaktadır).

⁹² Goodwin-Gill and McAdam (n 6) 346.

dir.⁹³ Ancak gerçekte, kendi başına MSB yapamayan ve mültecilerin korunmasına ilişkin ulusal yasaların mevcut olmadığı ülkelerde, devletin Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ne taraf olup olmadığına bakılmaksızın, geri göndermeme ilkesine gönüllü olarak uyulması pek olası değildir. Bu nedenle BMMYK, mandate mülteci olarak tanınan kişilere geri göndermeme ilkesinin uygulanmasını talep etmek için ev sahibi⁹⁴ devletle bireysel olarak anlaşmalar yapmaktadır.

Örneğin, Mısır, 1981 yılında Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ne taraf olmadan önce, 1954 yılında BMMYK ile anlaşma yaparak, BMMYK tarafından tanınan mültecilere ikamet izni vermeyi kabul etmiştir.⁹⁵ BMMYK, geri göndermeme ilkesine uyulması konusunda Mısır hükümetine yardımcı olurken, Mısır'ın daimi ikamet izni vermeyi reddetmesi nedeniyle mültecilerin üçüncü ülkelere yerleştirilmesini sağlamaya çalışmaktadır.

Buna karşılık Lübnan, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ne taraf değildir ve 2003 yılına kadar mültecilere veya sığınmacılara kısa süreli kalışlar için bile ikamet izni vermemiştir. 2000'li yılların başlarında, mülteci veya sığınmacı olmalarına bakılmaksızın yasa dışı göçmenlere yönelik bir baskı uyguladığı ve özellikle yüzlerce kişinin Irak'a sınır dışı edildiği bildirilmiştir. BMMYK'nın bazı durumlarda gözaltına alınan mülteci ve sığınmacılarla görüşme yapma talebi reddedildi. Ancak, 2003 yılında BMMYK ile Lübnan Devleti arasında, mülteci ve sığınmacılara en fazla 12 ay süreyle ikamet izni verilmesine ve BMMYK'nın gözetim altında tutulan kişilere erişiminin garanti altına alınmasına izin veren bir mutabakat zaptı imzalandı.

Böyle bir anlaşmanın yokluğunda, mandate mülteci olarak tanınan kişilere yapılacak muamele genellikle her ülkenin kendi iç hukukuna bağlıdır.

⁹³ LAUTERPACHT Elihu/Daniel BETHLEHEM Daniel "The scope and content of the principle of non-refoulement; Opinion" (içinde) FELLER Erika ve diğ./et al. (eds) **Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection**, CUP, 2003, s. 149.

⁹⁴ Ev sahibi ülkede yerel bir ofis açarken, BMMYK bazen o ülkenin hükümetiyle kapsamlı bir işbirliği anlaşmasına ek olarak, 'mültecilerin durumunu iyileştirmek ve koruma gerektiren sayıyı azaltmak için hesaplanan her türlü tedbirin uygulanmasını teşvik etmek' (BMMYK Tüzüğü para 8(b)) amacıyla özel anlaşmalar imzalar. Geri göndermeme ilkesinin uygulanması genellikle bu özel anlaşmalara dahil edilir. Bkz: ZIECK Marjoleine, **UNHCR's Worldwide Presence in the Field: A Legal Analysis of UNHCR's Cooperation Agreements**, Wolf Legal Publishers 2006, s.52-53, 62-70.

⁹⁵ Mısır ve Lübnan'dan verilen örneklerin hepsi Kagan'da belirtildiği gibidir. 90 no.lu dipnot, s. 4-6.

2005 yılında Japon hükümeti, Türkiye’den gelen Kürtler olan Ahmet Kazankıran ve en büyük oğluna, Japonya’nın GKMKKT’sı kapsamında sözleşme mülteci statüsü vermeyi reddetmesi ve BMMYK tarafından mandate mülteci olarak tanınmış olmalarına rağmen onları Türkiye’ye sınır dışı etmesi nedeniyle geri göndermeme ilkesinin ihlal ettiği gerekçesiyle BMMYK⁹⁶ tarafından eleştirildi⁹⁷. Buna karşılık, Japonya Adalet Bakanlığı Göç Bürosu Genel Müdürlüğü, Kazankıranlıların sınır dışı edilmesinin geri göndermeme ilkesini ihlal etmediğini, çünkü Japon mahkemesinin onların sözleşmeye dayalı mülteci olmadıklarına dair açık bir karar verdiğini belirtti⁹⁸. Bu fikir alışverişinde tartışılan konu, geri göndermeme ilkesinin ihlal edilip edilmediği değil, Japonya’nın ilgili kurumunun Kazankıranlıların mülteci olup olmadığını incelerken BMMYK’nın MSB yetkisinin ne tür yasal sonuçlar doğurduğuydu. Japon hükümetinin (Göç Bürosu Genel Müdürlüğü) iddiası, Japon mahkemeleri tarafından müteaddit defalar BMMYK’nın belirlemesinin, sözleşmeye dayalı mülteci statüsünün yerel kurum tarafından incelenmesi üzerinde hiçbir hukuki etkisi olmadığı şeklinde yapılan yorumun yalnızca bir sonucudur. Bu noktaya daha sonra tekrar döneceğim (aşağıda Bölüm III 1).

2. Kalıcı Çözümler

BMMYK, mülteciler için kalıcı çözümler olarak üç farklı şekilde destek sağlar: mültecilerin menşe ülkelerine güvenli ve onurlu bir şekilde geri döndükleri ve ulusal korumadan⁹⁹ yeniden yararlandıkları gönüllü geri dönüş; mültecilerin ev sahibi ülkeye yasal, ekonomik ve sosyal olarak entegre oldukları yerel entegrasyon; ve mültecilerin seçilip, korundukları ülkeden,

⁹⁶ UNHCR, “Deep concern over refugee deportation from Japan”, **Press Release**, 8 Ocak 2005, <www.unhcr.org/news/press/2005/1/41ed2b804/unhcr-deep-concern-refugee-deportation-japan.html> erişim tarihi, 19 Mart 2021.

⁹⁷ Arakaki 20 no.lu dipnot, 216-7. Kazankıranlıları destekleyenlerin raporları için bkz: Kurudo-jin Nanmin Ni-kazoku o Shien suru Kai [İki Kürt Aileyi Destekleme Derneği] (ed), Nanmin o oitsumeru Kuni: Kurudo-jin Nanmin suwarikomi ga uttaeta mono [Mültecileri Ezip Geçen Ülke: Kürt Mültecilerin Sitin’inin Çağrısı] (Ryokufu Shuppan 2005); Bakkudoroppu Kurudisutan [Arka plan: Kürdistan], Masaru Nomoto tarafından yönetilen belgesel film (Uplink 2007) (Japan).

⁹⁸ Adalet Bakanlığı Göç Kontrol Bürosu Genel Müdürü Masaharu Miura tarafından Japonya’daki BMMYK Temsilciliğine gönderilen belge (25 Ocak 2005), Ulusal Diyet Kütüphanesi Web Arşivleme Projesinde (WARP) toplanmış ve saklanmaktadır. <warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/285792/www.moj.go.jp/NYUKAN/nyukan34-01.pdf> erişim tarihi, 19 Mart 2021 (Japonya).

⁹⁹ Geri dönenlerin izlenmesi, yukarıda Bölüm 2 (4) altında ele alındığı üzere BMMYK’nın yetki alanına dahildir.

onları kalıcı ikamet statüsüyle kabul etmeyi kabul eden üçüncü bir ülkeye transfer edildiği yeniden yerleştirme¹⁰⁰. Gönüllü geri dönüş, geri dönen mültecilerin genellikle kendi ülkelerinin vatandaşlığına veya kalıcı ikamet için başka bir niteliğe sahip olmaları nedeniyle devletin ülkesel egemenliğini etkilemez. Ne yerel entegrasyon ne de yeniden yerleştirme, devletin ülkesel egemenliğine çelişmez çünkü mültecilerin kabul edilmeyi talep etme hakları yoktur ve devlet onları kabul etmek zorunda değildir. Bir kişinin yeniden yerleştirmeye uygun olabilmesi için BMMYK tarafından mandate mülteci olarak tanınmış olması ve tüm kalıcı çözüm olasılıkları değerlendirildikten sonra yeniden yerleştirmenin en uygun çözüm olarak belirlenmiş olması gerekir¹⁰¹. Aday ev sahibi ülke genellikle kendi taramasını da yapar¹⁰².

III. BMMYK’NIN YETKİSİ KAPSAMINDAKİ MSB’NİN, DEVLETLERİN SÖZLEŞME KAPSAMINDAKİ MSB’SİNE YASAL ETKİLERİ

Yukarıda açıklandığı üzere, Sözleşme kapsamındaki mülteci statüsünün belirlenmesi, BMMYK’ya değil, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü’ne taraf devletlere aittir (Bölüm I 2 ve II 1). Mandate mülteci statüsünün belirlenmesi yalnızca BMMYK’nın yetkisi altında gerçekleştirilir ve sözleşmeye dayalı MSB’nin yerini alamaz. Bununla birlikte, koruma ihtiyacı sözleşme mültecileri ile mandate mültecileri arasında farklı değildir. Bu durum, dar anlamda mandate mültecisi kavramı ile sözleşme mültecisi kavramının neredeyse aynı olması (Bölüm II 2 (1)) ve mülteci korumasının merkezinde yatan geri göndermeme ilkesinin uygulanmasının yalnızca sözleşme mültecileri için değil, aynı zamanda mandate mültecileri için de güçlü bir şekilde gerekli olması nedeniyle (Bölüm II 4 (1)) daha da belirgin hale gelir.

Mülteci Sözleşmesi ve Protokolüne taraf bir devlet, daha önce BMMYK tarafından mandate mültecisi olarak tanınmış bir kişinin sözleşme mültecisi olarak tanınmak üzere yaptığı başvuruyu değerlendirirken bu kişiye nasıl

¹⁰⁰ Bkz. örneğin, UNHCR, **Resettlement Handbook** (56 no.lu dipnot) 28.

¹⁰¹ ibid 75.

¹⁰² Örneğin, Japonya’da yeniden yerleşme izni koşulları için bkz. Daisankoku Teijū ni yoru Nammin no ukeire no Jisshi ni tsuite’ Mültecilerin Yeniden Yerleştirme Yoluyla Kabulüne İlişkin, Bakanlar Kurulu Mutabakatı, 4 Ocak 2014, <www.cas.go.jp/jp/seisaku/nanmin/pdf/140124ryoukai.pdf> erişim tarihi 19 Mart 2021. Birleşik Krallık’tan bir örnek için bkz: BIANCHINI Katia, “The Mandate Refugee Program: a Critical Discussion”, **International Journal of Refugee Law**, Cilt 22, Sayı 3, Ekim 2010, s. 367. Her bir devlet tarafından uygulanan kabul koşulları için bkz. UNHCR, **Resettlement Handbook** (56 no.lu dipnot) Country Chapters.

davranmalıdır? Başka bir deyişle, BMMYK'nın MSB yetkisinin devletlerin sözleşme kapsamında yaptığı MSB üzerinde ne gibi hukuki etkileri vardır? Bu soruyu yanıtlamak için Japon ve İngiliz mahkemelerinden emsal kararları analiz ediyorum.

A. Japonya

Japonya Yüksek Mahkemesi, BMMYK'nın MSB yetkisinin Japon hukukunda nasıl ele alınacağı konusunda bir karar vermemiştir, ancak alt mahkemeler tarafından verilmiş çeşitli emsal kararlar bulunmaktadır. Bu kararların ana noktaları şu şekilde özetlenebilir: (i) BMMYK'nın mülteci statüsüne ilişkin belirlemesi, devlet makamları¹⁰³ üzerinde bağlayıcı değildir ve GKMTS (bkz. Bölüm I 1) kapsamında MSB yapma yetkisine sahip olan Japonya Adalet Bakanlığı, bir sığınmacının Sözleşme mültecisi olup olmadığına kendi başına karar verebilir¹⁰⁴. (ii) MSB başvurusunda bulunan kişinin ispat yükü¹⁰⁵ esasen başvuru sahibine aittir; bu yük BMMYK tarafından yapılan statü belirlemesi gerekçe gösterilerek, Adalet Bakanlığı'na devredilemez.¹⁰⁶ (iii) Ancak, başvuranın daha önce BMMYK tarafından mandate mülteci olarak tanınmış olması, Adalet Bakanlığı'nın başvuruyu değerlendirirken dikkate alması gereken etkenlerden biri olarak kabul edilmelidir¹⁰⁷.

Yukarıda defalarca tartışıldığı üzere, (i), BMMYK'nın MSB yetkisinin Mülteci Sözleşmesi ve Protokolüne dayanmadığı gerçeğinin mantıksal bir sonucudur. Bulgaristan¹⁰⁸ ve Fransa¹⁰⁹ gibi diğer ülkeler, BMMYK'nın MSB

¹⁰³ Tōkyō Kōtō Saibansho [Tokyo High Court], 20 January 2005, Heisei 16 (2004) (Gyō-ko) No 113, LEX/DB 28101882 adresinde mevcut. Bu, aynı zamanda, Adalet Bakanlığı'nın, başvuranın mülteci olduğunu reddetmek için, BMMYK'nın MSB yetkisi başvurusu hakkında henüz bir karar vermemiş olmasına dayanamayacağı anlamına gelmektedir (Nagoya Chihō Saibansho [Nagoya Bölge Mahkemesi], 25 Eylül 2003, Heisei 14 (gyō-u) No 19, 1148 Hanrei Taimuzu 139).

¹⁰⁴ Tōkyō Kōtō Saibansho [Tokyo High Court], 20 September 2000, Heisei 11 (gyō-ko) No 103, 47 Shōmu Geppō 3723.

¹⁰⁵ Japon hukukunda mülteciliğin ispat yüküne ilişkin genel tartışma ve içtihat hakkında bkz. ARAKAKI, 20 no.lu dipnot, s.142-148; SAKAMOTO, 35 no.lu dipnot, s.319-320, 323-327.

¹⁰⁶ Ōsaka Chihō Saibansho [Osaka District Court], 27 March 2003, Heisei 12 (gyō-u) No 13, 1133 Hanrei Taimuzu 127; Ōsaka Kōtō Saibansho [Osaka High Court], 10 February 2004, Heisei 15 (gyō-ko) No 36, 51 Shōmu Geppō 80.

¹⁰⁷ Ōsaka Chihō Saibansho, 27 March 2003 (n 106); Ōsaka Kōtō Saibansho, 10 February 2004 (n 106).

¹⁰⁸ İltica ve Mülteciler Kanunu'nun 10. Maddesi, "Bulgaristan Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından mülteci olarak tanıyan yabancılara da mülteci statüsü verileceğini" öngörmektedir (İltica ve Mülteciler Kanunu

yetkisinin etkisini kendi iç hukuklarında tanımaktadır, ancak bunun nedeni, ulusal mevzuatlarının bunu öngörmesidir ve uluslararası hukuk, hiçbir şekilde böyle bir mevzuatın çıkarılmasını gerektirmemektedir.

(ii), (i)’den türetilmiştir. Ancak, sığınmacıların iddialarını destekleyecek etkili kanıtlar sunmakta karşılaştıkları güçlükler göz önünde bulundurulduğunda, ispat yükünün her zaman başvuru sahibinde olması başvuru sahibine haksızlık olarak geri dönebilir. Başvuru sahibine yüklenen külfeti hafifletecek teknikler düşünmek mümkündür. Bu tür teknikler, BMMYK tarafından tanınan bir mandate mülteci statüsüne sahip olan başvuru sahibinin aynı zamanda bir sözleşme mültecisi olduğuna dair fiili bir karineyi de içerebilir. Bu durumda, ilgili başka delillerle çürütülmediği sürece başvuru sahibine sözleşmeye dayalı mülteci statüsü verilmelidir. Ancak, böyle bir karine Japon idari makamları ve mahkemeleri tarafından benimsenmemektedir.

(iii) de makul olarak kabul edilebilir çünkü dar anlamda mandate mülteci statüsü (bkz. Bölüm II 2 (2)) ile sözleşmeli mülteci statüsünün gereklilikleri büyük ölçüde örtüşmektedir¹¹⁰. Bununla birlikte, (iii) maddesini öne süren kararların hiçbiri, “mandate MSB yapılmış olmasının dışında, bunun mülteci statüsü belirlemede [Adalet Bakanlığı tarafından] dikkate alınması gereken bir faktör olduğuna” dair daha fazla açıklama yapmamıştır ve bu durumdan herhangi bir sonuç çıkarılmamıştır. Bu kararlar, MSB yetkisinin nasıl dikkate alınması ve buna ne kadar ağırlık verilmesi gerektiği konusuna açıklık getirmemiştir. Bazı mahkemeler, BMMYK’nın tespitini dayandırdığı materyal ve bilgilerin belirsiz¹¹¹ olduğuna işaret ederek, bu da tespitin ulusal

(2007 yılında değiştirilmiştir) [Bulgaristan], 16 May 2002, art 10 <www.unhcr.org/refworld/docid/47f1faca2.html> erişim tarihi 19 Mart 2021, “Ulusal hukuk ve uygulama...” (aşağıda alıntılanmıştır, 120 no.lu dipnot, para 9).

¹⁰⁹ Yabancıların ülkeye girişleri, ülkede kalışları ve iltica haklarına ilişkin kanunun L711-1. Maddesine göre “özgürlük lehindeki faaliyetleri nedeniyle zulme uğrayan herkes, 14 Aralık 1950 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Tüzüğünün 6. ve 7. Maddelerinde belirtildiği üzere Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin görev alanına giren veya Mültecilerin Statüsüne ilişkin 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinin 1. Maddesinde belirtilen tanıma uyan herkes mülteci olarak kabul edilir. Bu kişilerin durumu, yukarıda bahsi geçen Cenevre Sözleşmesi’nin mültecilere uygulanan hükümleri ile düzenlenir. (Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, art L 711-1, aşağıda alıntılanmıştır, 120 no.lu dipnot, para 17).

¹¹⁰ SAKAMOTO, 35 no.lu dipnot, s.330.

¹¹¹ Nagoya Chihō Saibansho [Nagoya Bölge Mahkemesi], 16 January 2002, Heisei 12 (2000) (Gyō-u) No 24, Saibansho Saibanrei Jōhō [Saibansho Web] <www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=7793> accessed 19 March 2021; Tōkyō Kōtō Saibansho, 20 January 2005, 103 no.lu dipnot.

mahkemeler tarafından dikkate alınabilmesi için gerekli koşulun eksik olduğunu belirtmiştir. Bu mahkemelere göre, dikkate alınabilecek şey, başvurunun mandate mülteci olduğu sonucuna varan BMMYK'nın kararı değil, bu sonuca ulaşırken dayandığı gerekçelerdir. Bu, ulusal makamların BMMYK'nın kararlarıyla hiçbir şekilde bağlı olmaması bakımından (i) maddesinin mantıksal bir sonucudur.

B. Birleşik Krallık: IA DAVASI

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin 2014 tarihli bir kararı, BMMYK'nın Mülteci Statüsü Belirleme yetkisinin ulusal mülteci tanıma prosedürü üzerindeki önemini daha açık hale getirmeyi ve BMMYK'nın Mülteci Statüsü Belirlemesini dayandırdığı bilgi ve belgeleri ulusal mahkemelere sunup sunmaması gerektiği ve nasıl sunması gerektiğini incelemeyi amaçladığı için ilginçtir.

1. Olaylar

Söz konusu dava IA v İçişleri Bakanlığı Devlet Sekreteri davasıdır. İranlı bir Kürt olan IA, önceki yıllarda İran Kürdistan Demokrat Partisi (KDPI) ile olan ilişkisi nedeniyle İran hükümeti tarafından zulme uğrama riskiyle karşı karşıya olduğunu iddia etmiş ve bu gerekçelerle, 2007 yılında Türkiye üzerinden İskoçya'ya vardığında Birleşik Krallık Devletine mülteci statüsü ve sığınmanın¹¹² tanınması için başvuruda bulunmuştur. Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı Devlet Sekreteri'nin (bundan böyle "İçişleri Bakanlığı" olarak anılacaktır) 10 Kasım 2008 tarihinde başvurusunu reddetmesi üzerine, IA bu ret kararına karşı itiraz başvurusunda bulunmuştur. İtiraz gerekçelerinden biri, İçişleri Bakanlığı'nın, kendisinin İngiltere'ye ulaşmadan önce 1998 yılında Kürdistan'daki ve 2003 yılında Türkiye'deki yerel BMMYK ofisleri tarafından mandate mülteci olarak tanınmış olduğu gerçeğini dikkate almamış olmasıydı. Bu noktaya odaklanarak, İltica ve Göç Mahkemesi, Court of Session¹¹³ ve Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararları analiz ediyorum.

¹¹² Birleşik Krallık'ta mülteci statüsünün belirlenmesi için yapılan başvuru ile sığınma başvurusu eş anlamlıdır (MACDONALD Ian/ TOAL Ronan (eds), **Immigration Law and Practice in the United Kingdom**, Cilt, 1, 9th ed., LexisNexis 2014, para 12.2.

¹¹³ Ç.n: İskoçya'daki en yüksek hukuk mahkemesi. Bu mahkeme, davalara ilk kez bakabilen Dış Daire ile çoğunlukla Dış Daire ve daha alt düzeydeki İskoç mahkemelerinden gelen itiraz başvurularına bakan İç Dairenden oluşmaktadır. <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/glossary/court-of-session>, erişim tarihi: 19.11.2024

2. İltica ve Göç Mahkemesi

İltica ve Göç Mahkemesi (bundan böyle “İGM” olarak anılacaktır)¹¹⁴ 14 Aralık 2009 tarihli bir kararla başvuranın itirazını reddetmiştir. Göç Hakimi (IJ) Agnew, BMMYK’nın MSB yetkisinin nasıl dikkate alınması gerektiğine dair şu şekilde açıklamalarda bulunmuştur:

Daha önce belirttiğim gibi, BMMYK tarafından başvurana Irak’ta mülteci kimlik belgesi ve Türkiye’de mülteci statüsü verilmesinde kullanılan prosedürlere ilişkin bağımsız belgelendirilmiş kanıtlar önümde olmadığı gibi, başvuranın bu statü için neye dayanarak başvurduğuna ve bu statünün neye dayanarak verildiğine ilişkin kanıtlar da önümde değildi. Başvuranın sunduğu deliller son derece muğlaklıktı. Bu nedenle, başvurana mülteci statüsü verilmesi bir başlangıç noktası olarak kabul edilse de, daha önce verilen statünün dayanağı ve usullerine dair herhangi bir yardımcı kanıt olmadan, tek başına çok güçlü bir argüman değildir. Ancak, bunun bir başlangıç noktası olduğunu, önemli olduğunu ve davanın esaslarını gerekçelerini değerlendirirken, eğer varsa, farklı bir sonuca varmak için en açık ve önemli delillerin sunulması gerektiğini akılda tutuyorum[.]¹¹⁵

Sadece son pasaja bakıldığında, Agnew IJ’nin BMMYK tespitine önemli bir ağırlık verdiği görülüyor. Ancak, delilleri değerlendirmiş ve başvuranın haklı nedenlere dayanan bir zulüm korkusu olduğunu göstermek için

¹¹⁴ 2005-2010 yılları arasında faaliyet gösteren İGM, göç kontrolü ve sığınma başvurularına ilişkin kararlara yönelik itirazları inceleyen idari bir yargı organıydı; bu mahkemenin öncülü ise birinci derecede Göç Hâkimi ve ikinci derecede Göç Temyiz Mahkemesi’nden oluşan Göç Temyiz Mercii idi. İGM, 2007’de kurulan Birinci Derece Mahkeme bünyesinde 2010’da oluşturulan Göç ve İltica Dairesi ile değiştirilmiştir. Davanın görüldüğü dönemde yürürlükte olan 2002 tarihli Vatandaşlık, Göç ve Sığınma Yasası, İçişleri Bakanı’nın sığınma taleplerinin reddi kararlarına karşı İGM’ye itiraz edilmesine (Madde 83) ve üst mahkemeden İGM’nin itiraz kararını yeniden değerlendirmesini talep eden bir emir çıkarılmasına (Madde 103A) olanak tanıyordu. Burada, yeniden değerlendirme sonrasında verilen ikinci İGM kararını (IA davası) ele alıyorum. Yeniden değerlendirilen karara karşı, hukuki bir gerekçeye dayalı olarak, ilgili temyiz mahkemesine (İngiltere ve Galler için Temyiz Mahkemesi, İskoçya için Court of Session veya yalnızca Kuzey İrlanda için Kuzey İrlanda Temyiz Mahkemesi) ek bir temyiz başvurusu yapılabilir. Ancak bu başvuru, İGM’nin veya yetkili temyiz mahkemesinin izni alınması koşuluyla mümkündür (Madde 103B). Temyiz mahkemesinin verdiği kararlara karşı, genel temyiz şartları ve usulleri çerçevesinde Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’ne (*Supreme Court of the United Kingdom*) başvuruda bulunulabilir.

¹¹⁵ *IA v Secretary of State for the Home Department* (2009) (AIT) [25], cited in [2014] UKSC 6 [21]. AIT’nin kararının orijinal metni hukuk raporlarında veya internet sitelerinde bulunmadığından, İskoçya Court of Session ve Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kararlarından ikinci elden alıntılanmıştır.

kendisine düşen ispat yükünü yerine getirmediği gerekçesiyle Bakanlığı'nın ret kararını onamıştır¹¹⁶.

3. İskoçya Yüksek Mahkemesi

IA tarafından yapılan itiraz kabul edildi ve dava İskoçya Yüksek Mahkemesinde görüldü. Lord Clarke'nın kararı, itiraz başvurusunu reddi yönünde oldu¹¹⁷. Kararın gerekçesini incelemeyen önce, mahkeme tarafından atıfta bulunulan karara bakalım. Bu karar, IA davasının İGM kararından sonra verilen benzer bir davada verilmiştir.

Bu karar, Sullivan LJ tarafından İtiraz Mahkemesi'nde MM davası üzerine yazılmıştır. Bu davada, IA'ya benzer şekilde, İranlı bir Kürt'e mülteci statüsü verilmemesi kararı tartışılmış ve Türkiye'de BMMYK tarafından yapılan bir mandate Mülteci Statüsü Belirlemesi'nin nasıl değerlendirileceği konusu gündeme gelmiştir. Sullivan LJ, BMMYK kararlarının Birleşik Krallık'taki idari otoriteler ve mahkemeler üzerinde bağlayıcı bir etkisi olmadığını teyit etmiş ve ardından şu açıklamayı yapmıştır:

Gerçekte, Mülteci Sözleşmesi kapsamındaki özel uzmanlığı ve sorumlulukları dikkate alındığında, BMMYK tarafından verilen mülteci statüsüne ilişkin bir karar, İçişleri Bakanlığı ve ilgili yargı mercileri tarafından önemli ölçüde dikkate alınacaktır. Ancak bu durum, somut olayın özelliklerine göre karar vericinin aksi yönde makul ve güçlü gerekçelere ulaşması hâlinde geçerliliğini yitirir. BMMYK'nın mülteci statüsüne dair kararlarının her koşulda ve her somut belirtiyeye rağmen mutlaka yüksek derecede ağırlıkla dikkate alınması gerektiğini savunmak ne kadar gerçek dışıysa, hiçbir geçerli neden olmaksızın bu kararlara düşük ağırlık atfedilmesi gerektiğini ileri sürmek de o denli gerçek dışı olacaktır¹¹⁸.

Buna dayanarak, IA'da Lord Clarke şöyle yazmıştır:

Bu nedenle, BMMYK'nın statüye ilişkin kararlarının bağlayıcı bir hukuki etkisi olmasa da, kaynaklarına dikkat edilerek hukuki diplomasi ve nezaket açısından büyük bir saygıyla muamele edilmelidir. Bir başvuru sahibinin BMMYK statüsünü belirli bir verisellik [sic] olarak ileri sürebildiği bu yar-

¹¹⁶ IA, 114 no.lu dipnot, [2011] CSIH 28, [8]-[9]'da alıntılanmıştır.

¹¹⁷ IA v Secretary of State for the Home Department [2011] CSIH 28 (Lord Clarke).

¹¹⁸ MM (Iran) v Secretary of State for the Home Department [2010] EWCA Civ 1457 [27] (vurgular orijinalinde).

gı alanında, karar merciinin zihni, karar verme sürecinde, önündeki davayı çözüme kavuştururken bu gerçeği gözden kaçırmamalıdır. BMMYK'nın mülteci statüsüne ilişkin bir kararı, karar vericinin yolculuğu boyunca çok önemli bir kanıt olacaktır. Ancak nihayetinde bunun daha büyük bir iddiası yoktur ve eğer karar vericinin önünde bulunan diğer materyaller, BMMYK'nın vardığı sonuca karşı mantıklı bir şekilde karşıt görüşlere yol açarsa, karar verici, bu sonuçtan sapmada tamamen haklıdır¹¹⁹.

Ardından, İGM'nin kararının, BMMYK'nın kararlarını değerlendirme biçiminin tamamen uygun olduğuna hükmetmiştir; zira Mahkeme, bu kararların, özel uzmanlığa sahip yetkin bir merci tarafından usulüne uygun şekilde verildiği varsayımına dayalı olarak dikkate alındığını kabul etmiştir. Ancak aynı zamanda, “diğer delilleri” değerlendirerek, BMMYK'nın kararlardan ayrılmak için “açık ve ciddi gerekçelerin” bulunduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir.¹²⁰ Bu gerekçelerle itiraz başvurusu reddedilmiştir.

4. BMMYK'nın Müdahil Davası

IA tarafından Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne yapılan itiraz kabul edildi. Kararı analiz etmeden önce, BMMYK'nın Mahkeme'ye¹²¹ sunduğu “müdahil davasına” bakalım. BMMYK aşağıdaki şekilde savunmuştur:

¹¹⁹ IA (n 116) [15].

¹²⁰ ibid.

¹²¹ UNHCR, “**IA v Secretary of State for the Home Department: Case for the Intervener**”, UKSC 2012/0157 (27 October 2013) <www.refworld.org/docid/52a098e34.html> erişim tarihi 19 Mart 2021. Ayrıca, “Devletlerin BMMYK'nın yetkisi kapsamındaki mülteci statüsü tanımalarına verdiği ağırlığa ilişkin ulusal hukuk ve uygulamalar” başlıklı ek belge de dikkat çekicidir. Bu belge, I.A. v. Secretary of State for the Home Department davasında BMMYK'nın müdahalesine ek olarak sunulmuş olup, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü'ne taraf olan başlıca devletlerin, BMMYK'nın MSB yetkisini kendi iç hukuklarında nasıl ele aldıklarına dair kısa bir özet sunmaktadır (<www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/open_docpdf.pdf?reldoc=y&docid=52eba1b84>, erişim tarihi: 19 Mart 2021).

Bu rapora dayanılarak daha önce Bulgaristan (bkz. n. 108) ve Fransa (bkz. n. 109) vakalarına değinilmiştir. Ayrıca, BMMYK, IA davasına ilişkin olarak İskoçya Mahkemesi'ne (“UNHCR intervention before the Court of Session in the Application for Leave to Appeal by IA against a Decision of the Asylum and Immigration Tribunal”, 22 Ekim 2010, <www.refworld.org/docid/4cdbc2e02.html>, erişim tarihi: 19 Mart 2021) ve MM davasına ilişkin olarak İngiltere ve Galler İtiraz Mahkemesi'ne (“UNHCR intervention before the Court of Appeal of England and Wales in the case of MM (Iran) v. Secretary of State for the Home Department”, C5/2009/2479, 3 Ağustos 2010, <www.refworld.org/docid/4c6aa7db2.html>, erişim tarihi: 19 Mart 2021) gözlemlerini sunmuştur. Ancak bu makalede, yalnızca Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne sunulan gözlemler ele alınmaktadır. Çünkü bunlar, en güncel ve yazarın değerlendirmesine göre en kapsamlı ve titizlikle hazırlanmış olan gözlemlerdir.

Bununla birlikte, BMMYK'nın benzersiz uluslararası yetkisi ve otoritesi ile uzmanlığı ve deneyimi göz önünde bulundurulduğunda, BMMYK'nın bir kişiyi mülteci olarak tanımış olması, Devletler tarafından yürütülen MSB ile ilgilidir. Bu durum, bireyin Devlet tarafından mülteci olarak tanınıp tanınmayacağını belirlenmesine yönelik her türlü uygulamanın başlangıç noktası olmalıdır. BMMYK tarafından mülteci olarak tanınan bir başvuru sahibinin sığınma talebini değerlendirirken, Devlet bu tanımaya büyük önem vermeli ve bunu ciddiyetle hesaba katmalıdır.¹²²

Ayrıca, “Devletin karar verici organı, ancak ikna edici gerekçeler mevcutsa BMMYK'nın mülteci statüsü tanımamasını göz ardı edebilir” şeklindeki görüş korunmuştur.¹²³ İşte “ikna edici gerekçelere” ilişkin birkaç örnek aşağıda verilmiştir:

- a. Başvuranın, 1951 Sözleşmesi'nin 1A(2) maddesinde yer alan mülteci tanımını karşılamadığı sonucunu destekleyen güvenilir bilgilerin mevcut olması; özellikle başvuranın kişisel koşullarında veya menşe ülkesindeki durumlarda meydana gelen ve mülteci statüsü talebinin değerlendirilmesini doğrudan etkileyen değişikliklerin söz konusu olduğu hâllerde bu bilgiler Devlet karar vericisinin değerlendirmesine sunulabilir. Buna ek olarak, daha önce mevcut olmayan ya da sonradan ortaya çıkan ve mülteci statüsü talebinin değerlendirilmesini doğrudan etkileyen yeni bilgilerin karar verici makamın önüne gelmesi de diğer örnekler arasında sayılabilir. Bu tür bilgiler, çoğu zaman BMMYK'nın kararından sonra elde edilen bilgilerdir
- b. Başvuranın, 1951 Sözleşmesi'nin 1F maddesinde düzenlenen hariç tutma hükümleri kapsamına girdiğini gösteren güvenilir bilgilerin Devlet karar vericisinin elinde bulunması.
- c. Karar verici makamın elinde, mevcut tüm bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, başvuranın iddianın esaslı unsurlarına ilişkin beyanlarının inandırıcı olmadığı sonucunu destekleyen güvenilir bilgilerin bulunması halinde.¹²⁴

BMMYK, MSB'sine dayanak olarak kullandığı kanıtlayıcı materyallerin ulusal idari makamlara veya mahkemelere açıklanmamış olması halinde

¹²² UNHCR, “*Case for the Intervener*” (120 no.lu dipnot) para 4 (vurgu eklenmiştir).

¹²³ *ibid.*

¹²⁴ *ibid* paragraph 4, 28.

bile bu muamelenin değişmemesi gerektiğini belirtmiştir. BMMYK'nın usuli standartları, başvuru sahiplerinin kendilerinin, ailelerinin ve BMMYK personelinin güvenliğini sağlamak amacıyla gizliliği şart koşturma ve başvuruların incelenmesinde kullanılan bilgiler ve kanıt niteliğindeki materyaller yalnızca katı koşullar altında açıklanmaktadır.¹²⁵ Başvuru sahibinin kendisi açıklama talebinde bulursa bile, yalnızca onun tarafından sunulan materyaller açıklanacak, ancak inceleme sürecinde yapılan mülakatların ve araştırmaların kayıtları genel bir kural olarak açıklanmayacaktır. Bu nedenle, ulusal idari makamlar ve mahkemeler BMMYK'nın MSB prosedürlerinin şeffaflıktan yoksun olduğunu düşünebilir ve tespitlerinin ne kadar güvenilir olduğunu sorgulayabilir. İGM'nin yanı sıra bazı Japon mahkemeleri¹²⁶ de kanıtlayıcı materyallerin sunulmadığına dikkat çekmiştir¹²⁷.

Ancak BMMYK, MSB'lerinin “kendi iç standartlarına uygun olarak, sağlam ve bilgili bir şekilde yapıldığını ve bu nedenle BMMYK'nın tanımlarına önemli bir ağırlık verilmesi gerektiğini” savunmuştur¹²⁸. Bu doğrultuda, kanıtlayıcı materyallerin açıklanmamasının BMMYK tespitlerine verilen ağırlığı azaltmadığını ve kanıt sunan taraflar ile sunmayan tarafların farklı muamele görmesini adaletsiz ve ayrımcı olabileceğini belirtmiştir¹²⁹. IA, 2003 yılında Türkiye'de yapılan kendi MSB'sine ilişkin mülakat raporlarını ve diğer materyalleri BMMYK'dan almış ve Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesine sundu. Ancak BMMYK, gizlilik ve bilgi açıklama standartları oluşturulmadan önce bu muameleye müsamaha gösterildiği ve artık bilgi açıklamamanın genel kural haline geldiğini vurgulayarak, materyaller açıklanmasa veya sunulmasa bile BMMYK tespitine verilen ağırlığın değişmemesi gerektiği yönündeki yukarıda belirtilen argümanın bundan etkilenmediğini ifade etmiştir¹³⁰.

¹²⁵ UNHCR, **Procedural Standards** (89 no.lu dipnot) para 2.1.2. İlgili kişinin bilgilendirilmiş yazılı rızasına ek olarak, aşağıdaki gereklilikler karşılanmalıdır: Açıklamanın (i) meşru bir amaç için gerekli olması; (ii) ilgili kişinin, aile üyelerinin ya da kişinin ilişkili olduğu diğer kişilerin güvenliğini tehlikeye atmaması; (iii) BMMYK personelinin güvenliğini tehlikeye atmaması ve; (iv) BMMYK'nın insani ve siyasi olmayan niteliği de dahil olmak üzere uluslararası koruma yetkisiyle tutarlı olması ve BMMYK'nın görevlerini etkili bir şekilde yerine getirmesine başka bir şekilde zarar vermemesi.

¹²⁶ Metin n 111'e.

¹²⁷ Metin n 114'e.

¹²⁸ UNHCR, “**Case for the Intervener**” (120 no.lu dipnot) paragraph 32

¹²⁹ ibid paragraph 31-37.

¹³⁰ ibid paragraph 55-57.

5. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi

Yüksek Mahkeme kararı Lord Kerr tarafından kaleme alındı¹³¹. Mahkeme itiraz başvurusunu reddetti, ancak aynı zamanda IA'nın yeniden sığınma başvurusunda bulunmak istemesi halinde mülteci olarak tanınması ihtimalini de gündeme getirdi. Kararın, BMMYK'nın MSB yetkisine verilecek ağırlıkla ilgili gerekçelerini analiz ediyorum.

Lord Kerr, Afrika Birliği Örgütü Mülteci Sözleşmesi kapsamında başka bir ülkenin (bu davada Demokratik Kongo Cumhuriyeti) hükümeti tarafından yapılan bir MSB'ye Birleşik Krallık'ta verilecek ağırlığa hükmeden Göç İtiraz Mahkemesinin başka bir davaya¹³² ilişkin bir kararından alıntı yaparak ve bu kararı çürüterek tutumunu netleştirmiştir. Kararın yazarı Ouseley JJ, aşağıdaki şekilde ifade etmiştir:

18. Daha önce verilen sığınma bağlayıcı değildir, ancak talebin değerlendirilmesi için uygun bir hareket noktasıdır; verilen sığınma çok önemli bir konudur. Mültecilerin konumunda bir miktar kesinlik ve istikrar olmalıdır. Yargıç, farklı bir sonuca varmak için en açık ve önemli gerekçelerin olup olmadığını değerlendirmelidir. Hâkim, kararın yanlış olduğu konusunda ikna olmalıdır. Babela'nın¹³³ dili ispat yükü ile ilgilidir: statüleri ilk bakışta doğru kabul edilir, ancak bu durum çürütülebilir; bunu yaparken ispat yükü İçişleri Bakanlığı'na aittir. Bunun ifade edilme şeklini tamamen tatmin edici olduğunu düşünmüyoruz ve bu, yükün hangi standarda göre yerine getirilmesi gerektiğini ve neyi çürütmesi gerektiğini belirsiz bırakıyor. Bazı yasal zorluklar olmaksızın aynı etki, kullandığımız dil tarafından sağlanmaktadır.

¹³¹ IA v Secretary of State for the Home Department, [2014], UKSC 6 (Lord Kerr).

¹³² Secretary of State for the Home Department v KK (Congo), [2005] UKIAT 00054 <www.refworld.org/cases,GBR_AIT,42c947c02.html> erişim tarihi 19 Mart 2021. Bu karar ayrıca AIT'nin UA ile ilgili kararında (n 114), [2014] UKSC 6 [21]) ve BMMYK'nın müdahalesinde (BMMYK, "Müdahil Davası" (n 120) para 46) alıntılanmıştır.

¹³³ Babela v Secretary of State for the Home Department [2002] UKIAT 06124 <www.refworld.org/cases,GBR_AIT,51b9dc0f4.html> erişim tarihi 19 Mart 2021. Bu, başka bir ülkenin (Güney Afrika) hükümeti tarafından bir MSB'nin ağırlıklandırılmasının söz konusu olduğu önceki bir davaydı. İspat yükünün 'dili' aşağıdaki gibiydi: 'Temyiz başvurusunda bulunan kişinin [Güney Afrika hükümeti tarafından belirlenen] önceki mülteci statüsü, çok iyi bir gerekçe olmadığı sürece sorgulanmamalıdır. Bize göre burada böyle bir neden ileri sürülmemiştir ve bu nedenle, ilk bakışta, Birleşik Krallık'ta mülteci statüsüne hak kazandığını ortaya koymuştur. Ancak, bu husus çürütülebilir niteliktedir ve doğru yaklaşımın, bu hususun çürütülmesinde ispat yükümlülüğünün Davalıya [Dışişleri Bakanına] ait olduğunu söylemek olduğunu düşünmüyoruz' (ibid., [29]). Genel kural, bir sığınmacının Birleşik Krallık'ta mülteci olduğunu kanıtlama yükümlülüğünü taşımasıdır. (Macdonald and Toal (eds) (n 112) para 20.122).

19. Ancak önemli olan nokta, Birleşik Krallık'ın ilk etapta sığınma verilme temeline itiraz etmesini engellememesidir. Sadece sığınmanın yapılmasından bu yana koşullarda önemli bir değişiklik olmasını gerektirmez. Açık ve somut gerekçeler, sığınmanın yetkililer tarafından hiçbir zaman verilmemesi gerektiğini gösterebilir; söz konusu ülkedeki yetkililerin ilgili bilgilerden yoksun olduğunu veya Cenevre Sözleşmesi'ni aynı şekilde uygulamadığını göstermek uygun olabilir. Hariçte bırakma hükümler konuyla ilgili olabilir. Talebin incelenmesi için benimsenen usuller de konuyla ilgili olabilir. Milletlerarası nezaket anlayışına dair değerlendirmeler, AB üye devletleri ile daha az dürüst yönetimlere veya etkin hukuk sistemlerine sahip ülkeler arasında oldukça farklı olabilir¹³⁴.

Yüksek Mahkeme'den Lord Kerr, BMMYK tespitlerinin ulusal kurumlar (idari makamlar veya mahkemeler)¹³⁵ üzerinde bağlayıcı bir etkisi olmadığını kabul ederek, bazı durumlarda bunlara saygı duyulması gerektiğini, diğer durumlarda ise gösterilmemesi gerektiğini düşündü. O halde soru, Birleşik Krallık ulusal kurumlarının hangi koşullar altında BMMYK tarafından yapılan tespitten farklı bir sonuca varabileceğidir. Lord Kerr, Ouseley II'nin yukarıda alıntılanan muhakemesini, İtiraz Mahkemesi'nden Sullivan LJ'nin aynı zamanda İskoçya Yüksek Mahkemesi¹³⁶ tarafından da alıntılanan gerekçesiyle karşılaştırmış ve şu iki görüşü ortaya koymuştur: (i) BMMYK'nın kararının tespit edildiği sırada yanlış olması halinde farklı bir sonuca varılmasına izin veren görüş; ve (ii) Birleşik Krallık ulusal makamın kararını verdiği sırada başvuru sahibinin mülteci tanımına girmemesi halinde farklı bir sonuca varılmasına izin veren görüş¹³⁷.

(i) görüşü, Ouseley II'nin “Yargıcın kararın yanlış olduğuna ikna olması gerektiği” şeklindeki ifadesine karşılık gelmektedir.¹³⁸ Ancak, (i) görüşü ile ilgili iki sorun bulunmaktadır. Birincisi, BMMYK kararının verildiği tarihteki doğruluğunu incelemek anlamsızdır, çünkü başvuru sahibi, Birleşik Krallık kurumunun kararı sırasında mülteci tanımına girmiyorsa, ulusal ret kararının hukuka uygun olduğunu düşünmek yeterlidir¹³⁹. İkincisi, eğer

¹³⁴ KK (Congo) (n 131) [18]-[19] (vurgu orijinalindedir; dipnot eklenmiştir).

¹³⁵ IA (n 130) [29].

¹³⁶ Text to n 117.

¹³⁷ IA (n 130) [35].

¹³⁸ KK (Congo) (n 131) [18], metinde 133'e atıfta bulunulmuştur (vurgu eklenmiştir)

¹³⁹ ibid [36].

BMMYK'nın tespiti yalnızca hatalı olması halinde bozulabiliyorsa, doğru olduğu varsayılır. Ancak, BMMYK kararının dayandığı gerekçeler ve materyallerin gizlilik ve ifşa etmeme kuralı nedeniyle her zaman erişilebilir olmayabileceği düşünüldüğünde, böyle bir varsayım ikna edici değildir¹⁴⁰. Lord Kerr bu nedenlerle (ii) görüşünü desteklemiştir. Bununla birlikte, ulusal kurumun BMMYK'nın önceki tespitini dikkate almaksızın mülteci statüsüne ilişkin yeni bir tespit yapabileceğini söylememiştir. BMMYK'nın “birikimli ve eşsiz uzmanlığı”, “dünyanın dört bir yanındaki hükümetlerle çalışma deneyimi, mülteci statüsü belirleme alanında yüksek standartta ve tutarlı karar alama süreçlerinin geliştirilmesi, teşvik edilmesi ve uygulanması” göz önüne alındığında, BMMYK tespitlerine “kayda değer bir yetki” tanınması gerektiğine karar vermiştir¹⁴¹. Şöyle yazmıştır:

47. Daha önce BMMYK'nın mülteci statüsü lehine verilen bir kararın, (İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan bir belirlemede) yarı-yargısal ve (mahkeme tarafından yapılan bir belirlemede) yargısal modelle sığınma talebi kararına uyarlamak kolay değildir. Bu, karar verici tarafından bağımsız olarak değerlendirilebilen kanıtlar sunmaz. Kanaatimce, karar vericinin delilleri değerlendirmesini sağlayacak bir karine de ortaya koymamaktadır. İddiaya direnen devlet makamlarına bir ispat yükü getirmemektedir. Bu, ağırlık verilmesi gereken bir husustur, ancak bu ağırlığın nasıl verileceği, herhangi bir geleneksel yargılama normuna uymamaktadır. Bu durum ne kadar tatmin edici olmasa da, bana öyle geliyor ki, böyle bir kararın sığınma talebinin karara bağlanmasındaki/belirlenmesi üzerindeki etkisi genel (ve sonuç olarak/dolayısıyla oldukça kesin olmayan/belirsiz) terimlerle ifade edilmelidir.

48. BMMYK kararına verilecek ağırlığın kesin bir şekilde ifade edilememesi durumunun, bu kararın taşıdığı etkiden ödün verilmesine neden olmamalıdır. BMMYK'nın eşsiz ve benzersiz deneyimi ve uzmanlığı nedeniyle böyle bir karara gösterilmesi gereken saygının yanı sıra, dostluk, hukuki diplomasi ve mültecilerin uluslararası korunmasında yaklaşım tutarlılığı ihtiyacı gibi hususlar da daha azını gerektirmemektedir. Birleşik Krallık'ın BMMYK ile işbirliği yapma yükümlülüğü de bu yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Ayrıca, genel bir kural olarak, BMMYK kararı, talebin yapılmasına neden olan koşullara daha yakın bir zamanda

¹⁴⁰ ibid [37].

¹⁴¹ ibid [44].

alınmış olacaktır. Sıklıkla, bu karar, ulusal bir yargıcın sahip olabileceğinden daha üstün bir şekilde, bu koşullar hakkında birinci elden bilgi ve içgörüyle verilmiş olacaktır.

49. Tüm bu faktörler, ulusal karar merciinin, BMMYK kararına dikkatlice odaklanmasını ve farklı bir sonuca varmadan önce önemli ölçüde duraksamasını gerektirmektedir. Kanımca, bu yaklaşımın bundan daha ayrıntılı bir şekilde tanımlanması mümkün değildir. BMMYK'nın mülteci statüsüne ilişkin kararı, ulusal makam tarafından verilecek karar için önemli bir zemin oluşturmaktadır. BMMYK tarafından mülteci statüsü tanınan bir sığınma talebinde bulunan kişi, bu statüye sahip olmayan bir kişiye göre önemli ölçüde daha iyi bir konumda başlar. Ancak, bunun soruşturmada bir “başlangıç noktası” teşkil ettiği fikrine katılma konusunda isteksiz olacağım çünkü bu, aynı zamanda bir karine fikrini ima eder. BMMYK tarafından mülteci statüsünün tanınması bir karine oluşturmaz, ispat yükünü değiştirmez ve bir başlangıç noktası değildir (eğer bundan, mülteci statüsünün önceden kesin olarak kabul edildiği varsayımı çıkartılıyorsa) ancak farklı bir sonucu haklı çıkarmak için önemli karşıt nedenler gereklidir¹⁴².

Ulusal makam, BMMYK tarafından yapılan ilk tespitin uygun olup olmadığını değerlendirmekle değil, başvuru sahibinin halihazırda mülteci statüsü için gereken şartları yerine getirip getirmediğini incelemekle yükümlü olduğundan, kanıtları bağımsız olarak değerlendirebilir ve mülteci statüsünü belirleyebilir. Bununla birlikte, ulusal makam aşağıdaki iki faktörü de dikkate alır.

İlk olarak, ulusal makam, BMMYK tarafından yapılan ilk belirlemeden sonra koşullarda meydana gelen değişiklikleri dikkate alır. Örneğin, ulusal makam, BMMYK'nın mülteci statüsünü belirlemesinden sonra, menşe ülkedeki siyasi durumun zulüm korkusunu ortadan kaldıracak şekilde değiştiği veya mültecinin kişisel koşullarının artık bir hariçte bırakma nedeni kapsamına girecek şekilde değiştiği veya benzeri durumları inceleyebilir ve BMMYK'nın kinden farklı bir sonuca varabilir (yani sığınma vermeyi reddedebilir).

İkinci olarak, koşullarda bu tür değişikliklerin meydana gelmediği varsayımı altında, BMMYK'nın daha önce mülteci statüsüne karar vermiş olması, ulusal kurumun dikkate alabileceği (ve Lord Kerr'e göre alması gereken) bir tür öneme sahip olabilir.

¹⁴² ibid [47]-[49].

Lord Kerr, BMMYK kararlarının “kayda değer bir yetkiye” ve “ağırlığa” sahip olduğunu ve farklı bir sonuca varmanın ve mülteci statüsünü reddetmenin “önemli karşıt sebepler” gerektireceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, yetki veya ağırlık, karine veya ispat yükünün yer değiştirmesi gibi usul hukuku teknikleri ile sağlanmamakta ve yalnızca genel, belirsiz terimlerle ifade edilen bir kural veya politika ile karar vereni bağlar. Bunun MSB sürecinde nasıl işleyeceği, mevcut karar bunu netleştirmede için gelecekteki davalara bağlı olacaktır. Şimdi IA’nın sonucuna bakalım. Lord Kerr, yukarıdaki genel teoriye dayanarak, AIT’den Agnew IJ’nin BMMYK’nın tespitini gerekli şekilde dikkate aldığını ve duruşmada mevcut olan kanıt materyalleriyle birlikte değerlendirildiğinde, bizzat dinlediği IA’nın ifadesinin güvenilirliğinin şüpheli olduğuna karar vererek, İçişleri Bakanlığı’nın ret kararını hukuka uygun bir şekilde onayladığını ifade etti.¹⁴³ Agnew IJ’nin “önemli karşıt nedenler” sunduğu varsayılmıştır, ancak Lord Kerr bu nedenleri açıkça belirtmemiştir. İtiraz başvurusu reddedildi. Lord Kerr ayrıca, Agnew IJ’nin, özellikle mülakat kayıtları olmak üzere, Yüksek Mahkemeye sunulan 2003 MSB materyallerine başvurabilmiş olsaydı, IA’nın ifadesinin güvenilirliği konusunda farklı bir sonuca varabileceğine dikkat çekmiş ve IA’ya, İçişleri Bakanlığı’na yeni bir başvuru yaparak gözden geçirilmiş/yeniden değerlendirilmiş bir karar almasını önerdi¹⁴⁴.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi adına Lord Kerr’in görüşü nasıl okunmalıdır? Benim analizim şu şekildedir. BMMYK’nın tespitleri önemli bir yetkiye ve ağırlığa sahip olsa da ulusal kurumların da MSB konusunda kendi kararlarını verme yetkisi olduğundan, bu tespitlerin her durumda üstünlük sağlayacağı düşünülemez. Bunun yerine, BMMYK ve ulusal makamlar arasındaki diyalog sürecinde dikkate alınmalıdırlar. Bu amaçla, devletler kendi kararlarının BMMYK’nın kararından daha makul olduğunu açıklama ve kanıtlama yükümlülüğü altındadır. Ancak, böyle bir açıklama ve kanıtlama BMMYK’nın kararını dayandırdığı belgelerin ve gerekçelerin ulusal makamlara açıklanması ve erişilebilir olması durumunda mümkün olacaktır.

Eğer bu materyaller gizlilik nedeniyle açıklanmazsa, ulusal makamların, delilleri inceleme ve değerlendirmelerinin uygun olduğuna dair tek taraflı bir açıklama yapmak dışında bir seçeneği kalmayacaktır. BMMYK tespitlerinin etki ve ağırlığı, en iyi ihtimalle, farklı bir kararın hafife alınarak verilmesine

¹⁴³ ibid [50]-[53].

¹⁴⁴ ibid [58]-[61].

karşı psikolojik fren görevi görecektir. IA, BMMYK tespitlerinin bundan daha büyük bir ağırlığa sahip olması gerekiyorsa, BMMYK ve devletler arasında, gizlilik yükümlülüğüne uygun bir şekilde materyallerin ve bilgilerin paylaşılmasının, böylece tarafların birbirine karşı hesap verebilir olmasının gerekli olduğunu öne sürüyor gibi görünmektedir¹⁴⁵.

IV. KÜRESEL VE ULUSLARARASI İDARE HUKUKU PERSPEKTİFLERİNDEN DEĞERLENDİRME

A. Uluslararası İdare Hukuku

Uluslararası mülteci hukuku, uluslararası idare hukukunun bir parçası olarak görülmüştür. Sōji Yamamoto, Mülteci Sözleşmesi’ni ve ilgili Japon mevzuatını (GKMKTS) uluslararası idare hukukunun “eşgüdüm işlevine” bir örnek olarak sunmuştur. Bununla, çok taraflı antlaşmaların, “devletlerin yetki alanlarını (politika, mevzuat ve düzenleyici tedbirler) münferiden ve münhasıran her bir devletin iç hukukuna uygun olarak kullanma yollarını kamuya açık hale getirme ve bunları bir “sonuç yükümlülüğü” üstlenilebilecek şekilde standartlaştırmaya ve koordine etmeye çalışma” işlevini kastetmiştir¹⁴⁶.

Yamamoto, bunun, Mülteci Sözleşmesi’nin bireylere yasal bir statü garantisi etmesi nedeniyle, Sözleşme’nin uygulanmasını sağlayacak ulusal tedbirlerin belirlenmek zorunda kalındığı ve böylece her ülkenin yöntem ve araç seçme özgürlüğünün sınırlandırıldığı bir örnek olduğunu belirtti. Başka bir deyişle, bunu, devletin takdir yetkisini en belirgin şekilde kısıtlayan uluslararası idare hukukunun bir örneği olarak değerlendirmiştir.

Mülteci Sözleşmesi’nde öngörülen etkilerin (özellikle sosyal güvenlikle ilgili ulusal muamele) ülke içindeki uygulamasına bakarsak, bu kesinlikle doğrudur; Japonya’nın 1981 yılında Mülteci Sözleşmesi’ne taraf olmasıyla birlikte, sadece o zamanki Göç Kontrol Talimatı’nın değil, aynı zamanda sosyal güvenlik yasalarının da gözden geçirilmesi gerekmiştir (bkz. Bölüm I 2 (2)). Ancak, şu ana kadar savunduğum gibi, MSB üzerindeki devlet otoritesi hala mükemmel ve bağımsız bir varlık olarak kalmaktadır. Gerçek şu ki, mülteci korumasının içeriği bakımından uluslararası standartlar garanti altına alınmış olsa da bu korumaya erişim, bazıları daha cömert, bazıları ise daha katı olan devletler arasında oldukça ademi merkezîyetçi bir yapıya sahiptir.

¹⁴⁵ Bkz ibid [26].

¹⁴⁶ YAMAMOTO (1 no.lu dipnot), s.114-115.

Mülteci Sözleşmesi ve Protokolü, MSB yapan taraf devletler için bağlayıcı olan mülteci olma şartlarını bir bütünlük içinde ortaya koyduğu için, MSB konusunda her devletin takdir hakkı olduğunu söylemek doğru değildir (Bölüm I 2 (2)). Gereklikleri karşılayanlar dünyanın her yerinde mülteci olarak muamele görmeli ve tanınmalıdır. Devletler bir sığınmacıyı mülteci olarak tanıyıp tanımamaya karar verirken kendi diplomatik veya iç politika faktörlerini göz önünde bulunduramazlar. MSB'nin kurucu değil, beyan edici bir işlem¹⁴⁷ olduğu ifadesi bu anlamda anlaşılmalıdır.

Ancak bu, maddi hukuk dünyasının bir anlatımıdır. Usul hukuku dikkate alındığında işler değişmeye başlar. Maddi hukukun gereklikleri takdir yetkisine yer bırakmayacak kadar bütünlüklü ve belirgin bir şekilde düzenlenmiş olsa bile, olguların tespiti ve hukukun uygulanması açısından belirli bir takdir marjı reddedilemez (Bölüm I 2 (2)). Bunu önlemek için, her bir devlet tarafından verilen bireysel kararları incelemek üzere genel yargılama yetkisine sahip bir denetim organı kurulması gerekir, böylece olguların tespiti ve hukukun uygulanması dünya çapında standartlaştırılmış ve birleştirilmiş olur. Her ne kadar iç hukukta, yerel mahkemeler tarafından yapılan yargısal denetim bu görevi yerine getirirse de, uluslararası (mülteci) hukukunda böyle bir denetim organı bulunmamaktadır. Usul açısından, her devlet tarafından ayrı ayrı ve hatta gelişigüzel yürütülen MSB'leri birleştirecek bir mekanizma bulunmamaktadır.

Uluslararası idare hukuku üzerine yapılan çalışmalar bazen, uluslararası idari kurumların “eşgüdüm işlevine” odaklanmaktadır; bu kurumlar, her devletin kurumları aracılığıyla uluslararası idarenin ülke içinde uygulanmasını koordine etmekle görevlidir¹⁴⁸. Uluslararası idari birliklerin kurucu antlaşmaya dayalı olarak her bir devletin ilgili iç hukukunu standartlaştırma ve birleştirme işlevi buna bir örnektir¹⁴⁹. Uluslararası mülteci hukukunda, BMMYK'nın belki de bu rolü üstlenmesi beklenmektedir. Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, BMMYK, Mülteci Sözleşmesi ve Protokolünün “uygulanmasını denetleme görevini” üstlenmiş olsa da bu belgeler için bir uygulayıcı kurum statüsüne sahip değildir (Bölüm II 1). Medeni ve Siyasi Haklara

¹⁴⁷ 32 no.lu dipnota bakınız.

¹⁴⁸ OKITSU (13 no.lu dipnot).

¹⁴⁹ YAMAMOTO Soji, “Kokusai Gyōsei-hō no Sonritsu Kiban” [Uluslararası İdare Hukukunun Pozitif Temelleri (1969) 67 Kokusai-hō Gaikō Zasshi [J Intl L & Diplomacy] s.529, 569-79, yeniden basım: KANEHARA Atsuko/ MORITA Akio (eds), **Kokusai Gyōsei-hō no Sonritsu Kiban** [Uluslararası İdare Hukukunun Pozitif Temelleri], Yūhikaku, 2016, s.41-47.

İlişkin Uluslararası Sözleşme¹⁵⁰ için İnsan Hakları Komitesi gibi insan hakları sözleşmelerinin uygulayıcı kurumlarıyla karşılaştırıldığında, BMMYK taraf devletler tarafından sağlanan bilgileri gözden geçirme yetkisine sahip değildir ve rapor incelemeleri yoluyla taraf devletlerin sözleşme yükümlülüklerine uygunluğunu denetledikleri raporlama sisteminde insan hakları uygulayıcı kurumlarının üstlendiği gibi bir rol oynaması beklenmemektedir¹⁵¹. BMMYK'ya MSB'lerle ilgili olarak bir eşgüdüm işlevi yerine getirmesini sağlayacak bir usul mekanizması sağlanmamıştır.

B. Küresel İdare Hukuku

BMMYK'nın MSB yetkisi, küresel bir idari organ tarafından gerçekleştirilen küresel bir idari işlem midir? Giriş bölümünde sorulan ve bu bölümde yanıtlamaya çalıştığım soru budur. Cevap olumsuz gibi görünmektedir, çünkü bu, öncelikle BMMYK'nın yetki alanına giren kişileri belirlemek için yaptığı bir işlemdir ve bu açıdan bakıldığında BMMYK'nın bir iç işlemi olarak görülebilir. Her ne kadar BMMYK, dışsal bir işlem olarak görülebilecek şekilde, mandate mültecisi olarak tanınan kişilere bir mülteci kimlik belgesi düzenlese de bu belge, sahibinin hukuki durumunu değiştirecek hiçbir yasal etkisi olmayan bir kimlik kartından fazlası değildir. BMMYK tarafından yapılan mülteci statüsü belirlemelerinin hukuki sonuçları, varsa da oldukça sınırlıdır (Bölüm III). BMMYK'nın MSB yetkisi kapsamında gerçekleştirdiği statü belirlemesinin, bir idari işlemin asli unsurlarından biri olan hukuki statü tesis etme niteliğini taşıdığını söylemek zordur. Ancak böyle bir analiz, küresel idare hukuku (KİH) çalışmalarının amacına ters düşebilir. Karl-Heinz Ladeur'a göre, KİH'in ana hedefi olan küresel yönetim, idari işlem kavramının önemi azalacaktır çünkü devlet bütünlüklü bir varlık olarak değil, çeşitli düzenleme ve politika alanlarına dağılmış ağların bir bileşeni olarak hareket eder ve küresel yönetim organlarının ve rejimlerinin parçalanması ve çeşitlenmesi nedeniyle karar alma süreci giderek daha az konsolide hale gelir¹⁵². Benedict Kingsbury ayrıca şunu vurgular: “Küresel idare hukukunu “hukuk” olarak kavrayış, yalnızca geçerlilik sorunlarını (“Bu, geçerli bir hukuk kuralı mı-

¹⁵⁰ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir) 999 UNTS 171 (ICCPR).

¹⁵¹ TAKEUCHI, 83 no.lu dipnot, **Hōgaku Kyōshitsu 116, Bun'ya-betsu 100**.

¹⁵² LADEUR Karl-Heinz, “The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law”, **Osgoode Comparative Research in Law & Political Economy**, Research Paper 16/2011, Cilt.07, No: 4, s. 27-28 <digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/54/> erişim tarihi 19 Mart 2021.

dır?") değil, aynı zamanda normatif ağırlık değerlendirmelerini ("Kamu Tüzel Kişisi X, Kamu Tüzel Kişisi Y'nin belirlediği bir normu ne ölçüde dikkate almalıdır?") da içerir¹⁵³. İlginçtir ki bu durum Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin BMMYK tespitlerine yönelik yaklaşımıyla örtüşmektedir.

Yukarıda söylenenlere dayanarak, küresel idari işlem teorisine ilişkin teorik ve normatif konular açıklığa kavuşturulmuştur. Eğer bir "küresel idari işlemin" hukuki önemi, hukuki etkisinden ziyade diğer kurumlar üzerindeki ağırlığı veya ikna ediciliği ise, önemli olan küresel idari işlemin sonucu değil, sürecidir. Başka bir deyişle, hangi olguların bulunduğu ve değerlendirildiği, hangi hukukun ne şekilde uygulandığı ve işlemin hangi nedenlerle yapıldığı üzerinde durulmalıdır. Mülteci hukuku ile ilgilenen Küresel İdare Hukuku akademisyenleri, özellikle MSB başvurusunun reddedildiği veya yanıtın gecikmesi durumlarda, BMMYK'nın belirleme prosedüründe hesap verebilirlik, yasal süreç ve etkili bir inceleme sisteminin eksikliğini vurgulama eğilimindedir¹⁵⁴. Ancak, hesap verebilirlik ve şeffaflık gibi ilkeler mutlaka ret ve gecikme durumlarıyla sınırlı değildir, küresel idari işlemlerin meşruiyetini sağlamak için genişletilebilir.

BMMYK'nın kararını dayandığı materyal ve bilgileri ulusal mahkemelere sunma konusundaki isteksizliği bunun bir örneğidir (Bölüm III 2 (4) (5)). BMMYK tarafından tutulan bilgilerin gizliliğine yönelik makul bir ihtiyaç olduğu kuşkusuzdur. BMMYK tespitlerine gereken saygının gösterilmesi ve bu tespitlerin uluslararası toplum ve onu oluşturan devletler tarafından kabul edilmesi için, bilgi ve materyallerin ilgili ulusal kurumlarla gizlilik yükümlülüğüyle uyumlu bir şekilde paylaşılmasının yollarının düşünülmesi gerekecektir.

SONUÇ

KİH akademisyenlerinin küresel idari organların idari işlemlerine benzeyen birel/bireysel kararlara olan ilgisi, devletlerin ana özne olduğu uluslararası hukuk dünyası ile bireylerin ana özne olduğu ulusal hukuk dünyası arasındaki ikiliğin azaldığını göstermektedir¹⁵⁵. Gerçekten de BMMYK'nın

¹⁵³ KINGSBURY Benedict, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, Cilt 20, S.1, 2009, s.27 (vurgu eklenmiştir).

¹⁵⁴ Bkz 10 no.lu dipnot.

¹⁵⁵ OKİTSU Yukio, "Gurōbaru Gyōsei-hō to Akauntabiritei: Kokka naki Gyōsei-hō wa hatashite, mata ikanishite Kanō ka"[Küresel İdare Hukuku ve Hesap Verebilirlik: İdare Hukuku Dev-

mandate MSB'si devletlerin sözleşme MSB'sinin yerini alamaz. Diğer alanlarda da devlet ülkesel egemenliğini ve uluslararası anlaşmaları uygulama yetkisini elinde tuttuğu sürece, bu tablo en azından prosedürel alanda aşağı yukarı aynı kalacaktır. Ancak küresel bir idari işlem kavramını düşünmek hiç de yararsız değildir. Sonuç olarak, bu kavramın anlamı, küresel idari organlar ve devletler arasındaki diyalog sürecinde çözülmesi gereken sorunları tanımlamaya yönelik teşvik edici işlevinden kaynaklanmaktadır.

let Olmadan Nasıl Var Olabilir?], ASANO Yuki/ /et al (eds), *Gurōbaru-ka to Kōhō Shihō Kankei no Saihen [Küreselleşme ve Kamu Hukuku ile Özel Hukuk Arasındaki İlişkinin Yeniden Oluşumu]*, Koubundou, 2015, s. 47- 54. Ama bakınız: CASINI Lorenzo “Global Administrative Law scholarship” (içinde) CASSESE Sabino (ed), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, 2016, s.548, 563-4 (Örneğin, uluslararası hukuk her zaman uluslararası normların bireyleri nasıl doğrudan etkilediğini incelemiştir; bu normlar incelenirken ... uluslararası hukuk yeterince dikkate alınmadığında, konunun KİH ve akademisi tarafından “keşfedildiği” ima edilemez.)

KAYNAKÇA

- ALEXANDER Micheal, "Refugee Status Determination Conducted by UNHCR", **International Journal of Refugee Law**, Cilt 11, Sayı 2, Nisan 1999, ss. 251-289.
- BIANCHINI Katia, "The Mandate Refugee Program: a Critical Discussion", **International Journal of Refugee Law**, Cilt 22, Sayı 3, Ekim 2010, ss. 367-378.
- CASİNİ Lorenzo "Global Administrative Law scholarship" (içinde) CASSESE Sabino (ed), **Research Handbook on Global Administrative Law**, Edward Elgar, 2016, ss.548-572.
- CHIMNI, BS, "Co-option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law", **NYU Journal of International Law and Politics**, cilt 37, 2005, ss.799-827.
- COSTELLO Cathryn/FOSTER Michelle, "Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test", **Netherlands Yearbook of International Law** 2015, 2016, Cilt 46, s.273-327.
- COMBACAU Jean/SUR Serge, **Droit international public [Uluslararası Kamu Hukuku]**, 12th Edition, LGDJ 2016.
- CRAWFORD James, **Brownlie's Principles of Public International Law**, 8th Edition, Oxford University Press, 2012.
- Dunlop EMMA, "A Globalized Administrative Procedure: UNHCR's Determination of Refugee Status and its Procedural Standards" (içinde) CASSESE Sabino/ et al., **Global Administrative Law: The Casebook**, 3rd ed., Kindle 2012, pt IIIB3.
- GOODWIN-GILL Guy S./ MCADAM Jane, **The Refugee in International Law**, 3rd ed., Oxford University Press, 2007.
- HANDRLICA Jakub "International Administrative Law and Administrative Acts: Transterritorial Decision Making", **Czech Yearbook of Public & Private International Law**, Cilt 7, 2016, ss.86-98.
- HATHAWAY James C, "A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law" **Harvard International Law Journal**, Cilt 31, Sayı 1, Kış 1990, s.129-184.
- J CRIDDLE Evan/ FOX-DECENT Evan, "Fiduciaries of Humanity: How International Law Constitutes Authority" **New York: Oxford University Press**, 2016, (Chapters 1 & 7), ss.1-90.
- KAGAN Micheal, "The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by UNHCR Refugee Status Determination", **International Journal of Refugee Law**, Cilt 18, Sayı 1, 2006 ss.1-30.
- KAGAN Micheal, "(Avoiding) The End of Refugee Status Determination" **Journal of Human Rights Practice**, Cilt 9, Sayı 2, Temmuz 2017, ss.197-202.
- KINGSBURY Benedict "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", **European Journal of International Law**, Cilt 20, S.1, 2009, ss.23-57.
- KINGSBURY Benedict/ KRISCH Nico/ STEWART Richard B., "The Emergence of Global Administrative Law", **Law and Contemporary Problems**, Cilt 68, Sayı15, ss.15-61.

- LAUTERPACHT Elihu/Daniel BETHLEHEM Daniel “The scope and content of the principle of non-refoulement; Opinion” (içinde) FELLER Erika ve diğ./et al. (eds) **Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection**, CUP, 2003.
- LADEUR Karl-Heinz, “The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law”, **Osgoode Comparative Research in Law & Political Economy**, Research Paper 16/2011, Cilt.07, No: 4, s. 27-28 <digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/54/> erişim tarihi 19 Mart 2021.
- MACDONALD Ian/ TOAL Ronan (eds), **Immigration Law and Practice in the United Kingdom**, Cilt, 1, 9th ed., LexisNexis 2014.
- OKİTSU Yukio, “Gurōbaru Gyōsei-hō to Akauntabiriteii: Kokka naki Gyōsei-hō wa hatashite, mata ikanishite Kanō ka”[Küresel İdare Hukuku ve Hesap Verebilirlik: İdare Hukuku Devlet Olmadan Nasıl Var Olabilir?], ASANO Yuki/ /et al (eds), **Gurōbaru-ka to Kōhō Shihō Kankei no Saihen [Küreselleşme ve Kamu Hukuku ile Özel Hukuk Arasındaki İlişkinin Yeniden Oluşumu]**, Koubundou, 2015.
- OKITSU Yukio “International Administrative Law, a Precursor of Global Administrative Law?: The Case of Soji Yamamoto” (içinde), AUBY Jean-Bernard (ed) *Le futur du droit administratif / The Future of Administrative Law*, **LexisNexis**, 2019.
- PALLIS Mark, “The Operation of UNHCR’s Accountability Mechanisms”, **NYU Journal of International Law and Politics**, Cilt 37, ss.869- 918.
- RODRÍGUEZ Jaime/ MUÑOZ Arana and et al, “Foreign Administrative Acts: General Report” (içinde) RODRÍGUEZ Jaime/ MUÑOZ Arana (ed) **Recognition of Foreign Administrative Acts** Springer, 2016.
- RENGŌKAI Nihon Bengoshi, Jinken Yōgo Iinkai [Japon Barolar Birliği İnsan Haklarını Koruma Komitesi (ed), **Nanmin Nintei Jitsumu Manyuaru [Mülteci Statüsü Belirleme Uygulama El Kitabı]** (2nd edn, Gendai Jimbun Sha 2017.
- SMRKOLJ Maja “International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR’s Refugee Status Determination” (içinde) BOGDANDY Armin von/ et al., **The Exercise of Public Authority in International Institutions: Advancing International Institutional Law**, Springer 2010
- SIMEON James C, “Refugee Adjudication under the UNHCR’s Mandate and the Exclusion Dilemma”, **Cambridge Law Review**, Cilt 2, 2017 ss.75-108.
- STEWART Richard B, “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt 68, Sayı 63, 2005, ss.63-108.
- TAKEUCHI Mari ‘Nammin Jōyaku’ [Mülteci Sözleşmesi], 2015, s.423, Hōgaku Kyōshitsu, s.113-115, içinde yeniden basıldı MORI Tadashi ve diğ./et al. (eds), *Bun’ya-betsu Kokusai Jōyaku Hando Bukku* [Uluslararası Antlaşmalar El Kitabı], Yūhikaku, 2020, s. 97 (Japonya).
- UNGA, Note on International Protection, **UN doc A/AC.96/830**, 7 Eylül 1994.
- UNHCR, “Note on the Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees” **UN doc EC/SCP/9**, 24 Ağustos 1978.

- UNHCR, “Deep concern over refugee deportation from Japan” **Press Release**, 8 Ocak 2005, www.unhcr.org/news/press/2005/1/41ed2b804/unhcr-deep-concern-refugee-deportation-japan.html.
- UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, **UN doc HCR/1P/4/ENG/REV**, 4 Nisan 2019.
- UNHCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, **UN doc HCR/1P/4/ENG/REV.3**, Aralık 2011.
- UNHCR, “Note on the Mandate of the High Commissioner for Refugees and his Office”, Ekim 2013, 3-4 www.refworld.org/docid/5268c9474.html.
- UNHCR, “Note on Determination of Refugee Status under International Instruments”, **UN doc EC/SCP/5**, 24 August 1977.
- UNHCR, Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR’s Mandate, 2003.
- UNHCR, “Executive Committee, ‘Refugee Status Determination’”, **UN doc EC/67/SC/CRP.12**, 31 May 2016.
- UNHCR, ‘Operational Guidelines for UNHCR’s Engagement in Situations of Internal Displacement’, **UN doc UNHCR/OG/2016/2**, 1 Şubat 2016.
- UNHCR, Guiding Principles on Internal Displacement, **ADM 1.1, PRL 12.1, PR00/98/109**, 22 July 1998.
- UNHCR, “Guidelines on International Protection No. 11: Prima Facie Recognition of Refugee Status”, **UN doc HCR/GIP/15/11**, 24 Haziran 2015.
- WEIS Paul “Territorial Asylum”, **Indian Journal Of International Law**, Cilt 6, 1966, ss.173-194.
- YAMAMOTO Soji, “Kokusai Gyōsei-hō no Sonritsu Kiban” [Uluslararası İdare Hukukunun Pozitif Temelleri (1969) 67 Kokusai-hō Gaikō Zasshi [J Intl L & Diplomacy] s.529, 569-79, yeniden basım: KANEHARA Atsuko/ MORITA Akio (eds), **Kokusai Gyōsei-hō no Sonritsu Kiban** [Uluslararası İdare Hukukunun Pozitif Temelleri], Yūhikaku, 2016.
- ZIECK Marjoleine, **UNHCR’s Worldwide Presence in the Field: A Legal Analysis of UNHCR’s Cooperation Agreements**, Wolf Legal Publishers 2006.

ÖZEL HUKUKU

ELLE TUTULMAYANIN PEŞİNDE: EŞYA HUKUKUNUN DÖNÜŞÜMÜ VE UNIDROIT ÇALIŞMALARI IŞIĞINDA DİJİTAL VARLIKLAR İLE DOĞRULANMIŞ KARBON KREDİLERİ ÜZERİNDE MUTLAK HAK SAHİPLİĞİ^(*)

Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU KAPANCI^(**)

Öz: Eşya hukuku, tarihsel olarak cismani varlıklar üzerinde inşa edilmiş bir alandır. Ancak dijitalleşme ve yeşil dönüşüm süreçlerinin hız kazanmasıyla birlikte, fiziksel temsili bulunmayan soyut varlıklar hukuk gündeminde ön plana çıkmaya başlamıştır. Bu çerçevede, dijital varlıklar ile doğrulanmış karbon kredileri, sahip oldukları ekonomik değerler ve uluslararası piyasalardaki işlevsellikleri sayesinde daha fazla önem kazanmaktadır. Söz konusu varlıkların maddi anlamda somutlaştırılmamaları ise, onları eşya hukuku bakımından tartışmalı ve belirsiz bir kategoriye yerleştirmektedir. Bu çalışma, klasik eşya kavramının temelini oluşturan cismanilik ilkesi karşısında dijital varlıklar ve doğrulanmış karbon kredilerinin hukuki niteliğini sorgulamakta, bu yeni tür varlıkların eşya hukuku sistematigi içerisinde nasıl konumlandırılabilirliğini karşılaştırmalı hukuk yöntemiyle ele almaktadır. Çalışmada, özellikle, UNIDROIT tarafından yürütülen çalışmalar temel alınarak, bu varlıklara ilişkin normatif bir değerlendirme sunulması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eşya Hukuku, Ayni Haklar, Dijital Varlıklar, Doğrulanmış Karbon Kredileri, UNIDROIT.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 22.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 20.05.2025

^(**) Piri Reis Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi;
UNIDROIT 2024-2025 Sir Roy Goode Burs Programı Akademisyeni, İstanbul - Türkiye,
E-posta: bbasoglu@pirireis.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-4093-0136>.

IN PURSUIT OF THE ABSTRACT: THE TRANSFORMATION OF PROPERTY LAW AND PROPRIETARY RIGHTS OVER DIGITAL ASSETS AND VERIFIED CARBON CREDITS IN LIGHT OF UNIDROIT PROJECTS

Abstract: Property law has traditionally been built upon tangible, physical objects. However, with the rapid advancement of digitalization and green transformation, intangible assets lacking physical representation have begun to emerge prominently on the legal agenda. In this context, digital assets and verified carbon credits are gaining increasing significance due to their economic value and functional roles in international markets. The fact that these assets cannot be physically materialized places them in a controversial and ambiguous position within the framework of property law. This study questions the legal nature of digital assets and verified carbon credits in light of the corporeality principle. It examines how these new types of assets can be situated within the systematic framework of property law through a comparative legal approach. In particular, it aims to offer a normative assessment of these assets by drawing on the projects conducted by UNIDROIT.

Keywords: Property Law, Proprietary Rights, Digital Assets, Carbon Credits, UNIDROIT.

I. GİRİŞ VE SORUNUN TESPİTİ

Charles Dickens'ın Büyük Umutlar (*Great Expectations*) eserinde hukuk kâtibi John Wemmick, kitabın başkahramanı Pip'e hayat hakkında pratik tavsiyeler verirken şöyle der: “Sizin geleceğiniz parlak olduğundan üstünde durmayabilirsiniz, gelgelelim benim yaşantıma yön veren Kutupyıldızı hep bu ilke olmuştur: Taşınabilir mal edineceksin.”¹ Aslında bu yalnızca hayali bir karakter olan John Wemmick'in hayat felsefesini değil, pek çok hukuk sisteminin temel yapı taşlarından biri olan eşya hukukunun da özünü yansıtır. Burada geçen “taşınabilir mal” ifadesi, yalnızca fiziksel olarak yer değiştirebilen malları değil, aynı zamanda elde tutulabilir, somut ve güvenilir değerleri simgeler. Bu yönüyle hem bireysel güvenlik arayışını hem de eşya hukukunun temelini temsil eder.

Eşya hukuku, fiziksel dünyaya ait, gözle görünen ve elle tutulabilen cismani varlıklar üzerine inşa edilerek gelişmiş ve mülkiyet kavramı da bu temelde şekillenmiştir. Bu yaklaşım, insanın duyularıyla kavrayabildiği nesnelere sahip olma arzusunun tarihsel bir yansımasıdır.

Ne var ki, içinde bulunduğumuz dijitalleşme ve yeşil dönüşüm çağı, kendi dinamiklerinin itici gücüyle hem ekonomi modellerini derinden etkilemekte, hem de hukukun temel kavramlarını yeniden tartışmaya açmaktadır. Son yıllarda, şirketler hukukundan tüketici hukukuna pek çok alanda dijitalleşme ve yeşil dönüşümün etkileri gözlenmektedir.

Dijitalleşme ve yeşil dönüşüm çağının gerekleri, fiziksel temsili bulunmamakla birlikte ekonomik değeri yüksek, ve bazı durumlarda üzerinde bireysel hakimiyet kurulabilen ve devredilebilen yeni varlık türleri yaratmıştır. Bunlar arasında, dijital varlıklar (*digital assets*) ile doğrulanmış (gönüllü)² karbon kredileri (*verified carbon credits*) öne çıkmaktadır.

¹ DICKENS Charles (Çeviren: Nihal YEĞİNOBALI), Büyük Umutlar, Can Yayınları, İstanbul, 2009, s. 246.

² Gönüllü karbon piyasalarında işlem gören karbon kredileri, piyasa uygulamasında “gönüllü karbon kredileri” olarak adlandırılmaktadır. Ancak Ocak 2024’de konuya ilişkin UNCITRAL ve UNIDROIT tarafından yürütülen ortak çalışmada, karbon biriminin kendisinden ziyade satın alma işleminin gönüllü olduğu belirtilerek, özel hukuk analizine konu olan karbon kredilerini tanımlamak için “gönüllü karbon kredileri” yerine “doğrulanmış karbon kredileri” ifadelerinin kullanılmasında fikir birliğine varılmıştır. Buna göre, “doğrulanmış” teriminin kullanımı, bu araçları diğer iklim finansmanı araçlarından ayıran özelliğin, karbon kredisi tarafından temsil edilen proje bazı emisyon azaltımlarının bağımsız bir üçüncü tarafça doğrulanmış olduğunu vurgulamaktadır. UNIDROIT/UNCITRAL, **UNCITRAL/UNIDROIT Study on the Legal Nature of Verified Carbon Credits Issued by Independent Carbon Standard Set-**

Genel olarak bakıldığında, dijital varlıklar, dijital ortamda var olan, ekonomik değer barındıran ve veri üzerinde tanımlı bulunan enformasyondur (*information*).³ Günlük hayatta en çok duyduğumuz örnekleri, misli ve gayri misli (*fungible/ non fungible assets*) kripto varlıklardır. Doğrulanmış karbon kredileri (DKK) ise, özel kuruluşlar tarafından geliştirilen emisyon azaltım projeleri sonucunda atmosferden bir ton karbondioksit (CO2) eşdeğeri azaltımın gerçekleştiğini temsil eden ve bağımsız üçüncü taraflarca doğruluğu teyit edilen verilerdir.⁴ Bunların, her ikisi de fiziksel bir varlıkla somutlaştırılmaksızın dijital hesaplarda tutulabilen, el değiştirebilen ve piyasada gerçek bir ekonomik karşılığı bulunan yapılardır.

Söz konusu varlıkların yatırım aracı olarak da kullanılmaya başlanmasıyla birlikte işlem gördükleri piyasaların kapasitesi artmış, bu da beraberinde ilgili varlıkların hukuki niteliklerine ilişkin tartışmaları alevlendirmiştir. Buradan hareketle, dijital varlıklar ile doğrulanmış karbon kredilerinin mülkiyet hakkına konu olup olamayacakları son yıllarda karşılaştırmalı eşya hukukunu en çok meşgul eden konulardan biri haline gelmiştir. Hiç şüphesiz, bu varlıkların hukuki niteliklerine ilişkin belirsizliklerin giderilmesi hukuk güvenliğini sağlayacak ve böylece bunların işlem gördükleri piyasaların ekonomik hacmi artacaktır.

Bu çalışmada da, ilgili tartışmaların özüne inilerek eşya hukukunun mevcut çerçevelerinin bu yeni varlıklara nasıl yaklaştığının Türk hukukundan hareketle analiz edilmesine odaklanacaktır. Çalışmada, öncelikle eşya hukukunun ve eşya kavramının kavramsal temeli ele alınacak, ardından bu yaklaşımın dijital varlıklar ve doğrulanmış karbon kredileri gibi fiziksel temsili bulunmayan varlıklara uygulanabilirliği değerlendirilecektir. Çalış-

ters Note By The Secretariat, A/CN.9/1191, 14 March 2024, s. 4, <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/017/18/pdf/v2401718.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025). Bu tercih daha sonra UNIDROIT tarafından yürürülen çalışmada da benimsenmiştir. Bkz. UNIDROIT, **Item No. 5 on the agenda: Update on certain high-priority projects on the 2023-2025 Work Programme, (c) Legal Nature of Voluntary Carbon Credits**, UNIDROIT 2024, C.D. (103) 11, April 2024, s. 4 <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/04/C.D.-103-11-Legal-nature-of-Voluntary-Carbon-Credits-with-Annexe-1.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

³ LAYR Angelika K., **Funktionale Äquivalenz digitaler Rechtsgeschäfte**, Schulthess, Zürich, 2024, s. 186, MCCARTHY Laura, “Digital Assets and Intestacy”, **Boston University Journal of Science and Technology Law**, 21 (2), 2015, ss. 384-412, 385.

⁴ UNIDROIT/UNCITRAL, s. 5, IOSCO, **Voluntary Carbon Market Final Report**, FR/08/2024, 14 Nov 2024, s. 13-14, <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD774.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

mada karşılaştırmalı hukuk yöntemi benimsenerek özellikle Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü'nün (*International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT*), bu konulardaki çalışmaları ışığında eşya hukukunun nasıl bir uyum sürecine girmesi gerektiği tartışılacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu çalışmanın temel amacı, aynı hakların yalnızca cismini varlıklarla sınırlı olmadığı, giderek soyut ve veri temelli bir nitelik kazandığı günümüz koşullarında, eşya hukukunun bu dönüşüme nasıl yanıt verebileceğine ilişkin bir çerçeve sunmaktır.

II. EŞYA HUKUKUNUN TEMELLERİ

A. Genel Olarak

Eşya hukuku sistemi geleneksel olarak iki temel kavram etrafındayapılandırılmıştır: Eşyanınkendisi (*res*) ve bueşya üzerindeki haklar (*dominium*).⁵

Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku Kitabı incelendiğinde, sistemin üçlü bir kavramsal ayırım üzerine inşa edildiği görülmektedir: Taşınır eşya, taşınmaz eşya ve bu eşyaların konu olabileceği aynı haklar. Taşınır ve taşınmaz eşya ayırımı, yalnızca Kanunu'nun Eşya Hukuku Kitabının Birinci Kısmı olan Mülkiyet ile İkinci Kısmı olan Sınırlı Aynı Haklar açısından değil, aynı zamanda bu Kitabın son Kısmı olan Zilyetlik ve Tapu Sicili hükümleri bakımından da belirleyici bir rol oynamaktadır.

Esasen, Türk eşya hukukunun yapısından da görüldüğü üzere, eşya kavramı, onun aynı haklara konu olabilme niteliği üzerinden şekillenmiştir. Bu doğrultuda, aşağıda öncelikle aynı hak kavramı ve bu haklara egemen olan temel ilkeler ele alınacak, ardından ise eşya kavramı ve onun unsurları incelenecektir.

B. Aynı Hak Kavramı ve Bu Haklara Egemen Olan Temel İlkeler

Aynı hak, bir eşya üzerinde herhangi bir borç ilişkisine veya borçlunun varlığına ihtiyaç duyulmaksızın, doğrudan ve aracısız olarak hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikteki haktır.⁶ Bu bağ-

⁵ SEROZAN Rona, **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 16.

⁶ AKİPEK Jale/ AKINTÜRK Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta, İstanbul, 2009, s. 7, 5 NÖMER Halûk Nami/ ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 1, OĞUZMAN M. Kemal/ BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 26. Bası, Ve-

lamda, aynı hakkın iki temel boyutu bulunmaktadır: Eşya üzerinde dolaysız ve doğrudan hakimiyet imkânı tanıyan içe dönük (olumlu) boyutu ve üçüncü kişilerin eşya üzerindeki müdahalesine karşı, aynı hak sahibine mutlak bir koruma sağlayan dışa dönük (olumsuz) boyutu.⁷

Esasen, mutlak etki, aynı hakkın dolaysız egemenliğinin dışa yansıyan doğan uzantısıdır. Zira eşya üzerinde aracısız olarak egemenliğe sahip olan bir kimse, bu egemenliğe başkasının müdahalesini engellemek amacıyla herkese karşı aynı hakka dayanarak talepte bulunabilir. Böylece, aynı hak sahibinin üçüncü kişilere karşı kullanabileceği güçlü bir hukuki koruma mekanizması doğar.⁸ Bu husus TMK m. 683 hükmünde açıkça ortaya konulmuştur:

“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.”

Aynı haklara, bu özellikleri nedeniyle egemen olan bazı temel ilkeler bulunmaktadır. Bunlar mutlaklık, kamuya açıklık (aleniyet), sınırlı sayı ve tipe bağlılık (*numerus clausus*) ve belirlilik ilkeleridir.

Öncelikle, yukarıda da belirtildiği gibi, aynı hakların en belirgin özelliği, mutlaklıktır yani herkese karşı ileri sürülebilen mutlak etkileridir.⁹ Bu

dat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 149, OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 4, REY Heinz, **Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht**, Band 1, 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 2007, § 4 N 208 vd., SEROZAN, s. 16, SİRMEN Lâle, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 3, TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atilla, **Tekinay Eşya Hukuku Cilt: I Zilyetlik-Tapu Sicili - Mülkiyet**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 6 vd., WEBBCharlie, “Three Concepts of Rights, Two of Property”, **Oxford Journal of Legal Studies**, 38, 2018, ss. 246- 269, 246 vd.

⁷ AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 8-11, MEIER-HAYOZ Arthur, **Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB**, 5. Auflage, Stämpfli, Bern, 1981, Syst. Teil, N 238-241, REY, § 4 N 208, WOLF Stephan/ WIEGAND Wolfgang, “Vorbemerkungen zu Art. 641 ff. ZGB”, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, N 45-46. İngiliz hukuku için bkz. BRIDGE Michael/ GULLIFER Louise/ LOW Kelvin F.K/ MCMEEL Gerard, **The Law of Personal Property**, 3. Bası, Sweet & Maxwell, 2022, N 1-056.

⁸ SEROZAN, s. 18.

⁹ İngiliz hukuku için bkz. BRIDGE Michael, **Personal Property Law**, 4. Ed., Oxford, 2015, s. 2.

bağlamda aynı hak, yalnızca eşya üzerinde dolaysız egemenlik sağlamaz, aynı zamanda bu egemenliğe dışarıdan yönelen her türlü müdahaleye karşı koruma sağlar.¹⁰ Bu yönüyle mutlaklık ilkesi, aynı hakkı yabancı müdahalelere ve yetkisiz tasarruflara karşı güvence altına alan en temel ilkedir.

Mutlak etkili bir hakkın geçerliliği, bu hakkın herkes tarafından tanınabilir ve görünür yani kamuya açık (aleni) olmasına bağlıdır.¹¹ Dolayısıyla, aynı hakların varlığını dış dünyaya açık şekilde yansıtan bir görünüş zorunludur. Basit bir ifadeyle, herkes, kimin neye sahip olduğunu bilebilmelidir. Bu görünürlüğü geleneksel olarak taşınırlarda zilyetlik, taşınmazlarda ise sicil sağlar.¹² Hakkın kazanımı da buna paralel olarak, Türk hukukunda taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil ile gerçekleşir. Bu ilkenin doğal bir sonucu da hukuki görünüşe güvenin ve iyiniyetin korunmasıdır.¹³

Aynı hakların herkese karşı etkili olması, onların önceden belirlenmiş, öngörülebilir ve tanınabilir olması gerekliliğini doğurur.¹⁴ Bu nedenle aynı haklarda sınırlı sayı ve tipe bağlılık (*numerus clausus*) ilkesi geçerlidir.¹⁵ Yani aynı haklar, yalnızca kanunda açıkça düzenlenmiş türlerde kurulabilirler. Kural olarak, bireyler aynı hakkın türünü ve içeriğini serbestçe belirleyemezler. Ancak, Türk hukukunda özellikle irtifak haklarında ve kısmen taşınmaz yüklerinde, hakkın içeriğinin belirlenmesine sınırlı ölçüde izin verildiği görülmektedir.¹⁶

Öyleyse, herkese karşı etkili aynı hakkın herkesçe de tanınıp seçilebilmesi gerekir. İşte tip sınırlılığı ve sıklığı ile kamuya açıklık (aleniyet) gereklerinin bir uzantısı da belirliliktir. Buna göre, aynı hakkın hukuki boyutları, çerçevesi, içeriği, kapsamı gibi aynı hakkın konusu, nesnesi de belli ve belirli olmalıdır. Aynı hak, sadece belli ve belirli bir şey üzerinde kurulabilir. Bu nedenle, kural olarak eşyanın bütünleyici parçaları da asıl eşya ile birlikte değerlendirilir ve ayrı bir aynı hak konusu yapılamazlar.¹⁷

¹⁰ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 148 vd., SEROZAN, s. 18.

¹¹ SEROZAN, s. 64

¹² TEKİNAY ve diğ., s. 13.

¹³ SEROZAN, s. 65 vd.

¹⁴ SEROZAN, s. 62.

¹⁵ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 149.

¹⁶ SEROZAN, s. 63

¹⁷ Bu kuralın Türk hukukundaki istisnası ise Kat Mülkiyeti Kanunu'nda düzenlenen bağımsız bölüm üzerinde bireysel mülkiyet ve arsa payı ile ortak alanlarda paylı mülkiyettir.

İşte bu yapı üzerine kurulmuş olan ayni haklar yukarıda da belirtildiği üzere, hak sahibini, üçüncü kişilere karşı kullanabileceği güçlü bir hukuki koruma mekanizması ile donatır. Bu mekanizma dört temel koruma işlevini üstlenir: Saldırıya karşı koruma, tasarrufa karşı koruma, halefiyet koruması ve cebri icra önceliği.

İlk olarak, ayni hak sahibi, eşya üzerindeki her türlü fiziksel müdahaleye (saldırıya) karşı korunur. Türk hukukunda bu kapsamda taşınır hak bakımından haksız olarak zilyetliği elinden alınan malın, aynen geri alınmasını sağlayan istihkak davası, özellikle taşınmazlar bakımından ise eşyaya yönelik kısmi el atmaların önlenmesini amaçlayan saldırının önlenmesi davası ön plana çıkar.¹⁸

Ayni hakkın, sahibine tanıdığı bir başka koruma ise tasarrufa karşı korumadır. Diğer bir deyişle, ayni hak yalnızca hakkın sahibi tarafından kullanılabilir. Üçüncü kişilerin, bu konuda yetkisi bulunmadığı halde eşya üzerinden yaptıkları tasarruf işlemleri geçersizdir. Tam da bu nedenle Türk hukukunda tasarruf yetkisinin varlığı ayni işlem bakımından bir geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkar.¹⁹

Yine sınırlı ayni hakkın sahibine tanıdığı bir diğer koruma, sınırlı ayni hakların devamlılığı yani halefiyet korumasıdır.²⁰ Buna göre, sınırlı ayni hak sahibi, mülkiyet hakkı el değiştirse bile bu hakkını yeni maliklere karşı da ileri sürebilir. Yani eşyanın malikinin değişmesi, sınırlı ayni hakları sona erdirmez. Örneğin rehin hakkı sahibi, bu hakkını eşyanın maliki değişse bile yeni malike karşı ileri sürebilir. Ancak eşyanın yok olmasıyla, ayni haklar da son bulur.²¹

Ayni hakkın sahibine tanıdığı bir diğer koruma ise cebri icra önceliğidir.²² Türk hukukunda cebri icra aşamasında bu özel koruma iki şekilde kendini gösterir.²³ Öncelikle cebri icraya konu olan eşya, borçluya değil, ayni hak sahibine ait ise, hak sahibi bunu ispatlayarak eşyayı icra takibinden çıkarabilir (istihkak iddiası). Diğer bir öncelik ise rehinli alacaklarda rüçhan

¹⁸ SEROZAN, s. 18.

¹⁹ SEROZAN, s. 19.

²⁰ SEROZAN, s. 20.

²¹ İngiliz hukuku için bkz. BRIDGE et al., N 1-007.

²² İngiliz hukuku için bkz. BRIDGE et al., N 1-057.

²³ SEROZAN, s. 22.

hakkı olarak kendini gösterir. Buna göre, rehinli alacaklı, cebri satıştan elde edilen bedelden diğer alacaklılara göre öncelikli olarak tatmin edilir.

Görüldüğü üzere, aynı hak kavramı eşya hukuku sisteminde yalnızca bir mülkiyet ilişkisini değil, aynı zamanda güçlü bir hukuki egemenliği ve kapsamlı bir koruma mekanizmasını da temsil eder. Bu özellikleri itibarıyla, aynı haklar sadece bireylerin mülkiyet ilişkilerini düzenlemekle kalmaz, hukuki güvenlik, eşya üzerindeki egemenlik ve üçüncü kişilere karşı koruma açısından hukuk sisteminin temel taşlarından biri olarak da işlev görürler.

C. Eşya Kavramı ve Onun Unsurları

Aynı hakların oluşturduğu yapı büyük ölçüde temel bir varsayıma dayanmaktadır: Eşyalar, fiziksel varlıklardır.²⁴ Yani dokunulabilir, görülebilir ve yeri tespit edilebilir nesnelerdir. Eşya hukuku ve aynı haklar da büyük ölçüde bu somut dünyanın kurallarına göre şekillenmiştir. İnsanların, fiziksel olarak ayırt edebildikleri ve sahipliklerini dış dünyaya gösterebildikleri nesnelere değer atfetme eğilimi, bu hukuki yapının temelini oluşturur. Ancak fiziksel olarak ayırt edilebilen her şey de hukuken eşya değildir.²⁵

Peki, bir varlıkne zamanbelirli bir hukuk sisteminin gözünde “eşya”²⁶ olarak kabul edilebilir? Elbette, her varlık hukuken eşya sayılmaz. Bir varlığın eşya niteliği kazabilmesi için belirli unsurları taşıması gerekir. Bu unsurlar, farklı zamanlarda ve farklı hukuk sistemlerinde elbette değişkenlik göstermiş ve gösterecektir.²⁷ Diğer bir ifadeyle, her hukuk sistemi eşya kavra-

²⁴ Kural olarak fiziksel varlıklar üzerinde aynı hak kurulabileceği düşüncesi Roma Hukuku’na dayanmaktadır. Bkz. ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz, **Roma Eşya Hukuku**, Turhan, Ankara, 2015, s. 30.

²⁵ ERGÜNE Mehmet Serkan, **Taşınır Mülkiyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 5, HAAB Robert/ SIMONIUS August/ SCHERRER Werner/ ZOBL Dieter, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB**, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1977, Einleitung N 21, MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil N 114, OĞUZMAN ve diğ., s. 4, SİRMEN, s. 4,

²⁶ Eşya, mal ve şey terimleri Türkçe’de sıklıkla birbirlerinin yerine kullanılırlar. Ancak hukuki anlamda bunların her birinin farklı bir anlamı bulunur. Şey, insan dışındaki tüm varlıkları kapsayan en genel kategoridir. Bu çalışmada kullanılan “varlık” kavramı esasen “şey” kavramını karşılamakta olup, okumayı kolaylaştırmak için “şey” yerine “varlık” ifadesi tercih edilmiştir. Mal ise ekonomik değeri olan ve insan ihtiyaçlarını karşılayan maddi veya gayri maddi varlıkları ifade eder. Bu kavramlardan en dar kategori ise eşyadır. Zira eşya, sadece maddi varlıklarla sınırlı bir kavramdır. Detaylı bilgi için bkz. AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 25 vd.

²⁷ Karşılaştırmalı hukukta eşya kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. AKSOY DURSUN Sanem, **Eşya Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 11 vd., HAAB ve diğ., Einleitung N 20.

mının içeriğini dönemin ve toplumun ihtiyaçları ve hukuk politikaları çerçevesinde belirlemektedir. Bu nedenle de evrensel ve değişmez bir eşya tanımı bulunmamaktadır.²⁸

Örneğin, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 90 uyarınca “*Kanun anlamında eşya, yalnızca cismani (fiziksel) nesnelerdir*”.²⁹ Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında eşya kavramı tanımlanmamıştır. Bu durum, eşya kavramının sınırlandırıcı bir tanım yerine, değişen koşullara açık bir şekilde doktrin tarafından belirlenmesini amaçlar. Bu yaklaşım, hukuk sistemine esneklik kazandırmakta, kavramın zamanla teknoloji ve bilimdeki gelişmelere uyumlu olarak değişmesine olanak tanımaktadır.³⁰ Serozan’ın deyişiyle “*eşya kavramı mutlak apriori (önsel) ve değişmez bir kavram olmayıp ekonomik, sosyal ve hukuki değer yargıları ışığında renklenip biçimlenen, göreceli, işlevsel, tarihsel, değişken bir kavramdır*.”³¹ Bununla birlikte, Alman hukukundan etkilenen Türk ve İsviçre öğretisi bir varlığın eşya sayılabilmesi için maddi (cismani) nitelik taşımasını bir koşul olarak aramaktadır. Bir değer eşya sayılabilmesi için cismanilik unsurunun yanı sıra, diğer varlıklardan ayrılabilir, belirlenebilir ve tanımlanabilir olması ayrıca üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulmaya elverişli bulunması, ve ekonomik değer barındırması da aranır.³² Nitekim, bu unsurlardan hareketle Türk ve İsviçre öğretisinde eşya, üzerinde bireysel hakimiyet kurulabilen, ekonomik değeri haiz ve kişi ile hayvan dışında kalan cismani varlıklar olarak tanımlanmaktadır.³³

Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 353 düzenlemesi ise maddi ve maddi olmayan eşyaları kapsayacak bir düzenleme getirerek cismaniliği ayrı bir unsur olarak aranmamıştır. Buna göre: “*Bir kimseye ait olan her şey, onun tüm maddi ve maddi olmayan şeyleri, onun mülkü (malvarlığı) olarak adlan-*

²⁸ AKSOY DURSUN, s. 5, NOMER/ ERGÜNE, s. 6, REY, N 68, SEROZAN, s. 73.

²⁹ BGB § 90 (Begriff der Sache): “*Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*”. Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_90.html> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

³⁰ MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil N 114, KÄLIN Oliver, **Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB**, Schulthess, Zürich, 2002, s. 13, WIEACKER Franz, “Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung”, Archiv für die civilistische Praxis, 148, 1, 1943, s. 57-104, 67.

³¹ SEROZAN, s. 73.

³² WOLF/ WIEGAND, N 6.

³³ AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 26, AKSOY DURSUN, s. 23, ERGÜNE, s. 8, NOMER/ ERGÜNE, s. 8, OĞUZMAN/ BARLAS, s. 149, OĞUZMAN ve diğ., s. 8, REY, N 66, WIEACKER, s. 65.

dırılır".³⁴ İngiliz hukukunda da eşya kavramı yasayla tanımlanmaz, bunun yerine mahkeme içtihatları belirleyicidir. Buna göre, İngiliz hukukunda genel kabul gören yerleşik içtihatla göre³⁵ bir varlığın "eşya" sayılabilmesi için sınırları belirli (*definable*) ve tanımlanabilir olması (*identifiable by third parties*), devredilebilir olması (*capable in its nature of assumption by third parties*), belirli bir istikrar ve kalıcılık derecesine sahip olması (*with some degree of permanence or stability*), üzerinde hakimiyet kurulabilir olması (*excludability*) ve aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılmaya elverişli olmaması (*rivalrousness*), varlığın sahibinden ayrıştırılabilir olması (*separability*) ve varlığın bir ekonomik değer barındırması (*economic value*) gerekir.³⁶

Hukuk sistemlerinin eşya kavramına yaklaşımları farklı olsa da esasen bir varlığın eşya sayılabilmesi için aranan unsurlar birbirlerinden çok da farklılık göstermemektedir. Bunun temel nedeni ise eşyanın aynı hakka konu olması ve bu nedenle de eşyanın unsurlarının aynı haklara egemen olan kamuya açıklık (aleniyet) ve belirlilik ilkelerini yansıtmaması gerekir.³⁷

Özellikle Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde bir varlığın eşya sayılması için aranan ilk unsur, yukarıda da belirtildiği üzere, eşyanın "cismani" yani maddi bir varlık olmasıdır.³⁸ Cismanilik unsurunun, aynı haklara egemen olan kamuya açıklık (aleniyet) ilkesinin bir gereği olduğu kabul edilir.³⁹ Buna göre, elektrik, ses dalgaları veya fikirler gibi soyut varlıklar eşya sayılmaz.⁴⁰ Bu unsurun en belirgin şekilde kabul gördüğü sistemlerden

³⁴ ABGB § 353 (Eigentum im objectiven Sinne): "Alles, was jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigentum." Bkz. <<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622&FassungVom=2025-01-21&Artikel=&Paragraf=353&Anlage=&Uebergangsrecht=>>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

³⁵ National Provincial Bank v Ainsworth [1965] AC 1175 at 1247 to 1248. İngiliz hukuku için ayrıca bkz. BRIDGE, s. 2 vd.

³⁶ UK Law Commission, **Digital assets as personal property: Supplemental report and draft Bill**, Law Com No 416, July 2024, s. 11 -12. <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109095350mp_/https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2024/07/Digital-assets-as-personal-property-supplemental-report-and-draft-Bill-web-version.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

³⁷ ERGÜNE, s. 7,

³⁸ KÄLIN, s. 44, REY, § 3 N 81, SEROZAN, s.72, WOLF/ WIEGAND, N 10.

³⁹ Bkz. NOMER/ ERGÜNE, s. 7.

⁴⁰ TMK m. 762 uyarınca edinilmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerin taşınır mülkiyetine konu olabilecektir. Ancak bunlar eşya kavramına girmeyen aynı hak konuları olarak nitelendirilmektedir. AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 580-581, OĞUZMAN ve diğ., s. 9, 740, TEKİNAY ve diğ., s. 21.

biri Alman hukukudur. Zira yukarıda belirtildiği üzere eşyanın cismani olması gereğine BGB§ 90 hükmünde açıkça yer verilmiştir. Türk ve İsviçre sistemlerinde ise böyle açık bir düzenleme olamamasına rağmen cismanilik unsuru öğretide kabul edilmektedir.

Hemen belirtmelidir ki, cismanilik şartını aramayan sistemler de vardır. Keza Fransız Hukukunda maddi eşyanın yanı sıra gayri maddi eşya kavramına da yer verilmektedir. Bu nedenledir ki Fransız hukukunda fikir ve sanat eserlerinin fikri mülkiyete (*propriété intellectuelle*) konu olabilecekleri kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise durum böyle değildir. Her ne kadar, “fikri mülkiyet” kavramı Türk hukukunda da kullanılsa da burada kastedilen teknik anlamda bir ayni hak değildir.⁴¹ Türk hukukunda fikri eserin yaratıcısı, fikir üzerindeki mutlak nitelikte fikri hakka sahipken, bu eserin cisimleştiği eşya üzerinde de o eşyanın maliki, mülkiyet hakkına sahiptir. Diğer bir ifadeyle bir fikrin somutlaştırılması durumunda, eşya niteliği kazanması mümkündür.⁴² Örneğin bir romanın kitap halinde basılması, ya da zihinsel bir imgenin görselleştirilmesi gibi.

Fikir ürünü üzerindeki mutlak nitelikte fikri haklar, esasen fikri hakların kişilik hakkının bir parçasını oluşturmaktan kaynaklanmaktadır.⁴³ Ancak bu çalışmanın konusunu oluşturan dijital varlıklar ve doğrulanmış karbon kredileri, fikri hakların aksine, kişilik hakları ile doğrudan bağlantılı değildirler, üstelik bu varlıklar genellikle kâğıt, disk gibi bir cisim üzerinde de somutlaştırılmamaktadırlar.

Eşyanın bir diğer unsuru “sınırlandırılmış ve bireyselleştirilmiş” olmasıdır.⁴⁴ Ayni haklara egemen belirlilik ilkesinin izdüşümü olarak, bu hakların konusunun tanımlanabilir ve sınırları belirli olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, hakka konu olan eşya belirsiz olamaz. Bu sınırlar genellikle ölçme, tartma veya sınırlama gibi yöntemlerle tespit edilir. Katı, sıvı veya gaz haldeki varlıklar, bir kabın içine alınarak sınırlandırılabilir.⁴⁵ Öyleyse, avcumuzun içinde tutmaya çalıştığımız hava, eşya sayılmazken bir dalış

⁴¹ ERGÜNE, s. 12, HAAB ve diğ., Einleitung N 48, OĞUZMAN ve diğ., s. 7, REY, N 82, SEROZAN, 74.

⁴² AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 26, OĞUZMAN ve diğ., s. 8.

⁴³ Fikri hak kavramının gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012., s. 2 vd.

⁴⁴ ERGÜNE, s. 7, HAAB ve diğ., Einleitung N 21, SEROZAN, s. 73.

⁴⁵ AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 27, OĞUZMAN ve diğ., s. 7, REY, N 72, SİRMEN, s. 6.

tüpüne doldurulmuş hava eşya niteliği kazanacaktır. Cismanilik unsuru, sınırların belirlenmesi açısından da hiç şüphesiz kolaylık sağlar. Taşınır eşyanın doğası gereği sınırları belirlidir. Taşınmazlar da ise sınırlama insan eliyle yapılır.⁴⁶ Sınırları belirlenemeyen nesneler ise eşya sayılmaz.

Yine aynı haklara egemen belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak bir varlığın eşya sayılması içinenan diğer bir unsur, “üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulabilir” olmasıdır.⁴⁷ Bu sınırlandırılmış ve bireyselleştirilmiş olma unsuru ile bağlantılıdır. Zira ancak sınırları belirlenmiş, bireyselleştirilmiş bir varlığın üzerinde fiilen hakimiyet kurulması mümkün olabilecektir. Bazı varlıklar ise doğaları gereği hakimiyet altına alınmaya elverişli değildir. Örneğin güneş, yıldızlar, gezegenler, açık deniz, akarsu gibi üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli bulunmayan varlıklara eşya sayılamaz. Ancak teknolojik gelişmeler sonucunda zamanla hakimiyet kurulmaya elverişli hale gelen varlıkların, eşya niteliği kazanabileceği öğretide kabul edilmektedir.⁴⁸ Cismanilik unsuru, hiç şüphesiz varlığın üzerinde fiili hakimiyet kurulabilmesi açısından da önemlidir. Nitekim, zilyetlik (yani bireyin eşya üzerindeki fiili hakimiyeti) yapısı ve işlevi gereği yalnızca cismani varlıklar, yani eşya üzerinde söz konusu olabilir.⁴⁹ Ancak örneğin Türk ve İsviçre hukuklarında niteliği gereği üzerinde fiili hakimiyet kurulması mümkün olmayan, olumsuz ve pasif nitelikteki irtifak haklarından fiilen yararlanılması durumu “hak zilyetliği” olarak değerlendirilir ve bu, eşya üzerindeki zilyetlik ile bir tutulur.⁵⁰ Bu varsayım, “eş değerinde hukuki olgulara eşit hukuki rejim uygulama gereğinin” (işlevsel eşdeğerlik yaklaşımının) bir sonucudur.⁵¹

Öte yandan, bir varlığın eşya sayılabilmesi için fiili hakimiyetin yanı sıra hukuki hakimiyete de elverişli bulunması gerekir. Hukuki hakimiyete elverişli bulunmak, kişilerin eşyayı sahiplenebilmelerini, ondan yararlanabilmelerini ve üzerinde tasarrufta bulunabilmelerini ifade eder. Örneğin yukarıda ifade edildiği üzere, İngiliz sisteminde eşyanın üzerinde hakimiyet kurulabilir olmasının (*excludability*) yanı sıra ayrı bir unsur olarak devredilebilir olması (*capable in its nature of assumption by third parties*) aranmak-

⁴⁶ ERGÜNE, s. 11, NÖMER/ ERGÜNE, s. 7, OĞUZMAN ve diğ., s.159.

⁴⁷ AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 28, ERGÜNE, s 7, HAAB ve diğ., Einleitung N 21.

⁴⁸ OĞUZMAN ve diğ., s.7.

⁴⁹ SEROZAN s. 115.

⁵⁰ Bkz. TMK m. 973/II “Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiillen kullanılması, zilyetlik sayılır.” Ayrıca bkz. İsviçre Medeni Kanunu m. 919/II.

⁵¹ SEROZAN s. 116.

tadır. Türk ve İsviçre hukuklarında ise üzerinde tasarrufta bulunabilme, hukuki hakimiyetin bir görünümüdür.

Yine bu unsurun bir uzantısı olarak, “bir eşyanın değerinde azalma olmaksızın aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılmaya eşverişi ol-maması” (*rivalrousness*) gerekir. Yani, bir kişinin eşyayı kullanımı, diğer kişilerin aynı anda aynı ölçüde kullanımını engellemedir. İngiliz hukukunda ayrı bir unsur olarak aranan bu husus, İsviçre ve Türk hukuklarında eşyanın cismaniliğinin doğal bir sonucu olarak kabul edilir.

Son olarak, bir varlığın eşya sayılabilmesi için “ekonomik değerbarındırması” da ayrı bir unsur olarak aranır. Ekonomik bir değer taşıması, en azından maddi veya manevi bir ihtiyaca cevap verebilecek nitelikte olmasını işaret eder.⁵² Örneğin bir pirinç tanesi, diğer unsurları bünyesinde barındırmasına karşın kural olarak tek başına eşya niteliğinde değildir. Pirinç, ancak kilo, çuval gibi ölçülerle ifade edilen bir miktarda olduğunda eşya niteliği kazanacaktır. Bununla birlikte, üzerine yazı yazılarak ekonomik değer kazanan bir pirinç tanesi de tek başına eşya sayılacaktır.⁵³

Tüm bu unsurları taşıyan bir varlık, aynı hakka konu olabilecek “eşya” olarak kabul edilebilecektir. Özetlemek gerekirse, farklı hukuk sistemlerinin cismanilik unsuruna yaklaşımları farklılık gösterse de, bir varlığın eşya sayılması için, sınırlarının belirli ve tanımlanabilir olması, üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulmaya elverişli bulunması, bu hakimiyetin bireysel (münhasır) nitelik taşıması ve söz konusu varlığın ekonomik bir değer barındırması gerekir.

Peki bu unsurlardan hareketle, dijital varlıklar ve doğrulanmış karbon kredileri gibi soyut nitelikteki varlıklar eşya olarak nitelendirilerek aynı haklara konu olabilecek midir? Ve, bu sorunun cevabı cismanilik şartını arayan ve aramayan hukuk sistemlerinde değişkenlik gösterecek midir?

II. CİSMANİLİK UNSURUGÖZ ARDI EDİLEBİLİR Mİ?

A. Soyut Varlıkların Hukuki Niteliği

Dijitalleşme ve yeşil dönüşüm süreçleriyle birlikte, hukuk sistemlerinde özellikle aynı haklara konu olabilecek eşya kavramını yeniden tanımlanması

⁵² AKSOY DURSUN, s. 30 vd., NOMER/ ERGÜNE, s.8. Karş. OĞUZMAN/ BARLAS, s. 149.

⁵³ Örnek için bkz. AKSOY DURSUN, s. 56 vd., NOMER/ ERGÜNE, s.8.

ihtiyacı giderek daha belirgin hale gelmektedir. Zira, dijital varlıklar ve doğrulanmış karbon kredileri gibi soyut nitelikteki varlıkların, geleneksel anlamda “eşya” kategorisinde değerlendirilmesini ne *civil law*, ne de *common law* hukuk sistemlerine dahil ülkelerde mümkün görünmektedir. Bu nedenle, söz konusu varlıklar, aynı haklara özgü korumalardan yararlanamamaktadır. Bu durum, hem bu varlıkların hukuki niteliğine dair ciddi belirsizlikler yaratmakta hem de işlem gördükleri piyasalara büyük ölçekli yatırımların çekilmesini ve ikincil piyasalarının güven ve istikrar temelinde gelişmesini engellemektedir.

Ayrıca, bazı hukuk sistemlerinin bu tür varlıklara eşya niteliği tanınması, bazılarının ise tanımaması uluslararası ölçekte yasal belirsizliklere yol açacak ve bu varlıkların sınır ötesi işlemlere konu olmasını, dolayısıyla küresel piyasalardaki işlem görmesini zorlaştıracaktır.

Bu nedenlerle, hem dijital varlıkların hem de doğrulanmış karbon kredilerinin aynı haklara konu edilebilmesi gerektiği yönünde piyasalarda geniş bir uzlaşısı oluşmuştur. Ancak bu hedefe ulaşılması, kanaatimizce pek çok hukuk sisteminin eşya hukuklarında reform yapılmasının zorunlu kılmasıdır.

Bu doğrultuda atılmış önemli adımlardan biri, İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Mülkiyet (Dijital Varlıklar vb.) Yasa Tasarısıdır.⁵⁴ Tasarı, dijital varlıkların hukuki niteliğinin netleştirilmesine yönelik güçlü bir iradeyi yansıtmaktadır. Zira İngiliz hukukunda mülkiyet konusu olabilecek varlıklar, geleneksel olarak iki temel kategoriye ayrılmaktadır: (a) zilyetliğe konu olabilecek eşyalar (*things in possession*) ya da alacak haklarını temsil eden eşyalar (*things in action*). Bu iki kategori dışında kalan varlıkların aynı hak konusu olmasının mümkün olmadığı yerleşik içtihat tarafından kabul edilmektedir.⁵⁵ Nitekim, bu husus, İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu’nun 2023 tarihli raporunda da açıkça belirtilmiştir.⁵⁶

⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. <<https://lawcom.gov.uk/project/digital-assets/>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

⁵⁵ Colonial Bank v Whinney (1885) 30 Ch D 261 (CA), 285.

⁵⁶ UK LAW COMMISSION, **Digital Assets: Final Report**, Law Com No 412, June 2023, s. 33 vd. <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109172211mp_/https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaccede923f/uploads/sites/30/2023/06/Final-digital-assets-report-FOR-WEBSITE-2.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

Yasa tasarısında da bu geleneksel sınıflandırmayı aşmak için şu ifadeye yer verilmiştir:

“Bir şey, doğası gereği dijital veya elektronik olsa dahi, yalnızca (a) zilyetlikte olan bir eşya (things in possession) veya (b) alacak hakkını temsil eden bir eşya (things in action) olmadığı gerekçesiyle kişisel mülkiyet hakkının konusu olmaktan dışlanamaz.”

Görüldüğü üzere, bu ifade, üçünü bir kategoriye hukuken kapı aralamakta, böylece İngiliz içtihat hukukunun mülkiyet hakkına konu oluşturabilecek bu yeni varlık türlerine ilişkin sınırları zamanla şekillendirmesi de mümkün olabilecektir.

B. Kavramsal Bir Köprü: İşlevsel Eşdeğerlik (Denklik) Yaklaşımı

Günümüz hukuk öğretisi açısından işlevsel eşdeğerlik yaklaşımı, fiziksel temsili bulunmayan varlıkların hukuki niteliğinin belirlenmesinde etkili bir yöntem sunmaktadır. Bu yaklaşım, bir varlığın fiziksel dünyadaki işlevinin analiz edilmesini ve aynı işlevin fiziksel temsili bulunmayan bir ortamda nasıl yeniden üretilbileceğinin veya taklit edilebileceğinin değerlendirilmesini esas alır. Buna göre, farklı kavramlar aynı işlevi veya sonucu yerine getiriyorsa, hukuken eşdeğer kabul edilirler.⁵⁷ Bu durumda, görünüşte farklılıklar taşıyalar dahi, aynı amaca gerçekleştiren ve benzer sonuçlar doğuran yapıların benzer hukuki muameleye tabi tutulmaları gerektiği ileri sürülmektedir.

Bu doğrultuda, fiziksel nitelikten yoksun yeni varlık türlerini geleneksel eşya hukuku sistemine dahil edebilmek için, bu varlıkların fiziksel niteliğe sahip olmasalar da aynı işlevsel kriterleri karşıladıklarının gösterilmesi gerekir. İşlevsel eşdeğerlik yaklaşımı, cismani varlık temelli geleneksel hukuk sistemlerinin, fiziksel formdan yoksun varlıklara da kıyas yoluyla uygulanabilir hale gelmesini sağlar.⁵⁸ Böylece, belirli koşullar altında, fiziksel temsili bulunmayan varlıkların da hukuken “eşya” olarak kabul edilmesinin yolu açılmaktadır.

⁵⁷ Bkz. FURRER Andreas/ MÜLLER Luka, “Funktionale Äquivalenz: digitaler Rechtsgeschäfte - Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht”, *Jusletter*, Juni 18, 2018, <https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2018/940/-funktionale-aquival_b0cce8fb0c.html__ONCE&login=false> (Erişim Tarihi: 28.03.2025), s. 4, LAYR, s. 85 vd.

⁵⁸ LAYR, s. 224.

Bu yaklaşım çerçevesinde, eşya kavramının yukarıda açıklanan geleneksel unsurları esas alınarak fiziksel temsili bulunmayan varlıkların bu işlevleri yerine getirip getirmediği analiz edilmelidir. Söz konusu analiz, aşağıdaki dört temel kriter üzerinden yapılacaktır:

- (1) Belirli ve tanımlanabilir olmak,
- (2) Üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulmaya elverişli bulunmak,
- (3) Bu hakimiyetin bireysel (münhasır) niteliktaşımak,
- (4) Ekonomik bir değer taşımak.

İşlevsel eşdeğerlik yaklaşımında asıl belirleyici olan, bir varlığın fiziksel olarak değil, işlevsel olarak eşya niteliğine sahip olup olmadığıdır. Buna göre, bir varlık fiziksel forma sahip olmasa bile, özgün biçimde tanımlanabiliyorsa, hak sahipliği açık şekilde izlenebiliyor, üzerinde bireysel kontrol sağlanabiliyor, ve bu kontrol başkalarının eşzamanlı kullanımını dışlıyorsa ve nihayetinde ekonomik bir değer taşıyorsa, hukuken “eşya” ile eşit hukuki rejime tabi tutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bu soyut varlıklar üzerindeki hak sahipliği eşya üzerindeki hak sahipliği ile bir tutulacaktır.

Bu yaklaşımın izlerini, son dönemlerde özellikle Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü (UNIDROIT) gibi uluslararası kuruluşların, soyut varlıkların hukuki çerçevede nasıl ele alınabileceğine dair yürüttüğü çalışmalarda rastlamak mümkündür.⁵⁹ Aşağıda ortaya koyulacak olan bu çalışmalar, eşya hukukunun modernize edilerek dijitalleşen ve soyutlaşan varlık biçimlerine uyum sağlama yollarını araştırmaktadır.

Öyleyse, dijital varlıkların ve doğrulanmış karbon kredilerinin, tıpkı doğal güçler (TMK m. 762) veya tapu kütüğünde ayrı sayfa kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler (TMK m. 704) gibi, kıyasen eşyaya benzetilmesi mümkün görünmektedir.⁶⁰ Her ne kadar bu varlıklar, geleneksel eşya tanımına uymasa da, üzerlerinde tesis

⁵⁹ LAYR, s. 189.

⁶⁰ Kripto varlıklar özelinde benzer değerlendirmeler için ayrıca bkz. BİLGİLİ Fatih/ CENGİL Muhammet Fatih, “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu”, s. 21 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713> (Erişim Tarihi 14 Aralık 2024), ÖZDEMİR Genç, “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(1), 2021, ss. 289-306, 306. Karş. KAPANCI Kadir Berk, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 163-213, 173.

edilen haklara aynî hakka ilişkin kurallar kıyasen uygulanabilir. Bu yolla, söz konusu varlıklar aynî hakların dışı dönük ve aynı hak sahibine üçüncü kişilerin eşya üzerindeki müdahalesine karşı mutlak koruma sağlayan (olumsuz) boyutunda faydalanabilir hale gelecektir.⁶¹

Ancak böyle bir uygulama dahi aynı haklara egemen belirlilik ilkesi çerçevesinde ancak kanun değişikliği ile olabilir. Mahkeme kararı ile böyle bir uygulama geliştirilmesi eşya hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Nitekim, yukarıda açıklandığı üzere, büyük oranda içtihatlarla dayanarak gelişen İngiliz Hukuku'nda bile bu varlıkların aynı haklara konu oluşturablecek bir eşya sayılacağına bir kanun değişikliği yapılarak belirlenmesi öngörülmüştür.

III. UNIDROIT ÇALIŞMALARINA KISA BİR BAKIŞ

A. Dijital Varlıklara İlişkin UNIDROIT İlkeleri

1. Genel Olarak

2023 yılında, UNIDROIT tarafından "Dijital Varlıklar ve Özel Hukuk İlkeleri" (*Principles on Digital Assets and Private Law* - kısaca DAPL)⁶² yayımlanmıştır.⁶³ Bu belge, dijital varlıkların özel hukuk bağlamında nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin esnek (yumuşak) hukuk (*soft law*) niteliğinde bir dizi temel ilkedен oluşmaktadır. UNIDROIT, bu ilkeler aracılığıyla farklı hukuk sistemlerinde uygulanabilir, teknolojiye bağımsız ve tarafsız bir kavramsal çerçeve oluşturmayı amaçlamaktadır.

DAPL, dijital varlıkların özel hukukta doğurduğu temel sorunlara çözüm sunmak üzere hazırlanmış olup, özellikle sözleşme ve eşya hukuku alanlarında önemli düzenlemeler getirmekte ve dijital varlıkların özel hukuk ilişkilerinde nasıl tanımlanacağı, üzerinde nasıl tasarruf edileceği ve üçüncü

⁶¹ Geleneksel eşya tanımına uymayan doğal güçlere (TMK m. 762) ve tapu kütüğünde ayrı sayfa kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlere (TMK m. 704) aynı haklara ilişkin kuralların kıyasen uygulandığına ilişkin bkz. SEROZAN s. 73.

⁶² DAPL metni ve şerhi için bkz. UNIDROIT, **UNIDROIT Digital Assets and Private Law**, Rome, 2023, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked-1.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

⁶³ Bkz. <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-%20assets-and-private-law/>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025) Ayrıca bkz. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL Teresa, "Chapter 6: Tracing the Path of the Role of Technology in UNIDROIT Instruments", **The Elgar Companion to UNIDROIT**, Edward Elgar Publishing, 2024, ss. 80-95, 94.

kişilere karşı hangi hukuki korumaların sağlanacağı gibi kritik konulara ışık tutmaktadır.

İlkeler, içerikleri itibarıyla yedi ana tematik başlık altında toplamda 19 İlke içermektedir. Bu başlıklar: 1. Kapsam ve Tanımlar, 2. Milletlerarası Özel Hukuk (Uygulanacak Hukuk), 3. Kontrol ve Mülkiyet Devri, 4. Saklama Sözleşmeleri, 5. Teminatlı İşlemler, 6. İcra Dahil Olmak Üzere Usul Hukuku, 7. İflas.

DAPL’ın bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, özellikle karşılaştırma hukuk alanında ortak kavramlar geliştirme bakımından önemli bir referans kaynağı niteliği taşımaktadır. Ulusal hukuk sistemlerinin bu İlkeleri iç hukuklarına adapte emesiyle birlikte, hem iç pazarlarda hem de sınır ötesi işlemlerde hukuki belirliliğin ve güvenin artırılması hedeflenmektedir.

2. Dijital Varlıklar Ayni Hak Konusu Olabilir Mi?

DAPL, farklı hukuk sistemlerinde ayni haklara özgü temel unsurları esas alan işlevsel eşdeğerlik yaklaşımı doğrultusunda dijital varlıkların mutlak etkili malvarlıksal haklara (*proprietary rights*)⁶⁴ konu olup olmayacağını değerlendirmiş ve bu varlıkların böyle bir hakka konu olabileceği sonucuna ulaşmıştır. Bu değerlendirme, “eşya” kavramının temel unsurlarının analizi üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bu unsurlar sırasıyla şunlardır:

1. Sınırları belirli ve tanımlanabilir olması,
2. Üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulabilir olması,
3. Değerinde azalma olmaksızın aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılmaya elverişli olmaması,
4. Varlığın ekonomik bir değer taşıması.

DAPL İlke 2 (2) uyarınca dijital varlıklar “kontrole elverişli elektronik kayıtlar” (“*Digital asset*’ means an electronic record which is capable of being subject to control.”) olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım dijital varlıkların kapsamını sınırlamakta ve yalnızca bireysel (münhasır) şekilde kontrol edilebilen varlıkları kapsayacak şekilde daraltmaktadır. Bu kontrol, genellikle kriptografik anahtar veya hesap erişimi aracılığıyla sağlanmaktadır. An-

⁶⁴ Bizde eşya üzerindeki ayni haklar bu kategorinin örneğidir. Aynı kategoriye kripto varlıklar da dahil edilebilir. Onların hakka tabi olmaları kabul edilebilir. Bu yönde bkz. BİLGİLİ/ CENGİL, s. 21, ÖZDEMİR, s. 306.

cak, DAPL teknoloji-nötr⁶⁵ yaklaşımı nedeniyle doğrudan blokzincir⁶⁶ veya benzer bir teknolojiyi işaret etmemiştir. Bu nedenle, her dijital dosya dijital varlık olarak kabul edilemez, söz konusu varlıkların münhasır kontrole elverişli olması lazım gelir.⁶⁷

Bu yaklaşımda öne çıkan ana tema, dijital varlıkların kontrol edilebilir nesneler olarak ele alınmasıdır. Kontrol kavramı, dijital varlıkların tanımlanmasından, devredilmesine, iyiniyetli edinime, ve teminat haklarının tesisine kadar tüm sürecin merkezinde yer alır.⁶⁸ Kontrol kavramı burada zilyetliğin işlevsel eşdeğeri olarak nitelendirilir.⁶⁹ Dijital varlık fiziksel olarak elde tutulmasa da ona fiilen erişme ve onu başlarından bağımsız biçimde yönetme yetkisi, kontrol kavramı ile sağlanır.

Bu düşünce tarzı, başka uluslararası gelişmelerle de paralellik göstermektedir.⁷⁰ Örneğin UNCITRAL'ın Elektronik Aktarılabılır Kayıtlara ilişkin Model Kanunu'nun (MLETR)⁷¹ 11. Maddesinde bir elektronik belgenin güvenilir biçimde tanımlanabildiği ve güvenli şekilde kontrol edilebildiği durumlarda, söz konusu belgenin hukuken kâğıt belgeyle eşdeğer muamele görmesine olanak tanınmaktadır.⁷² Bu tür düzenlemeler, dijital çağda zilyet-

⁶⁵ Bkz. UNIDROIT DAPL, s. 1, paragraf 0.5.

⁶⁶ Blokzincir teknolojisi hakkında detaylı bilgi için bkz. BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU Gülçin, "Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir", **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 1-20, 1. vd.

⁶⁷ Bkz. UNIDROIT DAPL, s. 13, paragraf 2.3.

⁶⁸ Bkz. UNIDROIT DAPL, s. 53, paragraf 6.4. Ayrıca bkz. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL Teresa, "The Emergence of Principles and Best Practices on Assets: Proprietary Rights, and Enforcement", **European Journal of Risk Regulation**, 2024, ss.1-12, 3 <<https://doi.org/10.1017/err.2024.55>> (Erişim Tarihi 14 Aralık 2024).

⁶⁹ Bkz. UNIDROIT DAPL, s. 52, paragraf 6.3. Ayrıca bkz. BACONJean/ MICHELSJohan David/ MILLARD Christopher/ SINGHJatinder, "Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers", **Richmond Journal of Law & Technology**, 25, 1, 2018, ss. 1-106, 89.

⁷⁰ Kontrol kavramının Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu'ndaki (*Uniform Commercial Code*) kullanımı ve bu kavramın dijital varlıklara kadar uzanan işlevsel evrimine ilişkin bkz. DUBOVECMarek, "Toward Decentralized Commercial Law for Digital Assets", **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, 19, 2022, ss. 239-288, 273 vd.

⁷¹ MLETR metni ve şerhi için bkz UNCITRAL, **UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records**, New York, 2018, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2025). Ayrıca bkz. GABRIEL Henry D, "The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records", **Uniform Law Review**, 24, 2019, ss. 261-280, 261 vd., RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, 2024b, s. 6.

⁷² GABRIEL, s. 273, RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, 2024a, s. 6.

liğin elde tutma ile sınırlı olmadığına yönelik hukuki düşüncenin nasıl evrildiğini göstermektedir.⁷³

Dijital varlıklar doğaları gereği maddi değildir, onlara dokunmak mümkün değildir. Ancak benzersiz şekilde tanımlanabilir, bireysel (münhasır) nitelikte olabilirler ve daha da önemlisi kontrol edilebilirler. Bu özelliklere sahip olmaları halinde, DALP İlke 3 uyarınca dijital varlıkların mutlak etkili malvarlıksal haklara (*proprietary rights*) tabi tutulmaları mümkündür. Diğer bir ifadeyle, DAPL İlke 2 (2)'de tanımlanan şekliyle dijital varlıklar, mutlak etkili malvarlıksal haklara (*proprietary rights*) konu olabilirler.

Bu noktada, mutlak etkili malvarlıksal hak (*proprietary right*) ifadesiyle neyin kastedildiğini açıklamak yerinde olacaktır. UNIDROIT tarafından hazırlanan yumuşak hukuk (*soft law*) metinleri, farklı hukuk sistemlerini uyumlaştırmayı hedeflediğinden, belli bir hukuk sistemine özgü kavramlara doğrudan atıfta bulunmaktan kaçınır. Bunun yerine, daha genel ve kapsayıcı terimlerin tercih edilmesi yoluna gidilir. Böylece, söz konusu yumuşak hukuk (*soft law*) metinleri, bunları iç hukuklarına aktarmak isteyen ülkeler tarafından kendi sistemlerinin yapısal ve kavramsal dinamiklerine uygun şekilde uyarlanabilir hale gelir.⁷⁴

Bu bağlamda, “*proprietary rights*” terimi bazı hukuk sistemlerinde doğrudan aynı hak anlamında yorumlanabilecekken, diğer bazı sistemlerde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen mutlak hakları ifade edecek şekilde daha geniş bir anlama sahip olabilir.⁷⁵ Dolayısıyla, UNIDROIT’in bu ifadeyi tercih etmesi, farklı hukuk geleneklerine açık ve tarafsız bir terminoloji kullanma gerekliliğinin bir yansımasıdır. Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde, DAPL’i referans alarak yapılacak bir düzenleme ile dijital varlıklar aynı haklara konu olabilirler.

B. Doğrulanmış Karbon Kredilerine İlişkin UNIDROIT Çalışmaları

1. Genel Olarak

İklim kriziyle mücadelede temel sorun, genellikle metrik ton karbondioksit (CO₂) ya da eşdeğeri (CO₂e) cinsinden ölçülen sera gazı (GHG) emisyonlarının nasıl azaltılacağı ve bu sürecin nasıl finanse edileceğidir. Ağaç-

⁷³ LAYR, s. 189, RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, 2024a, s. 6.

⁷⁴ Bkz. UNIDROIT DAPL, s. 24, paragraf 3.2.

⁷⁵ Bkz. UNIDROIT DAPL, s. 25, paragraf 3.4.

landırmagibi doğa temelli çözümlerin yanı sıra, doğrudan karbon yakalama ve gelişmiş ayrışma gibi yüksek sermaye gerektirentechnolojilerinde desteklenmesi, bu kapsamda kritik öneme sahiptir.

Bu projelerin ölçeklenebilmesi için iklim finansmanının artırılması gereklidir. Küresel iklim finansmanı 2021/22 itibarıyla 1,3 trilyon ABD dolarına ulaşsa da,⁷⁶ küresel iklim hedefleri için gerekli 5-11 trilyon ABD doları tahmini ihtiyaçla kıyaslandığında bu rakam yetersizdir.⁷⁷ İşte bu noktada, karbon piyasaları devreye girmektedir.⁷⁸

Karbon piyasaları, karbon kredilerinin alınıp satılabileceği mekanizmalardır. Karbon piyasaları temel itibarıyla uyum (zorunlu) ve gönüllü olmak üzere ikiye ayrılırlar. Uyum (zorunlu) piyasaları (*compliance markets*) genellikle devletler⁷⁹ tarafından düzenlenen emisyon ticareti sistemlerine (ETS) dayanır.⁸⁰ Gönüllü karbon piyasaları (*voluntary carbon markets*) ise

⁷⁶ CLIMATE POLICY INITIATIVE, **Global Landscape of Climate Finance**, 2023, s.5, <<https://www.convergence.finance/resource/global-landscape-of-climate-finance-2023/view>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

⁷⁷ Küresel iklim hedeflerine ulaşmak için mevcut iklim finansmanı kapasitesinin en az beş kat artırılması gerekmektedir. CLIMATE POLICY INITIATIVE, s. 3.

⁷⁸ BERNSTEIN Andrew A., “The Perfect is the Enemy of the Good: Carbon Credits and Funding for Decarbonization in Developing Countries”, **New England Journal of Public Policy**, 35 (2), Article 4, 2023, s. 6 s. <<https://scholarworks.umb.edu/nejpp/vol35/iss2/4/>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)..

⁷⁹ AB Emisyon Ticaret Sistemi gibi devletler tarafından düzenlenen uyum (zorunlu) piyasalarının yanı sıra Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (*International Civil Aviation Organization - ICAO*) tarafından geliştirilen ve uygulanan Uluslararası Havacılık için Karbon Dengeleme ve Azaltım Planı (*Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation - CORSIA*) gibi sektörel uyum piyasaları da bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. www.icao.int (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

⁸⁰ Esasen zorunlu karbon piyasaları, Paris Antlaşması’nın Kasım 2016’da yürürlüğe girmesine kadarki süreçte yürürlükte olan Kyoto Protokolünden beri mevcuttur. Zira Kyoto Protokolünün 17. maddesinde de taraf ülkeler, emisyon ödeneklerinin veya kotalarının ticareti yapılabilir bir mal veya varlık haline getirildiği emisyon ticareti de dahil olmak üzere çeşitli mekanizmalar uygulayarak sera gazları için uluslararası emisyon hedeflerini kabul etmiştir. Kyoto Protokolünde, geliştirilen üç temel piyasa mekanizması bulunmaktadır. Bunlardan ne meşhuru olan Emisyon Ticareti (*Emission Trade*) ile taraf devletlerin Protokol kapsamındaki hedeflerine ulaşmayı amaçlayan yerel eylemlerine ek olarak, emisyonları kaynağında azaltmayı veya ortadan kaldırmayı amaçlayan projelerden kaynaklanan emisyon azaltma birimlerinin ticaretini yapmalarına izin verilmektedir. Temiz Kalkınma Mekanizması (*Clean Development Mechanism*) ile sanayileşmiş ülkelerin geliştirmekte olan ülkelerdeki emisyon azaltma projelerine yatırım yaparak kendi hedeflerini karşılamak için kullanılabilecek sertifikalı emisyon azaltma kredileri kazanmalarını sağlamıştır. Son olarak, Ortak Uygulama (*Joint Implementation*) ile sanayileşmiş ülkelerin, diğer sanayileşmiş ülkelerdeki emisyonları azaltan projelere yatırım yaparak emisyon azaltma birimleri kazanmalarına izin verilmiştir. Paris Antlaşması’nın 6. Maddesi ise taraf ülkelerin Ulusal Katkı Beyanları (*Nationally Determined Contribu-*

özel sektör kuruluşlarının, yasal bir zorunluluk olmaksızın kendi değer zincirleri içinde gönüllü olarak emisyonlarını azaltmalarını sağlamak veya kendi değer zincirleri dışındaki emisyonların azaltımını veya telafisini DKK işlemleri ile finanse edebilmeleri için kurulmuştur.⁸¹ Ancak bazı ülkelerde bu kredilerin zorunlu piyasalarda da kullanılmasına izin verilmesi, gönüllü piyasalar ile uyum piyasaları arasındaki sınırları bulanıklaştırmaktadır.⁸²

Gönüllü piyasada işlem gören DKK'lar, genellikle bir metrik ton CO2 eşdeğerinin azaltıldığını veya ortadan kaldırıldığını belgeleyen, üçüncü taraflarca doğrulanmış kredilerdir. Bu krediler, genellikle üç aşamadan geçer.⁸³ İlk aşamada örneğin ağaç dikme, yenilebilir enerji üretimi veya çöp sahalarındaki metan gazının yakalanması gibi onaylı yöntemlerle emisyon azaltımı sağlayan projeler oluşturulur. Bu azaltım, üçüncü taraflarca doğrulanır (*measurement, reporting and verification - MRV*) ve ardından DKK, özel bir kayıt kuruluşu tarafından işletilen özel bir veri tabanı niteliğindeki DKK siciline (*VCC Registry*) kaydedilir (*issuance and registry*). Daha sonra ise DKK, çoğunlukla net-sıfır veya karbon-nötr gibi hedeflerine ulaşmak

tions) doğrultusunda hedeflerine ulaşmak için gönüllü işbirliğini mümkün kılan iki yeni mekanizma getirmiştir. Madde 6.2 ve Madde 6.4 piyasa temelli, Madde 6.8 ise piyasa dışı işbirliklerine ilişkin ilke ve yöntemleri içermektedir. Paris Anlaşması madde 6.2 ile ülkelerin uluslararası olarak devredilebilen azaltım sonuçları (*International Transferable Mitigation*) oluşturabilecekleri ve bunların ticaretini yapabilecekleri işbirlikçi yaklaşımlarına olanak tanımıştır. Bu mekanizma Kyoto Protokolü'nün emisyon ticareti sistemine dayanmaktadır ancak daha esnek ve daha geniş katılımlıdır. Paris Anlaşması madde 6.4 ile ise karbon kredilerinin emisyon azaltım faaliyetlerinden elde edilebileceği ve uluslararası piyasada satılabileceği ortaya konulmuştur. Diğer bir ifadeyle burada da temiz kalkınma ve ortak uygulama mekanizmalarına benzer bir mekanizma getirilmiştir. Paris Antlaşması Madde 6 kapsamındaki Kredileme Mekanizmaları hakkında detaylı bilgi için bkz. <<https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/article-64-mechanism>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025) Ayrıca Bkz. BERNSTEIN, s. 2. Birleşik Krallık, Avrupa Birliği üyesi iken, İngiliz hukukunda AB emisyon tahsisatlarının (*ETS allowance*), gayri maddi mal (*intangible property*) olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Armstrong DLW GmbH v Winnington Networks Ltd [2013] Ch 156, para. 52.

⁸¹ Bkz. BERNSTEIN, s. 6.

⁸² Örneğin Singapur Karbon Fiyatlandırma Yasası'nın (*Carbon Pricing Act 2018*) Verginin ve Cezanın Ödenmesi başlıklı 17 (3A) maddesi uyarınca belli koşullar altında belirlenen vergi yılı için, sabit fiyatlı bir karbon kredisi yerine bir adet uygun uluslararası karbon kredisi yani DKK ile dengeleme yapılmasına izin verilmektedir. Bkz. <<https://sso.agc.gov.sg/Act/CPA2018?ProvIds=P15-#pr17->>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

⁸³ Gönüllü karbon kredilerinin yaşan döngüsüne ilişkin bkz. UNIDROIT, **Draft UNIDROIT Principles on the Legal Nature of Verified Carbon Credits**, UNIDROIT 2025, Study LXXXVI- W.G.5 - Doc. 2 rev., March 2025, s. 5- 10, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2025/04/Study-LXXXVI-W.G.5-Doc.-2-rev.-Draft-Principles.pdf>> (Erişim Tarihi: 02.04.2025) Ayrıca bkz. IOSCO, s. 15 vd.

için emisyon salınımlarını telafi etmek isteyen şirketlere ikincil piyasalarda satılır (*secondary market trading*). Kullanım sonrasında ise DKK emekliye ayrılır (*use and retirement*), yani kalıcı olarak sistemden çıkarılır. Bazı durumlarda, örneğin projenin taahhüt edilen sonucu ortaya koymaması gibi olumsuz gelişmeler nedeniyle kredi, onu ihraç eden kuruluş tarafından iptal edilebilir (*cancellation*).

İklim projelerinin gerekli ölçekte yatırım alabilmesi, gönüllü piyasaların etkinleşmesi ve bu yolla ikincil piyasaların oluşması ile mümkün olabilir. Bunun ön koşulu ise doğrulanmış karbon kredilerinin hukuki niteliğinin açık biçimde belirlenmesidir. Zira ancak bu sayede söz konusu piyasa araçlarına yönelik hukuki güven tesis edilebilir. Gerçekten de, DKK'ların devrinin nasıl gerçekleştirileceği, teminat konusu olup olamayacağı, cebri icra durumunda hangi rejime tabi olacakları gibi pek çok husus, yalnızca hukuki nitelikleri netleştirildikten sonra açıklığa kavuşabilir.

Bu kapsamda, 24 Ocak 2022 tarihinde, Uluslararası Swap ve Türev İşlemler Birliği (*International Swap and Derivatives Association - ISDA*) tarafından UNIDROIT'a, DKK'ların hukuki niteliğini analiz edecek bir proje geliştirilmesi önerilmiştir.⁸⁴ Bu teklif, 9 Mayıs 2022 tarihinde Paraguay Hükümeti'nin UNIDROIT Sekreteryası'na gönderdiği destek mektubu ile güçlendirilmiştir. Neticede, UNIDROIT Konseyi, 8-10 Haziran 2022 tarihlerinde gerçekleştirilen 101. oturumunda, doğrulanmış karbon kredilerinin hukuki niteliğini ile diğer özel hukuk boyutlarını analiz edecek bir projenin 2023-2025 Çalışma Programına "yüksek öncelik" statüsüyle dahil edilmesini oybirliğiyle tavsiye etmiştir.⁸⁵ Bu tavsiye, 15 Aralık 2022 tarihinde gerçekleştirilen UNIDROIT Genel Kurulu'nun 81. oturumunda yine oybirliğiyle kabul edilmiştir.⁸⁶

Hali hazırda devam eden bu projenin temel amacı, DKK işlemlerine yönelik hukuki güveni artırmak ve sağlıklı işleyen bir GKP altyapısının geli-

⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz. <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/verified-carbon-credits/>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

⁸⁵ Detaylı bilgi için bkz. UNIDROIT 2022 C.D. (101) 4 rev, paragraf 50-60. <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/06/C.D.-101-4-rev.-Proposals-for-the-New-Work-Programme-for-the-triennial-period-2023-2025-2.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

⁸⁶ UNIDROIT2022, A.G. (81) 3, paragraf 75-78. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/11/A.G.-81-3-Work-Programme-2023-2025_web-site-version.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

şimini desteklemek üzere, özel hukuk alanında rehberlik sunacak, esnek (yumuşak) hukuk (*soft law*) niteliğinde bir ilke seti oluşturmaktır.

2. Doğrulanmış Karbon Kredileri, Aynı Hak Konusu Olabilir mi?

Gönüllü piyasalardayatırımcı güveni oluşturmak için, DKK'ların aynı haklara konu olabilmesi gerektiği yönünde piyasalarda geniş çaplı bir fikir birliği oluşmuştur. Bu noktadan hareketle, UNIDROIT Çalışma Grubu, farklı hukuk sistemlerinde aynı haklara özgü temel özellikleri esas alan işlevsel eşdeğerlik yaklaşımı ile DKK'ların aynı hak konusu olup olmayacağını değerlendirmiş ve bu varlıkların da dijital varlıklar mutlak etkili malvarlıksal haklara (*proprietary rights*) konu olabileceği konusunda Çalışma Grubunda da kapsamlı bir fikir birliğine kavuşulmuştur.⁸⁷ Bu değerlendirme, yine aynı haklara konu olabilecek “eşya” kavramının temel unsurlarının analiziilegerçekleştirilmiştir.⁸⁸

Bunların başında eşyanın sınırlarının belirli ve tanımlanabilir olması gelir. Buna göre, aynı hakların konusunun tanımlanabilir ve varlığının ayrıştırılabilir olması gelir. Her bir DKK, kendisine özgü tanımlanmış ve DKK siciline kayıtlı bir seri numarası taşıdığından, bu unsuru karşılamaktadır.⁸⁹ Ayrıca, DKK'ların yaşam döngüsü, menfaat sahipleri tarafından DKK sicilindeki kayıtlar aracılığıyla izlenebilmektedir.

İkinci unsur, üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulabilir olmasıdır. DKK'ların üzerinde hak sahibinin doğrudan fiili bir kontrolü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, DKK'lar üzerlerinde münhasır bir hukuki kontrol kurulmaya elverişlidir.⁹⁰ Zira DKK'lar yalnızca hak sahiplerinin sicile verdikleri talimatlar doğrultusunda işlem görebilmektedir.

Üçüncü unsur isedeğerinde azalma olmaksızın aynı anda birden fazla kişi tarafından kullanılmaya elverişli olmamasıdır (*rivalrousness*). Yani, bir kişinin DKK'yı kullanımı, diğer kişilerin aynı anda ondan aynı ölçüde kul-

⁸⁷ UNIDROIT, **Summary Report of the First Session (10-12 October 2023)**, UNIDROIT 2023, Study LXXXVI - W.G.1 - Doc.3, paragraf 86. <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Study-LXXXVI-W.G.1-Doc.-3-Report.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

⁸⁸ UNIDROIT, **Summary Report of the Second Session (22-24 April 2024)**, UNIDROIT 2024, Study LXXXVI - W.G.2 - Doc.3 rev., paragraf 66-100. <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/07/Study-LXXXVI-W.G.2-Doc.-3-rev.-Summary-Report.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)

⁸⁹ UNIDROIT, W.G.2 - Doc.3 rev., paragraf 129.

⁹⁰ UNIDROIT, W.G.2 - Doc.3 rev., paragraf 98.

lanımını engellemedir. Diğer bir ifadeyle, DKK'lar aynı zamanda yalnızca bir kişi tarafından eşdeğer amaçla kullanılabilir olmalıdır. Nitekim, bu DKK'lar VCC Sicilleri sayesinde bu niteliği de sağlayabilirler.⁹¹ Zira bir kez devredildikten sonra aynı kişi tarafından bir başkasına devredilmeleri veya emekliye ayrıldıktan sonra yeniden kullanılmaları mümkün değildir.

Son unsur ise, varlığın ekonomik bir değer taşımasıdır. DKK'lar, ya yasal bir yükümlülüğü karşılamak ya da yasal bir yükümlülük olmaksızın şirketlerin kendi değer zincirleri içinde gönüllü olarak emisyonlarını azaltmalarını sağlamak veya kendi değer zincirleri dışındaki emisyonların azaltımını finanse etmek için kullanılırlar ve bu amaçla ikincil piyasalarda işlem görürler. Bu bakımından ekonomik bir değer taşıdıkları da söylemek mümkündür.

DKK'lar açısından işlevsel eşdeğerliğin sağlanmasında kilit kavram DKK Sicilidir. Bu sicil, bir kayıt kuruluşu tarafından işletilen özel bir veri tabanıdır. Temel itibarıyla, DKK'ların işlemlere konu olabilecek hesaplarını tutar, DKK'ların belirlenmesi ve tanımlanması için gerekli olan benzersiz kimlik numarasını sağlarlar. Ayrıca, DKK sicili, DKK devri veya emekliye ayrılması gibi işlemlerde hesap sahibinin talimatlarına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu sayede hesap sahibi, hukuki kontrolünü bu sistem üzerinden gerçekleştirir.

2-4 Nisan 2025 tarihlerinde Çalışma Grubunun beşinci toplantısı tamamlanmış olup⁹² halihazırda kapsam ve tanımlar, uygulanacak hukuk, DKK'ların oluşturulma süreci, devri, iptali, DKK sicili, saklama sözleşmeleri, teminat işlemlerine konu olması, cebri icra ve iflas gibi konularda detaylı düzenlemelere ve açıklamalara yer veren 24 maddelik bir taslak İlke metni ve şerhi hazırlanmıştır.⁹³

SONUÇ

Ekonomik değer barındıran ve piyasalarda işlem gören varlıklar giderek daha soyut bir nitelik kazanması, hukuk sistemlerinin de bu dönüşüme uyum sağlamasını zorunlu kılmaktadır. Fiziksel varlıklar üzerine inşa edilen klasik eşya hukuku yapısı, dijital varlıklar ve doğrulanmış karbon kredileri gibi

⁹¹ UNIDROIT, W.G.2 - Doc.3 rev., paragraf 100.

⁹² Çalışma Grubunun beşinci toplantısı hakkında bkz. <<https://www.unidroit.org/fifth-session-of-the-unidroit-working-group-on-the-legal-nature-of-verified-carbon-credits/>> (Erişim Tarihi: 02.04.2025)

⁹³ Bkz. UNIDROIT, W.G.5 - Doc. 2 rev., March 2025.

soyut varlıkları kavramsal ve normatif düzeyde karşılamakta yetersiz kalmaktadır.

Bu noktada, UNIDROIT'in benimsediği yumuşak hukuk (*soft law*) yaklaşımı, teknolojiden bağımsız, karşılaştırmalı ve piyasa aktörlerinin görüşlerini kapsayıcı bir çerçevede geleceğe yönelik önemli bir yönlendirme sunmaktadır. Yeni ortaya çıkan bu varlıkların aynı haklara tabi varlıklar olarak tanımlanması, hem bu değerlerin başkasına devri hem de korunması bağlamında hukuki belirlilik sağlamaktadır. Bu sayede, söz konusu varlıkların icra edilir ve ticareti yapılabilir hukuki değerler olarak işlev görmesi mümkün hale gelmektedir.

Gelinen noktada, bu dönüşümü takip etmek ve hukuk düzenine entegre etmek, ulusal yasa koyucular açısından öncelikli bir görev haline gelmiştir. Özellikle bu varlıklara ilişkin işlemlerin sınır ötesi karakteri, yetki alanları arasında hukuki uyumun sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür bir uyum, hem hukuk güvenliğini artıracak hem de küresel piyasa yapılarının gelişimini destekleyecektir.

Sonuçta, eşya hukukunun evrimi, yalnızca bugünün değil, dijital ve iklim temelli yarının ekonomileri açısından da kaçınılmaz bir gerekliliktir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale/ AKINTÜRK Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta, İstanbul, 2009.
- AKSOY DURSUN Sanem, **Eşya Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- BACON Jean/ MICHELS Johan David/ MILLARD Christopher/ SINGH Jatinder, “Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers”, **Richmond Journal of Law & Technology**, 25, 1, 2018, ss. 1-106.
- BERNSTEIN Andrew A., “The Perfect is the Enemy of the Good: Carbon Credits and Funding for Decarbonization in Developing Countries”, **New England Journal of Public Policy**, 35 (2), Article 4, 2023, <<https://scholarworks.umb.edu/nejpp/vol35/iss2/4>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- BİLGİLİ Fatih/ CENGİL Muhammet Fatih, “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu” <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713> (Erişim Tarihi 14 Aralık 2024).
- BRIDGE Michael, **Personal Property Law**, 4. Ed., Oxford, 2015.
- BRIDGE Michael/ GULLIFER Louise/ LOW Kelvin F.K/ MCMEEL Gerard, **The Law of Personal Property**, 3. Bası, Sweet & Maxwell, 2022.
- BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU Gülçin, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir”, **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 1-20.
- CLIMATE POLICY INITIATIVE, **Global Landscape of Climate Finance 2023**, November 2023, <<https://www.convergence.finance/resource/global-landscape-of-climate-finance-2023/view>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz, **Roma Eşya Hukuku**, Turhan, Ankara, 2015.
- DUBOVEC Marek, “Toward Decentralized Commercial Law for Digital Assets”, **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, 19, 2022, ss. 239-288.
- ERGÜNE Mehmet Serkan, **Taşınır Mülkiyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- FURRER Andreas/ MÜLLER Luka, “Funktionale Äquivalenz: digitaler Rechtsgeschäfte - Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht”, **Jusletter**, Juni 18, 2018, <https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2018/940/-funktionale-aquival_b0cce8fb0c.html__ONCE&login=false> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- GABRIEL Henry D, “The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records”, **Uniform Law Review**, 24, 2019, ss. 261-280.
- HAAB Robert/ SIMONIUS August/ SCHERRER Werner/ ZOBL Dieter, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB**, 2. Auflage, Schulthess, Zürich, 1977.

- IOSCO, **Voluntary Carbon Market Final Report**, FR/08/2024, 14 Nov 2024, <<https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD774.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)
- KÄLIN Oliver, **Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB**, Schulthess, Zürich, 2002.
- KAPANCI Kadir Berk, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, **Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss. 163-213.
- LAYR Angelika K., **Funktionale Äquivalenz digitaler Rechtsgeschäfte**, Schulthess, Zürich, 2024.
- MCCARTHY Laura, “Digital Assets and Intestacy”, **Boston University Journal of Science and Technology Law**, 21 (2), 2015, ss. 384-412.
- MEIER-HAYOZ Arthur, **Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB**, 5. Auflage, Stämpfli, Bern, 1981.
- NOMER Halûk Nami/ ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- OĞUZMAN M. Kemal/ BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, 26. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- ÖZDEMİR Genç, “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(1), 2021, ss. 289-306.
- REY Heinz, **Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht**, Band 1, 3. Auflage, Stämpfli, Bern, 2007.
- RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL Teresa, “Chapter 6: Tracing the Path of the Role of Technology in UNIDROIT Instruments”, **The Elgar Companion to UNIDROIT**, Edward Elgar Publishing, 2024, ss. 80-95.
- RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL Teresa, “The Emergence of Principles and Best Practices on Assets: Proprietary Rights, and Enforcement”, **European Journal of Risk Regulation**, 2024, ss.1-12, <<https://doi.org/10.1017/err.2024.55>> (Erişim Tarihi 14 Aralık 2024).
- SEROZAN Rona, **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- SİRMEN Lâle, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atilla, **Tekinay Eşya Hukuku Cilt: I Zilyetlik-Tapu Sicili - Mülkiyet**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- UK LAW COMMISSION, **Digital Assets: Final Report**, Law Com No 412, June 2023, <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109172211mp_/https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-

- e218f50a4812967ba1215eaecede923f/uploads/sites/30/2023/06/Final-digital-assets-report-FOR-WEBSITE-2.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- UNCITRAL, **UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records**, New York, 2018, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- UNIDROIT, **Draft UNIDROIT Principles on the Legal Nature of Verified Carbon Credits**, UNIDROIT 2025, Study LXXXVI- W.G.5 - Doc. 2 rev., March 2025, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2025/04/Study-LXXXVI-W.G.5-Doc.-2-rev.-Draft-Principles.pdf>> (Erişim Tarihi: 02.04.2025)
- UNIDROIT, **Item No. 5 on the agenda: Update on certain high-priority projects on the 2023-2025 Work Programme, (c) Legal Nature of Voluntary Carbon Credits**, UNIDROIT 2024, C.D. (103) 11, April 2024, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/04/C.D.-103-11-Legal-nature-of-Voluntary-Carbon-Credits-with-Annexe-1.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- UNIDROIT, **Summary Report of the First Session (10-12 October 2023)**, UNIDROIT 2023, Study LXXXVI - W.G.1 - Doc.3, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Study-LXXXVI-W.G.1-Doc.-3-Report.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- UNIDROIT, **Summary Report of the Second Session (22-24 April 2024)**, UNIDROIT 2024, Study LXXXVI - W.G.2 - Doc.3 rev., <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/07/Study-LXXXVI-W.G.2-Doc.-3-rev.-Summary-Report.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- UNIDROIT, **UNIDROIT Digital Assets and Private Law**, Rome, 2023, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked-1.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- UNIDROIT/UNCITRAL, **UNCITRAL/UNIDROIT Study on the Legal Nature of Verified Carbon Credits Issued by Independent Carbon Standard Setters Note By The Secretariat**, A/CN.9/1191, 14 March 2024, <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v24/017/18/pdf/v2401718.pdf>> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).
- WEBB Charlie, “Three Concepts of Rights, Two of Property”, **Oxford Journal of Legal Studies**, 38, 2018, ss. 246- 269.
- WIEACKER Franz, “Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 148, 1, 1943, ss. 57-104.
- WOLF Stephan/ WIEGAND Wolfgang, “Vorbemerkungen zu Art. 641 ff. ZGB” **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.

YAPAY ZEKANIN İŞ HUKUKUNA ETKİSİ^(*)

Doç. Dr. Özgür OĞUZ^(**)
Cemal Mert TÜZEMEN^(***)

Öz: İşyerinde yapay zeka uygulamalarının hızla yayılması, iş hukuku ve çalışma hayatı açısından çeşitli fırsatlar ve riskler ihtiva etmektedir. Bu makale, yapay zekanın iş hayatına olan çok yönlü etkilerini eleştirel bir bakış açısıyla inceleyerek, işçilerin denetimi, ayrımcılık ve yapay zekanın bir karar verme mekanizması olarak kullanılması konularına odaklanmaktadır. Yapay zeka yardımı ile işçilerin faaliyetlerinin izlenmesi, üretkenliği artırma potansiyeline sahip olmakla birlikte, işçilerin hak ve hürriyetlerinin zedelenmesi gibi kaygılara yol açmaktadır. Yapay zeka algoritmalarının, istemli veya istemsiz olarak yanlış veya yanıltıcı verilere dayalı kararlar almaları durumunda ortaya ayrımcı davranışların çıkması olasıdır. Ayrıca, yapay zekanın otonom karar alma kapasitesi yeni karmaşıklıkları gündeme getirmektedir. Yapay zekanın iş hukuku temel ilke ve prensiplerine saygı gösterilerek iş hayatına entegre edilmesi, teknolojik ilerleme ile etik değerler arasında bir denge kurulması için elzemdir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Otomasyon, İş Hukuku, Denetim, Ayrımcılık.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.12.2023 - Makale Kabul Tarihi: 25.04.2025

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir -Türkiye,
E-posta: ooguz1@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9930-9109>.

^(***) Anadolu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Programı Öğrencisi, Eskişehir - Türkiye,
E-posta: cmt@anadolu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0003-0742-1529>.

THE EFFECT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON LABOUR LAW

Abstract: The rapid proliferation of artificial intelligence applications in the workplace entails various opportunities and risks from the perspective of labour law and the work environment. This article critically examines the multifaceted impact of artificial intelligence on the workplace, focusing on issues such as the monitoring of employees, discrimination, and the use of artificial intelligence as a decision-making mechanism. While the monitoring of employees' activities through artificial intelligence has the potential to increase productivity, it raises concerns about the infringement of the rights and freedoms of employees. The use of artificial intelligence algorithms may result in discriminatory behaviour if decisions are based on incorrect or misleading data -whether intentional or unintentional. Moreover, the autonomous decision-making capacity of artificial intelligence brings forth new complexities. Respecting the fundamental principles of labour law in the integration of artificial intelligence into the workplace, is essential for striking a balance between technological advancement and ethical values.

Keywords: Artificial Intelligence, Automation, Labour Law, Monitoring, Discrimination.

GİRİŞ

Yapay zekanın, hayatımıza entegrasyonu gün geçtikçe ivme kazanmaktadır. Birçok sektörün vazgeçilmez bir parçası haline gelen yapay zeka, işçi ve işverenler için önemli fırsatlar oluşturmaktadır. En basit anlamda, yapay zeka hem işçilerin hem de işverenlerin işlerini daha iyi yapmalarına yardımcı olan bir araç veya aygıt olarak görülebilir. Bu bağlamda yapay zekanın çalışma hayatına ilk bakışta olumlu etkileri var gibi gözükse de¹ iş hukuku bakımından çeşitli problemler yaratacağı da aşîkardır.²

Belirli hedeflere ulaşmak için çevrelerini analiz eden ve belirli bir özerklik derecesiyle hareket ederek zeki davranışlar sergileyen sistemler³ olarak tanımlanan yapay zeka teknolojileri, çalışma hayatında çeşitli kullanım alanları bulmuştur. İşyerinde artan bir şekilde, işçilerin gözetimi ve performans değerlendirilmesi yapmak adına yapay zeka teknolojilerinden yararlanılmaktadır.⁴ Aynı zamanda iş açısından önemli kararlarının verilmesinde yapay zeka algoritmalarının kullanılması da gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır.⁵ Bu algoritmalar sadece ekonomik rekabeti ilgilendiren kararlarla sınırlı olmamakla birlikte, işçileri etkileyen kararların da temelini oluşturmaya başlamıştır.⁶ Tüm bunların yanı sıra, yapay zeka sistemleri, işe alım süreçlerinden başlayarak muhtemel işten çıkarmalara kadar uzanan bir yelpazede rol oynamaktadır.⁷

Yapay zekanın iş dünyasında kullanımının artması, potansiyel olarak işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliğinin artmasına sebebiyet verdiği-

¹ MURO Mark / MAXIM Robert / JACOB Whiton “Automation and Artificial Intelligence: How Machines Are Affecting People and Places” **Metropolitan Policy program at Brookings**, ss. 14, 2019.

² DE STEFANO Valerio, “Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial intelligence and labour protection” **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 41, S. 1, 2018, ss. 4.

³ SHEIKH Haroon / PRINS Corien / SCHRIJVERS Erik, **Mission AI: The New System Technology**, 1. Bası, Springer International Publishing, 2023, ss. 20.

⁴ GÜR Yunus Emre / AYDEN Cem / YÜCEL Atilla, “Yapay Zekâ Alanındaki Gelişmelerin İnsan Kaynakları Yönetimine Etkisi” **Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C. 3, S. 2, 2019, ss. 140; ÇANKAYA Yiğitcan, **Yapay Zekanın İş İlişkisine Etkileri**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2024, ss. 189.

⁵ ALOISI Antonio / DE STEFANO Valerio, “Between risk mitigation and labour rights enforcement: Assessing the transatlantic race to govern AI-driven decision-making through a comparative lens.”, **European Labor Law Journal**, C. 14, S. 2, 2023, ss. 286.

⁶ ABRAHA Halefom, “Regulating algorithmic employment decisions through data protection law” **European Labor Law Journal**, C. 14, S. 2, 2023, ss. 173.

⁷ MÉLYPTAKI Gábor, “The Role of the Artificial Intelligence in the Labour Law Relations in European and Asian Aspect”, **İnsan ve İnsan Dergisi**, C. 8, S. 30, 2021, ss. 69.

den, pek çok önemli risk unsuru barındırmaktadır.⁸ Bu makalede yapay zekanın iş hukuku bağlamında yaratacağı muhtemel etkiler ve potansiyel riskler ele alınacaktır.

I. İŞYERİNDE YAPAY ZEKA KULLANIMININ YARATTIĞI SORUNLAR

A. Yapay Zeka ile Yapılan Denetim Faaliyetleri

İşçilerin izlenmesi teknolojinin gelişmesiyle birlikte ileri boyutlara evrilmiştir.⁹ Günümüzde, giyilebilir teknoloji gibi gelişmeler, çalışanların denetlenmesi konusunda yeni dinamikler oluşturmuş ve işçi haklarının korunmasıyla ilgili yeni hukuki soruları gündeme getirmiştir.¹⁰ Yapay zeka teknolojilerinin kullanımı ise hiyerarşik yönetim ve dijital gözetleme olasılıklarını büyük ölçüde artırmıştır.¹¹ İşçilerin verilerinden yapay zeka kullanarak ‘içgüdüsel olmayan ve doğrulanamayan’ çıkarımlar yapılması, kişilik haklarını ve etik değerleri potansiyel olarak zedelemektedir.¹² Dolayısıyla, işyerlerinde yapay zeka kullanımının artması iş sözleşmesinin uygulanması kapsamında pek çok uyumsuzluğu beraberinde getirmektedir. İşverenin denetim faaliyetlerinin sınırları, yapay zekanın bu sınırlar bakımından ihtiva ettiği potansiyel riskleri daha iyi anlayabilmek adına incelenecektir.

1. İşverenin Denetim Yetkisinin Sınırları

İşçi işveren ilişkisi gereği, işçilerin belirli zamanlarda işverenin talimat ve bilgilendirmeleri doğrultusunda kendisinden beklenen işi gerçekleştirme- si ve sadakatle davranması beklenir.¹³ Bu bağlamda işçinin bu zamanı nasıl

⁸ JARRAHI Mohammad Hossein, “Algorithmic management in a work context” **Big Data & Society**, C. 8, S. 2, 2021, ss. 1.

⁹ VITAK Jessica / ZIMMER Michael, “Surveillance and the future of work: exploring employees’ attitudes toward monitoring in a post-COVID workplace” **Journal of Computer-Mediated Communication**, C. 28, S. 4, 2023, ss. 1.

¹⁰ AJUNWA Ifeoma, “Algorithms at Work: Productivity Monitoring Applications And Wearable Technology As The New Data-Centric Research Agenda For Employment And Labor Law” **Saint Louis University Law Journal**, S. 63, 2018, ss. 23.

¹¹ ALOISI Antonio / GRAMANO Elena, “Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context”, **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 41, S.1, ss. 101, 2019.

¹² ALOISI/GRAMANO, s. 101.

¹³ GÖKTAŞ Seracettin, “Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu” **Anayasa Yargısı**, C. 38, S. 2, 2021, ss. 3.

kullandığı, yerine getirdiği ‘iş’ çerçevesinde işverenin talimatlarına ve sadakat borcuna uyup uymadığını denetlemek adına işçi denetimi mekanizması iş hukukunda yer bulmuş bir kavramdır.¹⁴ İşçilerin denetimi faaliyetlerinde, işçinin temel hak ve hürriyetleri ile işverenin menfaatleri arasında bir çatışma yaşanmakta ve dolayısıyla işçi ve işverenlerin hak ve çıkarları arasında bir dengenin oluşturulması zarureti ortaya çıkmaktadır.¹⁵ İşverenin denetim faaliyetlerinin, işçinin kişilik haklarından kaynaklanan doğal bir sınırlamaya tabi olmasından bahsedilebilecektir.¹⁶ Bu bağlamda işverenin, işçinin kişilik haklarını ihlal edecek şekilde mutlak bir denetim yetkisine sahip olmadığını belirtmek gerekir.¹⁷ Başka bir deyişle, işveren denetim yetkisini kullanırken işçilerin kişilik hakları ve kendi menfaatleri arasında hassas bir denge kurulmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki:

‘İşçinin işverenin izleme faaliyetlerine sözleşme ile cevaz vermesi halinde taraflar arasında uyumsuzlukların ortaya çıkacağı söylenemez. Ancak iş sözleşmesinde söz konusu husus açıkça düzenlenmediği durumlarda sözleşme taraflarının temel hak ve hürriyetleri ve kişilik hakkı kapsamında uyumsuzluklar ortaya çıkacaktır.’¹⁸

İşverenin işçiyi izlemesiyle genel olarak önleme veya tespit etme maksadıyla denetim yapması amaçlanmaktadır.¹⁹ Önleme amaçlı denetim işçilerin ceza hukukunu ilgilendiren davranışlarını veya olası sözleşme ihlallerinin önüne geçilmesi amacıyla yapılırken, tespit amaçlı denetim ise olası suç veya sözleşmesel aykırılığın tespiti için yapılmaktadır.²⁰ Bununla beraber işverenin uyguladığı izleme faaliyetlerinin sebepleri; kanuni zorunluluklar ve kanuni sorumluluklar, performansının değerlendirme verimlilik ölçümü

¹⁴ ÖZDEMİR Hayrunnisa, “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 14, 2010, ss. 253-254.

¹⁵ NURATA Zeynep Ceren, “Hukuksal, örgütsel ve etik bir sorun olarak işyerinde elektronik gözetim”, **Gazi İktisat ve İşletme Dergisi**, C. 7, S. 3, 2021, ss. 221.

¹⁶ AYDINLI İbrahim, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi” **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 19, S. 6, 2005, ss. 23.

¹⁷ SAVAŞ Burcu, “İş Hukukunda Siber Gözetim”, **Çalışma ve Toplum**, C. 22, S. 3, 2009, ss. 99.

¹⁸ YAMAN Melike, “İşverenin işçinin iletişimini denetlemesi ve bu faaliyetlerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi” **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2020, ss. 3529.

¹⁹ OKUR Zeki, **İş Hukukunda Elektronik Gözetleme**, 1. Bası, Legal Yayıncılık, 2013, ss. 25.

²⁰ OKUR, s. 25.

ve güvenlik sebebi olarak sıralanabilir.²¹ İşveren, yukarıda bahsedilen sebeplere dayanarak gereken denetimi yapabilir, fakat belirtmek gerekir ki bu denetim sırasında işverenin her zaman ‘orantılılık’ prensibine riayet etmesi gereklidir, aksi halde işçilerin kişilik haklarının ihlali söz konusu olacaktır.²²

Zira işverenin denetleme faaliyetleri, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması anlamına gelmektedir²³, ve Anayasa’nın 13. Maddesi hükmüne:

‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.’

‘Dolayısıyla işverenin, denetleme ve izleme için sadece meşru menfaatinin olması yeterli olmayıp; bu menfaatinin gerçekleşmesi için başvuracağı yöntemlerin ölçülü olması da gereklidir.’²⁴ Ancak ‘ölçülülük’ ilkesine riayet edildiğinde işçilerin kişilik hakları ve işverenin menfaatleri arasında hassas bir denge kurulabilecektir.²⁵

Devlet, kişilerin özel ve aile hayatına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin haksız saldırılarını önlemekle yükümlüdür.²⁶ Dolayısıyla belirtmek gerekir ki, işveren olası yaptırımlardan kaçınmak adına, denetim faaliyetlerinde bulunurken Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 20 ve 22’de sırasıyla düzenlenen özel hayatın gizliliği ve haberleşmenin gizliliği güvencelerine de saygı duymak mecburiyetindedir.

Ölçülülük ilkesinin yanı sıra, işverenin denetim yetkisinin sınırları çeşitli kanun hükümleri dolayısıyla da karşımıza çıkmaktadır. İşverenin denetimi kimi zaman işçilerin kişisel verilerinin işlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Açık rızanın veya meşru menfaatin bulunmadığı durumlarda, işçinin kişisel

²¹ ÖZDEMİR Hayrunnisa, “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 14, 2010, ss. 234.

²² ÖZDEMİR, s. 34.

²³ YAMAN, s. 3530.

²⁴ ÇATALKAYA Deniz Ugan, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2020, ss. 354.

²⁵ YAMAN, s. 3530.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, 2013/4825, 24.03.2016.

verileri ancak özel kanun hükümleri uyarınca hukuka uygun olarak işlenebilecektir. Zira Türk Medeni Kanunu m. 24/2 hükmüne: *‘Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.’* Dolayısıyla kanunun verdiği yetkinin kullanılması dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olabilecektir. Türk Borçlar Kanunu m. 419 hükmüne *‘İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.’* Fakat belirtmek gerekir ki, kanun koyucu işçilerin kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde işlenmesi için çeşitli sınırlandırmalar öngörmüştür. Dolayısıyla açık rızanın veya meşru menfaatin olmadığı durumlarda işverenin denetim yetkisinin sınırlarından bahsederken, kişisel verilerin işlenmesi sonucunu doğuran denetimin, ancak *‘işçinin işe yatkınlığıyla ilgili’* olması ve *‘hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde’* olması durumunda hukuka uygunluğundan söz edilebileceğini belirtmek gerekir.²⁷ İşverenin hukuka aykırı denetiminin sonucunda işçinin gördüğü zarar Türk Medeni Kanunu’nun 24/2, ve Türk Borçlar Kanunu’nun 49/2. Maddeleri hükmüne işverenin sorumluluğunu doğuracaktır. Dolayısıyla veri sorumlusu sıfatıyla işveren bakımından, kişisel veri işleme yöntemlerinden kabul edilen işçinin izlenmesinin hukuka aykırı olduğu durumlarda, kişiliğin korunması adına hukuki yaptırımlar uygulanabilecektir.²⁸

2. Avrupa’da İşverenin Denetim Yetkisinin Sınırları

İşverenin menfaati adına sürdürdüğü denetim faaliyetlerinin, işçinin temel hak ve özgürlüklerinden kaynaklanan doğal bir sınırlandırmaya tabi

²⁷ Yapay zeka ile verilerin işlenmesi durumunda karşımıza çıkan işveren menfaatleri ve işçi hakları çatışmasında, işverenin ekseriyetle ekonomik menfaatinin olduğundan bahisle ‘daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar’dan söz edilemeyeceğini; diğer yandan işverenin meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olduğu durumlarda, yapay zeka ile veri işlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olacağından bahisle ancak açık rızanın bulunduğu veya kanunun verdiği yetkilerin kullanıldığı durumlarda yapay zeka ile veri işlemenin hukuka uygunluğundan bahsedilebileceğini belirtmek gerekir. İşverenin özel hayata yapacağı müdahaleleri ve üstün yarar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. OĞUZ Özgür, “İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İşçinin Kurumsal E-postalarını Kontrol Etmesi Sorunu” **Legal Hukuk Dergisi**, C. 21, S. 250, 2023, ss. 3833-3837.; Meşru menfaat ve ölçülülük hakkında daha detaylı bilgi için bkz. GÜNAL Ayşe Nida / ÜSTÜN Yasin, “İş İlişkilerinde Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Menfaat”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 4, S. 2, ss. 12.

²⁸ YAMAN, s. 3530.

olduğunu ve orantısız denetim faaliyetleri sonucunda işverenin oluşan zarar bakımından sorumlu olacağını söyledikten sonra, belirtmek gerekir ki, işverenin menfaatleri ve işçilerin temel hak ve özgürlükleri arasında kurulması gereken hassas denge Anayasa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da önemli bir husus olarak görülmüş ve Barbulescu/Romanya kararında²⁹, AİHM bu dengenin sağlanması için yerel yetkililerin gözetmesi gereken esasları belirtmiştir.

İlgili kararda, işçinin özel yaşamına saygı hakkı ile işverenin korunması gereken menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması hususuna dikkate çekilerek, bu dengenin kurulması adına ilke ve kriterler belirlemiştir.³⁰ Bu kriterler içeriği bakımından işçiye belli başlı güvencelerin sağlanması adına zikredilmiştir. AİHM'e göre, işverenin izleme önlemlerini alabileceği ihtimali konusunda işçileri önceden bilgilendirilmesi gereklidir. İzlemenin derecesi ve mahremiyete müdahale derecesi dikkate alınmalıdır. İşverenin iletişimi izleme ve içerik erişimi için gerekçeleri meşru olmalıdır. Daha az müdahaleci yöntemlerle izleme yapmanın mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. İzlemenin işçi üzerinde doğurduğu etkileri göz önünde bulundurulmalıdır ve izlemenin sonuçların amaca uygun kullanılmalıdır. İşçiye yeterli korumanın sağlanması için gerekli önlemler alınmalı ve müdahaleci bir faaliyet var ise bu durum işçiye önceden haber verilmelidir. Öne sürülen bu kriterlerin, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü³¹ (GDPR) ile ortaya konulan ilkelere paralel bir şekilde belirlendiğini belirtmek gerekir.³²

AİHM tarafından belirlenen, yerel yetkililerin gözetmesi gereken bu kriterler, ulusal düzenlemelerimizin de gerektirdiği, işverenin menfaatleri ile işçinin temel hak ve hürriyetlerinin arasında oluşturulması gereken hassas

²⁹ Barbulescu v Romania App no. 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017).

³⁰ Barbulescu v Romania App no. 61496/08 (ECtHR, 5 September 2017) [121].

³¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119/1.

³² Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde belirtilen ilkeler sırasıyla şöyledir: Gereklilik ilkesi: İzleme belirli bir amaca ulaşmak için gerekli olmalıdır. Amaç belirtme ilkesi: Veriler belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmalıdır. Şeffaflık ilkesi: İşveren, çalışanlara izleme operasyonları hakkında tam bilgi sağlamalıdır. Meşruiyet ilkesi: Veri işleme operasyonları yalnızca meşru bir amaç için gerçekleştirilebilir. Orantılılık ilkesi: İzlenen kişisel veriler, belirlenen amaçla ilgili olarak ilgili ve yeterli olmalıdır. Güvenlik ilkesi: İşveren, toplanan verilere üçüncü tarafların erişememesini sağlamak için mümkün olan tüm güvenlik önlemlerini almak zorundadır.

denge bakımından isabetli görülmekle birlikte, belirtmek gerekir ki yapay zekanın denetleme faaliyetlerinde kullanılması, mezkur kriterlerle korunması amaçlanan işçi hakları bakımından çeşitli endişeler ortaya çıkaracaktır. Denetleme faaliyetlerinde yapay zekanın kullanılmasının, GDPR’da belirtilen şeffaflık, ölçülülük ve meşruiyet ilkelerini zedeleme riski taşıdığını ve dolayısıyla işçilerin temel hak ve özgürlüklerinin ölçsüz bir şekilde kısıtlanmasının mevcudiyet bulabileceği durumların ortaya çıkacağını belirtmek gerekir.

3. Yapay Zeka ile Yapılan Denetim Faaliyetlerinin Yarattığı Problemler

İşverenin denetim yetkisinin sınırlarının ortaya konulmasının ardından, yapay zekanın denetleme faaliyetlerinde kullanılmasının bu sınırlar için ne anlam ifade ettiği ve işçi hakları bakımından ne çeşit risklerin mevcudiyet bulabileceğini anlamak adına yapay zekanın işçilerin denetimi çerçevesinde kullanım alanları ve bunların etkileri incelenecektir.

Yapay zeka halihazırda işçilerin denetiminde sık bir şekilde kullanılmaktadır. Örneğin, 2019’da The Guardian gazetesi, Birleşik Krallık’taki birçok firma tarafından, personel davranışlarını incelemek ve iş gücünde ‘etkileyici kişiler’ ve ‘değişim yaratıcıları’ belirlemek için yapay zekanın denetleme faaliyetlerinde kullandığını bildirmişti.³³ Yapay zekanın salt bir denetim aracı olarak kullanılmasının yanı sıra, denetim sonucunda elde edilen verilerin analiz sürecinde de kullanılması söz konusudur. Bu bağlamda, halihazırda işçilerin temel hak ve hürriyetlerine bir tehdit oluşturan teknolojik denetim araçlarının yapay zeka entegrasyonu neticesinde orantılılık ilkesinin daha ileri bir boyutta zedelenmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Teknolojik gelişmeler sonucunda işçilerden daha büyük hacimlerde veri elde etme olanağı artmış ve dolayısıyla bu verilerin işlenmesinde yapay zeka yardımı kullanma zarureti hasıl olmuştur. Zira doktrinde ‘Büyük Veri’ olarak adlandırılan bu fenomen özü itibarıyla; yüksek hacim, hız ve çeşitlilikle karakterize edilen bir bilgi varlığıdır; bu nedenle, değere dönüştürülmesi için belirli teknoloji ve analitik yöntemler gerektirir.³⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki, ‘Büyük Veri’, sadece veri ve bilgi birikiminden oluşmamaktadır, aynı zamanda bu verileri tekrarlayan desenleri ve ilişkileri aramak için analiz eden araç ve

³³ <<https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/07/uk-businesses-using-artificial-intelligence-to-monitor-staff-activity>> [E.T. 23.10.2023].

³⁴ DE MAURO Andrea / GRECO Marco / GRIMALDI Michele, “A Formal Definition of Big Data Based on Its Essential Features”, **Library Review**, C. 65, 2016, ss. 122.

bilgisayar sistemlerini (algoritmalar, makine öğrenimi) de ifade eder.³⁵ Bu duruma giyilebilir cihazların denetim aracı olarak kullanılması ve toplanan verilerin yapay zeka yardımı ile analiz edilmesi örnek olarak gösterilebilir.

a. Şeffaflık Bakımından Endişeler

Giyilebilir cihazların kullanılması suretiyle, işçi hareketlerinin gözetilmesi ve işçilerin anlık konumlarının kaydedilmesi mümkün hale gelmiştir. Giyilebilir cihazların denetim faaliyetlerinde kullanılmasıyla, işçilerin çalışma hızları ve mola süreleri işverenler tarafından denetlenmektedir. Avrupa İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD) Temmuz 2022 raporunda da belirtildiği üzere:

‘Tahmine dayalı modellerin ve yapılandırılmamış verilerin (metin, ses ve video) işlenmesinin yayılması, ağ kayıtları, telefon uygulamaları, sensörler, biyometrik takip cihazları (akıllı fitness takipçileri gibi) ve yüz tanıma sistemlerinin kullanımıyla birlikte çok kaynaklı veri kümelerinin geliştirilmesini mümkün kılmış ve işçi denetiminin doğasını büyük ölçüde değiştirmiştir.’³⁶

Belirtmek gerekir ki, giyilebilir cihazlar aracılığıyla toplanan veriler, genellikle işçilerin üretkenliklerini ve belirli işleri yerine getirme kapasitelerini değerlendirmek için yapay zeka kullanılarak analiz edilmektedir. Zira yapay zeka yardımı olmadan bu verilerin analiz edilmesi hayli güç olacaktır. Bu analizler sonucunda elde edilen varsayımlar, yeterli performans göstermeyen işçilerin işlerine son verilmesine kadar giden çeşitli sonuçlar doğurmaktadır.

İşçiler üzerinde önemli hukuki sonuçlar doğuran bu veri işleme sürecinin ise hayli kompleks olduğunu söylemek mümkün olacaktır. Yapay zekanın yüksek hacimli verileri işlerken kullandığı parametreler veya izlediği desenlerin ne oldukları tam anlamıyla belli olamayacağından, işçiler daha öncesinde aydınlatılsa bile, şeffaflığın azalması söz konusu olacaktır.³⁷ Bu

³⁵ TODOLI-SIGNES Adrian, “Algorithms, Artificial Intelligence and Automated Decisions Concerning Workers and the Risks of Discrimination: The Necessary Collective Governance of Data Protection”, **European Review of Labour and Research**, C. 25, S. 4, 2019, ss. 5.

³⁶ DEL PERO Angelica Salvi / WYCKOFF Peter / VOUREH Ann, “Using Artificial Intelligence in the workplace: What are the main ethical risks?” **OECD Social, Employment and Migration Working Paper**, C. 273, 2022, ss. 25.

³⁷ FELZMANN Heike, “Towards Transparency by Design for Artificial Intelligence” **Science and Engineering Ethics**, S. 26, 2020, ss. 3339.

açından, yapay zeka analizinin içeriği ve yöntemi bakımından işçilerin tam olarak bilgilendirilememesi durumu, işçi hakları bakımından endişelere sebebiyet verecektir. Zira yapay zeka sistemleri, algoritmalarla işleyen bir ‘kapalı kutu’³⁸ niteliği taşıdığından, işçi analizlerinde kullanıldığında hangi verilerin nasıl değerlendirildiği her zaman açıklığa kavuşturulamayabilir.³⁹ Buna ek olarak, yapay zeka ile denetim faaliyetleri yapılması hususunda, ‘function creep’⁴⁰ adı verilen, bilginin orijinal belirlenmiş amacının dışında bir amaç için kullanılması durumunu göz ardı etmemek gerekir. Örneğin, bir iş yeri, izinsiz girişlerin önlenmesi adına, işçilerin iş yerine giriş veya çıkış yaparken yüz tanıma teknolojisini kullanarak bir güvenlik sistemi kurabilir. Ancak, işveren bu verileri yapay zeka yardımı ile, işçilerin işyerine giriş çıkış saatlerini takip edip performans değerlendirmeleri yapabilir. Zira işçinin verilerinin yapay zeka yardımıyla işlenmesi sonucunda yeni kişisel veriler ortaya çıkacaktır.⁴¹ Bu bağlamda işçilerden güvenlik sistemi için alınan açık rızanın daha sonra işveren tarafından genişletilmesi söz konusu olacaktır. Denetim teknolojilerinin yapay zeka yardımı ile kullanılması bazen amaçlanandan daha fazla veri ortaya çıkarabilir ve işverenler, genellikle öncelikle işçilere danışmadan denetim faaliyetlerini genişletme eğiliminde bulunmaktadır.⁴² Bu durum, işverenin menfaatleri ve işçinin temel hak ve özgürlükleri arasında kurulması gereken hassas dengenin bozulmasına yol açmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere bu dengenin sağlanması adına işçilerin denetim faaliyetleri hakkında işçilere tam bilgi sağlaması elzem bir kriterdir. Fakat konu yapay zeka olunca tam bilgi sağlamanın imkansızlaştığını

³⁸ “Kapalı kutu” (İng. black box) ifadesi, yapay zeka sistemlerinin özellikle makine öğrenimi ve derin öğrenme algoritmaları kullanılarak geliştirilmesi sonucunda, bu sistemlerin karar alma süreçlerinin insanlar tarafından anlaşılamaz ya da izlenemez hale gelmesini tanımlar. Bu tür sistemlerde, hangi verilerin nasıl değerlendirildiği ve hangi mantıksal yollarla sonuca ulaşıldığı çoğu zaman şeffaf değildir. Avrupa Komisyonu da bu nedenle “açıklanabilirlik” (interpretability) ilkesini, yapay zeka sistemlerinin hesap verebilirliğini ve insan denetimine açık olmasını sağlamak adına öncelikli politika hedeflerinden biri olarak belirlemiştir. “Kapalı kutu” niteliği taşıyan sistemler ise bu hedefle doğrudan çalışmakta ve başta veri koruma olmak üzere pek çok alanda hukuki ve etik riskler doğurmaktadır. Bkz. <https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai-and-interpretability-policy-briefing_creative_commons.pdf> [E.T. 23.04.2025].

³⁹ ALOISI/GRAMANO, s. 106.

⁴⁰ STARK Luke / STANHAUS Amanda / ANTHONY Denise L., “I Don't Want Someone to Watch Me While I'm Working: Gendered Views of Facial Recognition Technology in Workplace Surveillance” *Journal of the Association for Information Science and Technology*, C. 71, 2020, ss. 1076.

⁴¹ NARBAY Şafak / KİRAZLI Nur, “Otonom Araçlarda Yapay Zekâ, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2023, ss. 60.

⁴² STARK et al., s. 1076.

söylemek gerekir. Bu durum, işverenin denetim faaliyetlerinin hukuka uygunluk denetiminde yetkililerin göz ardı etmemesi gereken bir faktördür.

b. Orantılılık Bakımından Endişeler

Denetim faaliyetlerinde yapay zekanın kullanılması, orantılılık ilkesi bakımından da önemli problemlere yol açmaktadır. İşçilerden elde edilen verilerin yüksek hızda ve ‘kapalı kutu’ bir algoritma ile analiz edilmesi, birçok denetim aracının orantılılığını ortadan kaldırma potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, GPS alıcıları kullanarak denetim yapılmasının işçi temel hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması bakımından değerlendirilmesi hususuna göz atmak faydalı olacaktır. İşçilerin takibi için sıkça kullanılan GPS alıcıları, işçinin faaliyetleri üzerinde bir takip mekanizması oluşturduğundan, pek çok iş alanında işverenin menfaatlerini korumasına yönelik olanaklar sağlamaktadır. Bu olanakların kullanılmasının sınırları da işçinin temel hak ve hürriyetlerinin getirdiği doğal bir sınırlamaya tabi olacaktır. Dolayısıyla işveren GPS alıcılarının kullanımında orantılılık ilkesine riayet etme mecburiyetinde olacaktır. Örneğin ‘*GPS aletlerinin işçiden habersiz olarak takılması ve işçinin izlenmesi ve işçinin kişilik haklarını zedelediği için hukuka aykırıdır.*’⁴³ GPS alıcılarıyla elde edilen veriler yapay zeka yardımı ile yüksek hızlarda ve mütemadiyen analiz edilebileceğinden, bu şekilde bir denetimin orantılılık ilkesine aykırı olabileceğinden söz etmek mümkün olacaktır. Bu potansiyel aykırılığı altını çizmek adına, GPS alıcılarıyla elde edilen verilerin yapay zeka yardımıyla tam zamanlı olarak analiz edilebilmesinin işçi üzerinde doğuracağı sonuçların incelenmesi uygun olacaktır.

İsviçre Yüksek Federal Mahkemesi, GPS alıcılarının denetim aracı olarak kullanılması konulu kararında,⁴⁴ izleme sistemi, işverenin işçiler tarafından kullanılan araçların izlediği rotayı sürekli ve gerçek zamanlı olarak izlemesine izin veriyorsa, izlenen amaçla orantısız bir denetim aracı oluşturabileceği kanaatine varmıştır. İlgili kararda, ‘sürekli ve gerçek zamanlı’⁴⁵ bir denetim yapılıyor olmasının, işçi üzerinde işvereni tarafından sürekli gözlemlenme hissinden kaynaklanan bir stres yaratacağı belirtilmiştir.⁴⁶ İsviçre Yüksek Federal Mahkemesi, AIHM Barbulescu/Romanya kararında belirtti-

⁴³ ÖZDEMİR, s. 247.

⁴⁴ BGE 130 II 425 [E. 6.5 S. 448].

⁴⁵ Sürekli ve gerçek zamanlı bir şekilde ifadesi kararın orijinal dilinde ‘*de manière continue et en temps reel*’ olarak ifade edilmiştir.

⁴⁶ BGE 130 II 425 [E. 6.5 S. 448].

len kriterlere paralel olarak, GPS alıcılarının ‘sürekli ve gerçek zamanlı’ olarak kullanılmasının işçinin üzerinde doğuracağı etkilerini inceleyip, ilgili denetim operasyonunun işçi haklarını zedeleyeceğine hükmetmiştir. Bu bağlamda, belirtmek gerekir ki, GPS alıcıları gibi teknolojiler kullanılarak toplanan verilerin yapay zeka yardımı ile eşzamanlı analiz edilmesi olanağı ‘sürekli ve gerçek zamanlı’ bir denetim olanağı doğuracağından, yapay zeka teknolojilerinin ‘Büyük Veri’ analizinde kullanılması işçiler üzerinde sürekli gözlemlenme hissi yaratacaktır. Başka bir deyişle, yapay zekanın denetim faaliyetleri için kullanılması, orantılılık ilkesini zedeleyecek ve işçi hakları bakımından göz ardı edilemeyecek endişeler doğuracaktır. Bu bağlamda, işverenin denetim faaliyetlerinin hukuka uygunluk denetiminde ölçülülük kriterinin daha katı uygulanması gerektiğini söylemek gerekir.

B. Yapay Zeka ve Ayrımcılık

İşyerinde yapay zekanın veri işleme faaliyetlerinde kullanılmasının oluşturacağı başka bir muhtemel risk ise ayrımcılıktır. Bu bağlamda, işçilerin denetlenmesi veya işe alım süreçlerinde yapay zekanın kullanılmasının ayrımcılığa sebebiyet verebileceği ve dolayısıyla işçi hakları bakımından önemli bir risk ihtiva ettiğini söylemek uygun olacaktır.⁴⁷ Bu bağlamda, ulusal hukuk düzenlemelerimiz ışığında, veri işlemede yapay zekanın kullanılmasının sonuçlarını incelerken eşit davranma ilkesine değinilmesi gerekmektedir. Eşit davranma ilkesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde: ‘[i]ş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.’ şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla işyerinde yapay zeka kullanımının ayrımcılığa sebebiyet vermesi, temel hukuk ilkelerine aykırılık teşkil edeceğinden, hassasiyetle yaklaşılması gereken bir konudur.

1. Yapay Zeka Algoritmalarında Önyargı

Yapay zekanın ayrımcılık bakımından oluşturduğu pek çok muhtemel risk mevcuttur. Yapay zeka algoritmaları ile yapılan analizler gizlenmiş kötü niyetlere sahip olabilir veya bu algoritmaların oluşturulmasında gözden kaçırılmış ve etkileri öngörülememiş hatalı veya önyargılı veri örneklerine yer verilmiş olabilir.⁴⁸ Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi (Komite), yapay

⁴⁷ ÇANKAYA, s. 200.

⁴⁸ CHEN Zhisheng, “Ethics and discrimination in artificial intelligence-enabled recruitment practices” *Humanities and Social Sciences Communications*, C. 10, S. 567, 2023, ss. 2.

zeka konulu görüşünde, yapay zeka algoritmalarının gelişiminin şu anda genellikle genç, beyaz erkeklerin ağırlıkta olduğu homojen bir ortamda gerçekleştiğini ve bunun da kültürel ve cinsiyet farklılıklarının yapay zekâya algoritmalarına yerleştirildiği sonucunu ortaya çıkardığını belirtmiştir.⁴⁹

Bu aşamada yapay zeka algoritmalarında önyargı durumunun nasıl oluştuğuna bir açıklık getirebilmek adına ‘makine öğrenimi’ kavramından bahsetmek gerekecektir. ‘Makine öğrenimi’, veri örneklerine dayalı olarak akıllı tahminler gerçekleştiren geniş bir algoritma yelpazesini ifade eden genel bir terimdir.⁵⁰ Makine öğreniminin özü itibarıyla makinenin veri örneklerinden kendiliğinden kurallar ve desenler öğrenmesidir, ancak, eğer örnek veriler veya üzerinde alınan kararlar önyargılıysa, makine bu önyargıyı modeline dahil edebilir.⁵¹ Dolayısıyla, Komite’nin de belirttiği gibi algoritmaların eğitilmesi için kullanılacak olan veriler; kolayca manipüle edilebilir, toplumda halihazırda bulunan kültürel, cinsiyete yönelik ve diğer önyargıları yansıtabilir veya hatalar içerebilir. Yapay zeka modellerinin ihtiva ettiği bu risk, kuşkusuz ki iş hukuku bağlamında, işçinin temel hak ve hürriyetleri ile işverenin menfaatleri arasında kurulması gereken hassas dengenin sağlanmasının önünde bir engel olarak karşımıza çıkacaktır.

2. Maskelenmiş Ayrımcılık

İşverenlerin ayrımcı niyetlerini bahanelerle perdeleyebilecekleri fikri doktrinde ‘maskelenmiş ayrımcılık’ olarak adlandırılmaktadır.⁵² Teknolojinin gelişmesi ve ‘Büyük Veri’ fenomeni gibi etkenler neticesinde ‘maskelenmiş ayrımcılık’ tespitinin yapılması gittikçe zor bir hale gelmektedir. Yapay zekanın işçi denetiminde kullanılmasının, işçi denetimi hakkında yeni ve daha önce bilinmeyen tartışmalar ortaya çıkarabileceğini ve ‘maskelenmiş ayrımcılık’ yapılmasının daha kolay hale getirebileceğini belirtmek gerekir.⁵³ İşçilerin iş akitlerine son verilmesi gibi büyük kararlarda kullanılabi-

⁴⁹ Opinion of the European Economic and Social Committee, ‘Artificial intelligence — The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society’ (2017) OJ [3.5].

⁵⁰ NICHOLS James, “Machine learning: applications of artificial intelligence to imaging and diagnosis” **Biophysical Reviews**, S. 11, 2019, ss. 111.

⁵¹ GU Jindong / OELKE Daniela, “Understanding Bias in Machine Learning” **ArXiv abs/1909.01866**, 2019, ss. 1.

⁵² BODIE Matthew, “The Law and Policy of People Analytics” **University of Colorado Law Review**, S. 63, 2016, ss. 63.

⁵³ BODIE et al., s. 63.

lecek olan yapay zeka algoritmaları, sonrasında ‘maskelenmiş ayrımcılık’ yapıp yapılmadığına dair bir tespitin yapılmasını oldukça zorlaştıracaktır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere yapay zeka algoritmaları bir ‘kapalı kutu’ etkisi yarattığından, bir kararın verilmesinde ayrımcılık yapıp yapılmadığı hususunun tespitinin imkansızlaşacağını söylemek mümkündür.

3. İstemsiz Ayrımcılık

Bir an için işverenin yapay zeka ile denetleme veya işe alım faaliyetlerinde tamamen ayrımcılık niyeti olmadan hareket ettiğini varsayacak olsak bile, yapay zeka mekanizmasının istemli olmayan ayrımcılık durumlarına da sebebiyet vereceği bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrımcılık, veri madenciliği sürecinin kendisinin bir yan ürünü olabilir zira veri örnekleri içerisinde toplumun halihazırda önyargılı olduğu durumların ürünü olan veriler bulunabilir.⁵⁴ Bu durum düşünüldüğünden daha sık yaşandığından, kimi firmalar olası ayrımcı davranışları ve dolayısıyla doğacak sorumluluklarını engellemek adına yapay zeka teknolojilerini kullanmaktan vazgeçmişlerdir. Örneğin, Amazon 2014 yılından beri işe alımda kullandığı yapay zekayı, algoritmanın kadınları sistematik bir şekilde erkek rakiplerinden daha kötü olarak değerlendirmesi üzerine bırakma kararı almıştır.⁵⁵ Yapay zekanın istemsiz bir şekilde ayrımcılığa sebebiyet verdiği durumda, önümüze kasıtlı olarak yapılan ‘maskelenmiş ayrımcılık’ durumundan daha vahim bir senaryo ortaya çıkmaktadır. Zira yapay zeka dışarıdan bir müdahale olmadan, sadece veri madenciliği kaynaklı bir ayrımcılığa sebebiyet verecek olursa, bu problemin kaynağının tespiti veya mahkeme önünde ispatlanması imkansız hale gelecektir.

4. Ayrımcılığın İspatı Bakımından Endişeler

İş Kanunu Madde 5/7’de eşit davranma ilkesine aykırılık durumlarında ispat yükü:

‘20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur’

⁵⁴ BAROCAS Solon / SELBST Andrew D., “Big Data’s Disparate Impact” **California Law Review**, C. 104, S. 3, 2016, ss. 674.

⁵⁵ ALPAGUT, Gülsevil / KARACA YAĞCI Aybuke, “İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık” **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S. 49, 2023, ss. 24.

Şeklinde açıklanmıştır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, yapay zeka algoritmalarının kompleks bir yapıya sahip olması nedeniyle, ‘karar verme süreçlerinin’ nasıl gerçekleştiğine dair geçmişe dönük bir saptamanın yapılması imkansız bir durumdur.⁵⁶ Dolayısıyla yapay zekanın kullanıldığı durumlarda işçinin ‘kapalı kutu’ sisteminde verilerinin nasıl işlendiğini tam olarak bilemeyeceğini ve ‘*ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu*’ ortaya koymasının zorlaşacağını belirtmek gerekir. Bu durum işçi hakları bakımından önemli bir risk ihtiva etmektedir. İş kanunu hükümleri bu potansiyel sorunu ve işçi haklarına tecavüzü engellemek adına güncellenmelidir.

C. Yapay Zekalı Otomatik Karar Verme Sistemleri

Yapay zekanın orantısız bir denetim aracı olarak kullanılmasının veya ayrımcılığa sebebiyet verebilme olasılığının yanında bahsedilmesi gereken başka bir önemli husus ise yapay zekanın insan denetimi olmadan karar verebilmesinin oluşturabileceği problemlerdir. Otomatik karar verme sistemleri dahilinde, yapay zeka veya algoritmalar karar verebilmekte ve bu kararlar işçiler üzerinde önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Her ne kadar yapay zekanın insan denetiminden geçmeksizin işçiler üzerinde sonuç doğuracak şekilde karar vermesi günümüz çalışma hayatına uzak bir konsept olarak gözükse de bu durumun bilim kurgu olmaktan çıktığını söylemek mümkündür. Örneğin ilk olarak 2022 yılında Çin merkezli bir mobil oyun şirketi NetDragon Websoft, yapay zeka destekli bir robotu CEO olarak atamaya karar vermiştir.⁵⁷ Benzer olarak Polonyalı bir içki şirketi olan Dictador 2023 yılında Mika isimli bir insansı robotu CEO olarak atamıştır.⁵⁸ Dictador’un yönetim kurulu başkanı, insansı robot Mika’nın yönetim faaliyetlerinde bulunduğunu fakat işe alım ve işten çıkarma gibi önemli kararlarda yetkisi olmadığını belirtmiş olsa da⁵⁹ yakın gelecekte işyerlerinde yapay zekanın işe alım ve işten çıkarma gibi önemli kararların alınmasında kullanılabileceği gerçeği göz ardı edilmemesi gereken bir olasılıktır.

⁵⁶ WAAS Bernd, “Artificial Intelligence And Labour Law” **Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht**, 2022, ss. 114.

⁵⁷ <<https://www.trthaber.com/haber/dunya/dunyada-bir-ilk-yapay-zeka-ceo-olarak-atandi-705884.html>> [E.T. 23.10.2023].

⁵⁸ <<https://www.businessinsider.com/humanoid-ai-robot-ceo-says-she-doesnt-have-weekends-2023-9#:~:text=Dictador%20appointed%20the%20AI%2Dpowered,worked%20seven%20days%20a%20week.>> [E.T. 23.10.2023].

⁵⁹ <<https://www.euronews.com/next/2023/09/19/is-this-drinks-companys-ai-powered-ceo-a-gimmick-or-the-future-of-work#:~:text=Their%20firm%2C%20Dictador%2C%20has%20recently,of%20the%20human%20executive%20team.>> [E.T. 23.10.2023].

Otomatik karar verme sistemleri; bir karar verme modelini, bu modeli hesaplanabilir kodlara çeviren bir algoritmayı, bu kodun girdi olarak kullandığı verileri ve işlenmeleri etrafındaki tüm ortamı kapsayan sosyoteknik sistemleri ifade eder.⁶⁰ Daha basit bir ifadeyle, otomatik karar verme sistemleri az veya hiç insan müdahalesi olmadan veri toplayan ve işleyen, niteliksel kararlar almak için öğrenme yeteneğine sahip otonom sistemlerdir.⁶¹ Bu bağlamda, otomatik karar verme sistemleri; veri toplamak, işlemek, modellemek ve otomatik kararlar vermek için algoritmalar veya yapay zekanın kullanıldığı durumlar olarak kavramsallaştırılabilir.⁶² Bu tanımlamalar çerçevesinde yapay zeka veya algoritmaların kullanıldığı otomatik karar verme sistemleri aracılığıyla işçiler üzerinde önemli sonuç doğuran otomatik kararların, iş hukuku ve işçi hakları bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.⁶³ Zira, işçi üzerinde önemli sonuçlar doğuracak otomatik kararların manipülasyona açık, ayrımcılığa meyilli bir ‘kapalı kutu’ tarafından verilmesi işçi hakları bakımından önemli endişeler yaratmaktadır.

1. Otomatik Kararlarının Hukuki Geçerliliği

Alman Sanayi Kanunu’nda (Gewerbeordnung - GewO) işverenin talimat verme hakkı: *‘İşveren, iş sözleşmesi, işyeri sözleşmesi (Betriebsvereinbarung), toplu iş sözleşmesi veya yasal düzenlemelerle düzenlenmedikçe, işgücü içeriğini, yerini ve zamanını makul takdirine göre belirleyebilir. Bu, işyerinde işçilerin düzeni ve davranışı açısından da geçerlidir.’*⁶⁴ şeklinde açıklanmaktadır. Kanunun orijinal dilinde, ‘billigem Ermessen’ olarak karşımıza çıkan ‘makul takdirine göre’ ifadesi Alman Hukukunda yapay zeka tarafından verilen kararların akıbeti hakkında önemli bir rehber olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapay zekanın takdir kabiliyeti olmayacağından, Alman iş hukuku doktrinde bir görüş; yapay zeka kararlarının, takdir kabiliyeti gerektiren durumlarda geçerli

⁶⁰ MÖKANDER Jakob, “Ethics-Based Auditing of Automated Decision-Making Systems: Nature, Scope, and Limitations” **Science and Engineering Ethics**, C. 27, S. 44, 2021, ss. 6.

⁶¹ MÖKANDER et al., s. 1.

⁶² ARAUJO Theo, “In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence” **AI & Society**, C. 35, S. 3, 2020, ss. 612.

⁶³ Yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak atanıp atanamayacağı, hukuki kişiliği olup olmadığı ve dolayısıyla sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusu doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu konuda tartışmalar ve daha detaylı bilgi için bkz. KARADENİZ Salih, “Yapay Zekanın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeliği Ve Üyelikten Doğan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 54, 2023, ss. 255-288.; KILIÇARSLAN Seda Kara, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar” **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 2, 2019, ss. 363-389.

⁶⁴ Bkz. § 106 GewO.

olmayacağını savunmaktadır.⁶⁵ Türk hukuku bakımından işverenin talimat verme hakkı özel olarak düzenlenmemiştir. İş Kanunu'nun 8. Maddesinde bağımlılık unsuru ele alınmış olsa da işverenin yönetim hakkı ve işçinin verilen talimatlara uyma yükümlülüğüne dair açık bir düzenleme İş Kanunu'nda bulunmamaktadır.⁶⁶ Fakat, Türk Borçlar Kanunu'nun 399. Maddesinde işçinin talimatlara uyma borcu: '*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*' şeklinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Türk hukukunda yapay zeka kararlarının geçerliliği bakımından 'makul takdir' engeli bulunmadığını söylemek mümkündür. Başka bir deyişle yapay zeka tarafından verilen kararların işçiler üzerinde hukuki sonuç doğurabilmesi ulusal hukuk düzenlemelerimiz çerçevesinde olası bir durumdur. Dolayısıyla yapay zeka kararları işçi hakları bakımından önemli bir risk unsuruna sahiptir. Zira işçilerin bu kararlara tabi olmama, kararların altında yatan gerekçeleri öğrenebilme veya bu kararlara itiraz edebilme gibi haklarını kullanabilecekleri bir mekanizma ulusal hukuk düzenlemelerimizde mevcut değildir. Kanaatimizce ulusal hukuk düzenlemelerimiz, yapay zekanın insan denetiminden geçmeksizin aldığı kararların işçiler üzerinde önemli sonuçlar ve hak ihlalleri doğurabileceğini gözeterek, işçilere kararlara tabi olmama hakkını tanıyacak şekilde güncellenmelidir.

2. Avrupa'da Otomatik Kararlar

Yapay zeka kararlarının işçiler üzerinde hukuki sonuç doğurmasının iş hukuku açısından oluşturduğu kaçınılmaz risklerin varlığı göz ardı edilmemelidir. Bu risklerin muhtemel olması yapay zekanın çalışma hayatında katıyen kullanılmaması gerektiği anlamına gelmemekle birlikte, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)⁶⁷ madde 22'de söz konusu risklere yönelik elverişli

⁶⁵ WAAS s. 93-99; KLEBE Thomas, "Künstliche Intelligenz – Eine Herausforderung Für Die Mitbestimmung" **Soziales Recht**, C. 9, S. 3, 2019, ss. 134. Bu konuda farklı görüşler için bkz. GIESEN Richard, "Robotik und Arbeitsrecht" **RW Rechtswissenschaft**, C. 9, S. 4, 2018, ss. 440.; KURT Simge, "Direktionsrecht 4.0? – eine Betrachtung des Weisungsrechts unter Einbeziehung moderner Weisungsträger" **Arbeitsrecht im Zeitalter der Digitalisierung**, 2020, ss. 22.

⁶⁶ YUVALI Ertuğrul / YABA Tuğçe, "İşverenin Yönetim Hakkının Ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 7, 2022, ss. 1688.

⁶⁷ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L 119/1.

bir önlemden bahsedildiğini belirtmek uygun olacaktır. GDPR Madde 22(1), ‘verileri işleyen tarafından verilen ve ilgili kişi hakkında hukuki sonuçlar doğuran veya onu benzer şekilde önemli ölçüde etkileyen yalnızca otomatik işleme dayalı bir karara’ tabi tutulmama hakkını tesis etmektedir. Ancak bu hak, yalnızca otomatik işlemenin işçi üzerinde hukuki etki yarattığı durumda veya işçiyi önemli ölçüde etkilediğinde söz konusu olacaktır.⁶⁸ Buna göre işçi, ‘iş performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışı, yeri veya hareketleriyle ilgili yönleri analiz etmek veya tahmin etmek’ gibi, işyerinde performansı ile ilgili yönleri değerlendirmek için kişisel verilerin kullanılmasından oluşan ‘otomatik işleme ve profilemeye dayalı’⁶⁹ kararlara tabi olmama hakkına sahiptir. Madde 22’nin işçilere sunduğu hak, dikkat edilmesi gereken bir dizi tamamlayıcı istisnaya sahiptir. Bu hak, otomatik işleme verilen kararın ‘(a) veri sahibi ile veri sorumlusu arasında bir sözleşmenin akdedilmesi veya yerine getirilmesi için gerekli olması’, ‘(b) Birlik veya Üye Devlet hukuku tarafından izin verilmiş olması’, ‘(c) veri sahibinin açık rızasına dayalı olması’ durumlarında geçerli olmayacaktır. GDPR m. 22(3) uyarınca, veri sahibine (işçiye) ‘veri sorumlusuna itiraz etme, görüşünü bildirme ve karara itiraz etme hakkı’ da tesis edilmiştir.

Bu aşamada, açık rıza kavramı ve yapay zeka ilişkisinin ayrıca bir endişe doğurduğu da tekrarlamak gerekecektir. Giyilebilir teknolojilerle elde edilen verilerin açık rıza aranması şartı ile işlenebileceği fikri isabetlidir,⁷⁰ fakat yapay zekanın işleme süreci içerisine girmesi durumunda açık rıza aranması şartının tek başına yeterli bir ölçüt olmayacağını belirtmek gerekir. Otomatik işleme için ilgili kişinin açık rızasının bulunmasının şart koşulmasının isabetli olacağı görüşü uygun olsa da⁷¹ otomatik işlemin özü itibarıyla işçinin aydınlatılmasının önünde büyük bir engel teşkil ettiğini ve açık rızanın tek başına yeterli bir ölçüt olmayacağını söylemek isabetli olacaktır.⁷²

⁶⁸ LUKÁCS Adrienn / VÁRADI Szilvia, “GDPR-compliant AI-based automated decision-making in the world of work”, *Computer Law & Security Review*, C.50, 2023, ss. 6.

⁶⁹ GDPR m. 4(4)’te açıklandığı üzere ‘profileme’: ‘kişisel verilerin, bir gerçek kişinin performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışı, yeri veya hareketleriyle ilgili belirli kişisel yönleri değerlendirmek için kullanılmasından oluşan herhangi bir otomatik kişisel veri işleme biçimidir.’

⁷⁰ ALP Mustafa / DOĞAN Sevil, “Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişkisine Etkileri”, *Çalışma ve Toplum*, C. 4, S. 71, 2021, ss. 2617.

⁷¹ BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, “Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, ss. 538.

⁷² ALOISI/GRAMANO, s. 95.

Zira bazı algoritma türleri, işlevleri ve tasarımları açısından doğası gereği şeffaf değildir veya şeffaf olsalar bile veri sahibi tarafından anlaşılmayabilir.⁷³ Dolayısıyla GDPR’da veri sahibine (işçiye) tanınan otomatik işlemler alınan kararlara tabi olmama hakkının istisnası olarak açık rıza şartının bulunması durumu kanaatimizce uygulamada, işçinin hakları ve işverenin menfaatleri arasındaki hassas dengeyi kurulumunda sorunlara yol açacaktır.

SONUÇ

İş dünyasında yapay zeka kullanımının hızla artması, işçi hakları ve iş hukuku konularında karmaşıklıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Yapay zekanın, işçi denetimi faaliyetlerini ve işe alım süreçlerini optimize etme potansiyeli, işverenlerin menfaatleri açısından önemli fırsatlar sunmaktadır. Ancak bu durum, işçilerin hak ve özgürlükleri ile işverenlerin çıkarları arasında kurulması gereken hassas dengeye yönelik ciddi riskler ihtiva etmektedir. Yapay zeka uygulamalarının işçi haklarına etkileri, özellikle otomasyon ve algoritmik veri analizi süreçlerinde ortaya çıkan belirsizlikler dolayısıyla karşımıza çıkmaktadır. İşçilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasının sağlanması, yapay zeka uygulamalarının doğru şekilde yönetilmesi ve denetlenmesiyle doğrudan ilişkilidir. Özellikle yapay zekanın, işçilerin denetiminde kullanılması, verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği gibi temel hakların korunmasını zorlaştırabilir. Yapay zeka tarafından alınan otomatik kararların şeffaf olması, işçi haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi için gerekli mekanizmaların oluşturulması gerekmektedir. Ayrıca, yapay zeka sistemlerinin ayrımcılığı yansıtmaması için etik standartlar ve denetim mekanizmalarının sıkı bir şekilde uygulanması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, işçi hakları ve iş hukuku açısından ortaya çıkan karmaşıklıkların anlaşılması ve çözüm odaklı yaklaşımların geliştirilmesi önem arz etmektedir. Bu makale, ilgili tarafların bilinçlenmesine ve yapay zeka uygulamalarının insan odaklı ve sürdürülebilir bir şekilde yönetilmesine katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Yapay zekanın işçi denetimi alanında kullanılması, işverenlerin işyerindeki etkinliği artırma amacını taşıırken, işçilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesine sebebiyet verebilir. İşverenin denetim yetkisi mutlak bir yetki olmamakla birlikte kanuni sınırlamalara tabidir. Bunun yanında ulusla-

⁷³ KAMARINOU Dimitra, “Machine Learning with Personal Data” **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper**, S. 15, 2016, ss. 15.

arası düzenlemelerde işverenin denetim yetkisinin sınırlarını belirlemek adına çeşitli ilkeler tesis edilmiştir. Bu nedenle, işçi hak ve hürriyetleri ile işverenin menfaatleri arasında kurulması gereken hassas dengenin inşası için; şeffaflık, meşruiyet ve orantılılık gibi hukuki ilkelerin, yapay zeka uygulamalarının tasarımı ve kullanılmasında merkezi bir rol oynaması gerekmektedir. Ayrıca, işçilerin temel hak ve hürriyetleri konusunda bilgilendirilmeye ihtiyaçları vardır. Türk Borçlar Kanunu m. 419, bazı pratik işyeri durumlarında işçi hakları bakımından yetersiz kalacaktır. Bu nedenle, çalışanların yapay zeka tarafından analiz edilen verilerine erişim taleplerine ve bu verilerin iş dışı ilişkiler haricinde nasıl kullanıldığı, saklandığı veya paylaşıldığı sorunlarına yanıt vermek için yeni hükümlere ihtiyaç vardır. Ayrıca, işçi sendikaları ile Kişisel Verileri Koruma Kurumu iş birliğiyle, verilerin yapay zekayla işlenmesi ve işçi hakları konusunda müzakereler yapılması, işyerinde yapay zeka kullanımı ve veri koruma konusunda rehberler geliştirilmesi geleceğin iş hukuku açısından atılması elzem adımlardandır.

Yapay zeka algoritmalarının yanıltıcı veya önyargılı verilere dayalı olarak haksız uygulamalara neden olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir. İşverenler, yapay zeka algoritmalarını oluştururken ve kullanırken bu ayrımcılık riskini ciddiye almalı ve gerektiğinde düzeltici önlemler almalıdır. ‘Maskelenmiş ayrımcılık’, işverenlerin ayrımcılık niyetlerini gizleme olasılığına işaret eder ve bu durum yapay zeka kullanımından doğacak risklere bir yenisini eklemektedir. İşverenlerin dürüst ve şeffaf bir yaklaşım benimsemesi, işçi haklarını koruma açısından kritik bir gerekliliktir. Yapay zeka algoritmalarının işyerinde kullanımı, işçi haklarının korunması hususunda yeni engeller ortaya çıkarmaktadır. Özellikle, yapay zeka algoritmalarının karmaşıklığı ve şeffaf olmayışı, işçilerin ayrımcılığı kanıtlamasını zorlaştırabilir. Bu durum, güncel İş Kanunu’nda, ancak işçilerin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu durumda ispat yükünün işverene geçmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, yapay zeka algoritmaları o kadar karmaşık olabilir ki, potansiyel ihlalleri saptamak bir yana, işçilerin bu algoritmaların nasıl çalıştığını anlaması bile çoğu zaman zor olacaktır. Dolayısıyla ancak azami şeffaflığın işçilere sağlanması durumunda işçilerin hak ihlallerini önlemek mümkün olacaktır. İşçilerin hakları ve işverenin menfaatleri arasında kurulması gereken hassas dengenin önündeki bu engelin aşılması adına, ulusal hukuk düzenlemelerimiz, işverenlerin yapay zeka algoritmalarının kullanımı hakkında daha fazla şeffaflık sağlamalarını gerektirecek şekilde güncellenmelidir. Böylece, işçilerin bu algo-

ritmaların nasıl çalıştığını anlamaları ve potansiyel ihlalleri belirlemeleri kolaylaşacaktır.

Yapay zeka temelli otomatik karar verme sistemleri, işçi hakları bakımından yeni ve karmaşık sorunlar doğurur. Otomatik kararlar sonucunda hatalı performans değerlendirmesi veya profillemeye gibi işçiler üzerinde olumsuz sonuçlar doğuran durumlar ortaya çıkabilir. Ulusal hukuk düzenlemelerimizde otomatik kararların geçerli olmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda, iş hukuku ve veri koruma düzenlemeleri, yapay zeka kullanımının işçi haklarına saygı göstermesini ve gerektiğinde denetlemesini sağlamak adına güncellenmelidir. Açık rıza şartı, işverenlerin yapay zeka kullanımı için bir temel oluşturabilir, ancak yapay zeka algoritmalarının karmaşıklığı ve işçilerin bu algoritmaların nasıl çalıştığını anlaması konusundaki zorluklar, açık rızanın tek başına yeterli bir koruma sağlamadığını göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, yapay zeka algoritmalarının karmaşıklığı, işçilerin haklarını ihlal etmek için bir araç olarak kullanılmamalıdır. Bu bağlamda işçi haklarının korunması adına; işçilerin otomatik kararların önemini ve üzerinde doğurduğu etkiyi anlaması, otomatik bir kararın gerekçesine ulaşabilmesi ve bu otomatik karara itiraz edebilmesi durumlarının hukuki düzenlemelerle sağlanması gerekmektedir. GDPR m. 22’de öngörülen hükümlere paralel olarak işçilerin otomatik kararlara itiraz etme mekanizmasının ulusal düzenlemelerimizde de tesis edilmesi bu yolda önemli bir adım olacaktır.

Yapay zeka iş dünyasında büyük bir potansiyele sahiptir, ancak yapay zekanın entegrasyon sürecinin, işçi haklarına saygı gösterilmesini sağlamak adına gereken denetlemeler ve düzenlemeler ışığında gerçekleşmesi hayati öneme sahiptir. Teknoloji ve insan hakları arasındaki kurulacak denge her zaman göz önünde bulundurulmalı ve işçi hakları kati suretle korunmalıdır. Bu denge, işçi haklarının korunması ve işçi refahının artırılması yoluyla sürdürülebilir bir iş ortamının oluşturulmasına katkıda bulunacaktır. İş hukuku düzenlemeleri, bu sorunlara bilinçli ve sorumlu bir şekilde yaklaşmalı ve teknolojiyi insan hakları ve etik değerlerle uyumlu hale getirme konusunda bir araç olarak kullanılmalıdır. Unutulmamalıdır ki, teknolojinin entegrasyonunda insan hakları ve etik değerlerin her zaman öncelikli olması gerekir, geleceğin iş dünyasının temelleri ancak bu önceliklere sahip düzenlemelerle sağlamlaşacaktır. Bu nedenle, yapay zekanın iş dünyasına entegrasyonunun, işçi hakları ve etik değerlerin korunması amacıyla gerekli düzenlemelerle desteklenmesi ve denetlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ABRAHA Halefom, "Regulating algorithmic employment decisions through data protection law" **European Labor Law Journal**, C. 14, S. 2, 2023, ss. 172-191.
- AJUNWA Ifeoma, "Algorithms at Work: Productivity Monitoring Applications And Wearable Technology As The New Data-Centric Research Agenda For Employment And Labor Law" **Saint Louis University Law Journal**, S. 63, 2018, ss. 21-53.
- ALOISI Antonio / DE STEFANO Valerio, "Between risk mitigation and labour rights enforcement: Assessing the transatlantic race to govern AI-driven decision-making through a comparative lens.", **European Labor Law Journal**, C. 14, S. 2, 2023, ss. 283-307.
- ALOISI Antonio / GRAMANO Elena, "Artificial Intelligence Is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context", **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 41, S.1, 2019, ss. 95-121.
- ALP Mustafa / DOĞAN Sevil, "Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişkisine Etkileri", **Çalışma ve Toplum**, C. 4, S. 71, 2021, ss. 2599-2632.
- ALPAGUT, Gülsevil / KARACA YAĞCI Aybüke, "İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık" **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S. 49, 2023, ss. 11-44.
- ARAUJO Theo, "In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence" **AI & Society**, C. 35, S. 3, 2020, ss. 611-623.
- AYDINLI İbrahim, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi" **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 19, S. 6, 2005, ss. 21-42.
- BAROCAS Solon / SELBST Andrew D., "Big Data's Disparate Impact" **California Law Review**, C. 104, S. 3, 2016, ss. 671-732.
- BODIE Matthew / CHERRY Miriami / MCCORMICK Marcia, vd., "The Law and Policy of People Analytics" **University of Colorado Law Review**, S. 88, 2017, ss. 961-1018.
- BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, ss. 529-541.
- CHEN Zhisheng, "Ethics and discrimination in artificial intelligence-enabled recruitment practices" **Humanities and Social Sciences Communications**, C. 10, S. 567, 2023, ss. 1-12.
- ÇANKAYA Yiğitcan, **Yapay Zekanın İş İlişkisine Etkileri**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- ÇATALKAYA Deniz Ugan, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 1. Bası, Beta Yayıncılık, 2020
- DE MAURO Andrea / GRECO Marco / GRIMALDI Michele, "A Formal Definition of Big Data Based on Its Essential Features", **Library Review**, C. 65, 2016, ss. 122-135.
- DE STEFANO Valerio, "Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial intelligence and labour protection" **Comparative Labor Law & Policy Journal**, C. 41, S. 1, 2018, ss. 1-32.

- DEL PERO Angelica Salvi / WYCKOFF Peter / VOURE'H Ann, "Using Artificial Intelligence in the workplace: What are the main ethical risks?" **OECD Social, Employment and Migration Working Paper**, C. 273, 2022, ss. 1-73.
- FELZMANN Heike, "Towards Transparency by Design for Artificial Intelligence" **Science and Engineering Ethics**, S. 26, 2020, ss. 3333-3361.
- FELZMANN Heike, "Transparency you can trust: Transparency requirements for artificial intelligence between legal norms and contextual concerns" **Big Data & Society**, C. 6, S. 1, 2019, ss. 1-14.
- GIESEN Richard, "Robotik und Arbeitsrecht" **RW Rechtswissenschaft**, C. 9, S. 4, 2018, ss. 431-452.
- GÖKTAŞ Seracettin, "Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu" **Anayasa Yargısı**, C. 38, S. 2, 2021, ss. 1-55.
- GU Jindong / OELKE Daniela, "Understanding Bias in Machine Learning", **arXiv**, 2019, ss. 1-12, <https://arxiv.org/abs/1909.01866>.
- GÜNAL Ayşe Nida / ÜSTÜN Yasin, "İş İlişkilerinde Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Menfaat", **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 4, S. 2, 2022, ss. 1-18.
- GÜR Yunus Emre / AYDEN Cem / YÜCEL Atilla, "Yapay Zekâ Alanındaki Gelişmelerin İnsan Kaynakları Yönetimine Etkisi" **Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C. 3, S. 2, 2019, ss. 137-158.
- JARRAHI Mohammad Hossein, "Algorithmic management in a work context" **Big Data & Society**, C. 8, S. 2, 2021, ss. 1-14.
- KAMARINOU Dimitra, "Machine Learning with Personal Data" **Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper**, S. 15, 2016, ss. 1-7.
- KARADENİZ Salih, "Yapay Zekânın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeliği Ve Üyelikten Doğan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 54, 2023, ss. 255-288.
- KILIÇARSLAN Seda Kara, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar" **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 2, 2019, ss. 363-389.
- KLEBE Thomas, "Künstliche Intelligenz – Eine Herausforderung Für Die Mitbestimmung" **Soziales Recht**, C. 9, S. 3, 2019, ss. 128-137.
- KURT Simge, "Direktionsrecht 4.0? – eine Betrachtung des Weisungsrechts unter Einbeziehung moderner Weisungsträger" **Arbeitsrecht im Zeitalter der Digitalisierung**, 2020, ss. 9-30.
- LUKÁCS Adrienn / VÁRADİ Szilvia, "GDPR-compliant AI-based automated decision-making in the world of work", **Computer Law & Security Review**, C.50, 2023, ss. 1-17.
- MÉLYPTAKI Gábor, "The Role of the Artificial Intelligence in the Labour Law Relations in European and Asian Aspect", **İnsan ve İnsan Dergisi**, C. 8, S. 30, 2021, ss. 69-83.
- MÖKANDER Jakob, "Ethics-Based Auditing of Automated Decision-Making Systems: Nature, Scope, and Limitations" **Science and Engineering Ethics**, C. 27, S. 44, 2021, ss. 153-171.

- MURO Mark / MAXIM Robert / JACOB Whiton, "Automation and Artificial Intelligence: How Machines Are Affecting People and Places", **Metropolitan Policy Program at Brookings**, 2019, <https://www.brookings.edu/research/automation-and-artificial-intelligence/>.
- NARBAY Şafak / KİRAZLI Nur, "Otonom Araçlarda Yapay Zekâ, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Sonuçları", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1, 2023, ss. 50-65.
- NICHOLS James, "Machine learning: applications of artificial intelligence to imaging and diagnosis" **Biophys Rev**, S. 11, 2019, ss. 111-118.
- NURATA Zeynep Ceren, "Hukuksal, örgütsel ve etik bir sorun olarak işyerinde elektronik gözetim", **Gazi İktisat ve İşletme Dergisi**, C. 7, S. 3, 2021, ss. 214-225.
- OĞUZ Özgür, "İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İşçinin Kurumsal E-postalarını Kontrol Etmesi Sorunu" **Legal Hukuk Dergisi**, C. 21, S. 250, 2023, ss. 3821-3844.
- OKUR Zeki, **İş Hukukunda Elektronik Gözetleme**, 1. Bası, Legal Yayıncılık, 2013.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa, "İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 14, 2010, ss. 234-270.
- SAVAŞ F. Burcu, "İş Hukukunda Siber Gözetim", **Çalışma ve Toplum**, C. 22, S. 3, 2009, ss. 97-132.
- SHEIKH Haroon / PRINS Corien / SCHRIJVERS Erik, **Mission AI: The New System Technology**, 1. Bası, Springer International Publishing, 2023.
- STARK Luke / STANHAUS Amanda / ANTHONY Denise L., "I Don't Want Someone to Watch Me While I'm Working: Gendered Views of Facial Recognition Technology in Workplace Surveillance" **Journal of the Association for Information Science and Technology**, C. 71, 2020, ss. 1074-1088.
- TODOLÍ-SIGNES Adrian, "Algorithms, Artificial Intelligence and Automated Decisions Concerning Workers and the Risks of Discrimination: The Necessary Collective Governance of Data Protection", **European Review of Labour and Research**, C. 25, S. 4, 2019, ss. 1-17.
- VITAK Jessica / ZIMMER Michael, "Surveillance and the future of work: exploring employees' attitudes toward monitoring in a post-COVID workplace" **Journal of Computer-Mediated Communication**, C. 28, S. 4, 2023, ss. 1-12.
- WAAS, Bernd, **Artificial intelligence and labour law**, HSI-Working Paper, No. 17, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht (HSI), Hans-Böckler-Stiftung, 2022.
- YAMAN Melike, "İşverenin işçinin iletişimini denetlemesi ve bu faaliyetlerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi" **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2020, ss. 3527-3553.
- YUVALI Ertuğrul / YABA Tuğçe, "İşverenin Yönetim Hakkının Ve İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Bir Sınırı Olarak Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 7, 2022, ss. 1685-1714.

ULUS KAVRAMININ VATANDAŞLIĞIN TELSİK YOLUYLA KAZANILMASINA VE TÜRK VATANDAŞLARINA TANINAN HAKLARDAN YARARLANAN YABANCILARIN TESPİTİNE ETKİSİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe İpek SARIOZ BÜYÜKALP^(**)

Öz: Türkiye Cumhuriyeti bir ulus devlettir. Bu çerçevede, Türk Anayasası'nda yer alan vatandaşlık kavramı gerek sosyolojik gerekse hukuki anlamda ulus devlet anlayışına uygun şekilde yorumlanmaktadır. Ancak, son yıllarda gelişen göç hareketliliği ve siyasi tercihler, vatandaşlık ve yabancılar hukukuna ilişkin düzenlemelerde farklı bir anlayışın kabulünü getirmiştir. Alışlagelmiş vatandaşlık anlayışı küresel gelişmeler ışığında değişmekteyse de, bu durumun Türk vatandaşlığının kazanılması ve Türk vatandaşlarıyla aynı haklardan yararlanma konumuna kavuşan “imtiyazlı yabancı” statüsünün oluşturulması açısından hassasiyetle değerlendirilmesi gerekmektedir. Vatandaşlık statüsünü ilgilendiren hukuki düzenlemelerin fayda/zarar analizinde, hukuki ve toplumsal gerçeklerin dikkate alınması zorunludur.

Bu çalışmada, öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki vatandaşlık tanımının ulus devlet anlayışı ile ilişkisi değerlendirilecektir. Daha sonra, Türk vatandaşlığının olağanüstü telsik yoluyla kazanılmasında aranan şartlar ile imtiyazlı yabancıların Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynen yararlanmasına imkân tanıyan düzenlemeler ulus devlet bakış açısıyla ele alınacaktır. Sonuç olarak Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan şartlar ve yabancılara tanınan imtiyazlı statünün tanıdığı hakların Anayasa'da tanımlanan ulusal vatandaşlık kavramı ile uyumu çerçevesinde bazı öneriler sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlık, Ulus Devlet, İmtiyazlı Yabancılar, Olağanüstü Telsik, Yatırım Vatandaşlığı.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 11.02.2025 - Makale Kabul Tarihi: 16.06.2025

^(**) Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ipek.sarioz@bau.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/00000002-5203-8743>.

THE CONCEPT OF NATION AND ITS EFFECT ON THE NATURALIZATION AND THE DETERMINATION OF FOREIGNERS ENJOYING THE RIGHTS OF TURKISH CITIZENSHIP

Abstract: The concept of citizenship in the Turkish Constitution is interpreted both sociologically and legally in accordance with the nation-state approach. However, the migration mobility and political preferences that have developed in recent years refer to the acceptance of a different understanding in the regulations on citizenship and foreigners' law. Although the conventional understanding of citizenship is changing in the light of global developments, this should be evaluated sensitively in terms of the acquisition of Turkish citizenship and the creation of the status of "privileged foreigners" who enjoy the same rights as Turkish citizens.

In this study, the relationship between the concept of citizenship as defined in the Constitution of Turkish Republic and the understanding of the nation-state will be evaluated. In this context, the differences between the rights of privileged foreigners such as Blue Card or long-term residence permit holders and the requirements for having these statuses and the requirements for extraordinary naturalisation will be examined and some solutions will be suggested for achieving consistency with the national citizenship as defined in the Constitution.

Keywords: Citizenship, Nation-State, Privileged Foreigners, Extraordinary Naturalisation, Citizenship by Investment.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹ m. 66 uyarınca, “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*”. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu² (TVK) da “*Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi*” Türk vatandaşı olarak tanımlamıştır (m. 3/ç). Anayasamız vatandaşlık kavramını tanımlamamıştır. Doktrinde çeşitli tanımlar yapılmakla birlikte, genel olarak, vatandaşlık, “*bir kişinin vatandaşı olduğu devlet ile arasında bulunan hukuki bağı ve bu bağın oluşturduğu statüyü*” ifade eder³.

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, RG: 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

² Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, RG: 12.06.2009/27256.

Vatandaşlığın kazanılmasında ve kaybında kanunilik ilkesi geçerlidir (Anayasa m. 66/3). Bu çerçevede temel mevzuat TVK’nın yanısıra 2010/139 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (TVKUY/ Yönetmelik Numarası: 2010/139, RG 06.04.2010/27544)’tir.

³ Vatandaşlık ve tabiiyet kavramları arasındaki fark ve terminolojik açıklamalar için bkz. ALİ-BABA Arzu, **Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları**, Turhan, Ankara, 2021, s. 6; GÖGER Erdoğan, **Türk Tâbiyet Hukuku**, 4. Bası, Sevinç, Ankara, 1979, s. 2-5; AYBAY Rona / ÖZBEK Nimet / ERSEN PERÇİN Gizem, **Vatandaşlık Hukuku**, Siyasal, Ankara, 2019, s. 6-12. Doktrinde vatandaşlık yerine tabiiyet veya uyruklu kavramının da tercih edildiğini ifade etmek gerekir. Zira, vatandaşlık yalnızca gerçek kişiler için kullanılan bir kavramdır. Bkz. AYBAY / ÖZBEK / ERSEN PERÇİN, s. 11; GÜNGÖR Gülin, **Tâbiyet Hukuku**, 7. Bası, Yetkin, Ankara, 2019, s. 1; ÖZTÜRK Necila, **Yatırım Yoluyla İkamet ve Vatandaşlık Kazanma**, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 7, dn 14; TURHAN Turgut / TANRIBİLİR Feriha Bilge, **Vatandaşlık Hukuku**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2017, s. 25. Tabiiyet üst kavram iken, vatandaşlık ise sadece gerçek kişilere özgü bir alt kavramdır. Bkz. KARAMAN Ebru, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları’nda Vatandaşlık Tanımı”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 7, 2018, s. 241, 242. Diğer yandan tabiiyetin/uyrukluğun, sömürgeci devletlerin zamanından kalan ve anayurttaki yaşayanlar (yurttaş/vatandaş) ile sömürge devlette yaşayanları (uyruk/tebaa) ayırt etmek için kullanılan bir kavram olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. ALİBABA, s. 6-7; DOĞAN, Vahit / YILMAZ Alper Çağrı / İZMİRLİ Lale Ayhan, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 19. Bası, Rehber, Ankara, 2023, s. 5. Benzer yönde bkz.ÖZKAN Işıl, “Vatandaşlık Satılabilir Bir Şey Midir?”, **Near East University International Journal of Art, CultureandCommunication**, C. 1, S.1, 2018, s. 53, s. 59.

Vatandaşlık, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde yurttaşlık ile eş anlamlı şekilde Anayasa m. 66’daki ifade ile açıklanmıştır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>; (Erişim Tarihi: 21.11.2024). Doktrindeki genel kullanım da bu yöndedir. Ancak tabiiyet vatandaşlıktan ayrı bir anlamı haizdir. Zira, tabi olmak ile vatandaş (hak sahibi) olmak farklı anlamlar içermektedir. Vatandaşlık tanımı ve özellikle vatandaşlığın “toplumsal kimlik” bağlamında değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. KEYMAN E. Fuat, “Türkiye’de Çokkültürlü Anayasal Vatandaşlık ve Demokratikleşme”, **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara**, 3. Bası, Ayşe Kadioğlu (Ed.), Metis Yayınları, İstanbul, 2022, s. 222 vd.; DÜZENLİ Kubilay, **Yurttaşlığın Tarihsel Dönüşümü ve Türkiye’de Yurttaşlık**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 8 vd.; ÖZTÜRK Hatice Beyza, **Vatandaşlık Hakkı ve Vatansızlık**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024, s. 5 vd.

Vatandaşlık bağı, kişiyi ilgili devletin diplomatik koruması altına sokarken, vatandaş ile devlet arasında bir hak ve yükümlülük rejimi kurar. Bu anlamda, “siyasi bir topluluğa üyelik”⁴ olarak da kabul edilen vatandaşlık esasen kişisel bir hukuki nitelik/özellik⁵ veya statüdür⁶. Vatandaşlığın kişinin benliğinin bir parçasını oluşturduğunu söylemek mümkündür⁷. Bu anlamda, vatandaş olmak, sadece uluslararası hukukta anlamı olan bir statü edinmek anlamına gelmemektedir; vatandaş, aynı zamanda ait olduğu insan topluluğunun sosyal ve kültürel varlığının da bir parçasıdır⁸.

Vatandaşlığın birey ile vatandaş olmadığı diğer devletler arasında uluslararası hukuk açısından yarattığı sonuçlar da bulunmaktadır⁹. Bu çerçevede, temel olarak vatandaşlık, bir kişinin vatandaş olmadığı devlete karşı vatandaş olduğu devlet tarafından korunmasını (diplomatik himaye) sağlar. Uluslararası Adalet Divanı *Nottebohm* kararında¹⁰, bir devletin vatandaş hakkında diğer bir devlete karşı diplomatik himayeden doğan haklarını kullanabil-

Doktrinde vatandaşlığın tanımı haricinde, farklı anlamları üzerinde de durulmuştur. Kadioğlu, vatandaşlığı ulusal kimlik veya milliyet olarak tanımlanan vatandaşlık, evrak temelinde tanımlanan vatandaşlık, haklar temelinde vatandaşlık ve görev ve sorumluluklar temelinde vatandaşlık olarak dört temelde incelemektedir. Bkz. KADIOĞLU Ayşe, “Vatandaşlık: Kavramın Farklı Anlamları”, **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara**, 3. Bası, Ayşe Kadioğlu (Ed.), Metis Yayınları, İstanbul, 2022, s. 21 vd.

⁴ ALİBABA, s. 8.

⁵ NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 30. Bası, Beta, İstanbul, 2022, s. 3; ÖZKAN, s. 55; TURHAN / TANRIBİLİR, s. 29. Ayrıca bkz. *Liechtenstein v. Guatemala* [1955] ICJ, *Nottebohm Case*, s. 23: “Devletlerin uygulamalarına, tahkim ve yargı kararlarına ve yazarların görüşlerine göre, vatandaşlık, temelinde sosyal bir bağlılık olgusu bulunan, gerçek bir varoluş, çıkar ve duygular arasındaki bağlantı ile birlikte karşılıklı hak ve yükümlülüklerin varlığına dayanan hukuki bir bağdır.” (Bkz. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>; (Erişim Tarihi: 13.11.2024)). Vatandaşlığı sosyolojik görüşe göre açıklayan anlayış için bkz. ALİBABA, s. 13; GÜNGÖR, s. 11.

⁶ ALİBABA, s. 8, s. 12; ERDEM Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 8.

⁷ ERDEM s. 3 ve s. 10.

⁸ ERDEM s. 10. Vatandaşlığın hukuki niteliği ve dayandığı temeller ile ilgili bkz. H. B. ÖZTÜRK, s. 38 vd.

⁹ Common Law hukuk sistemlerinde bu durumun “nationality” ve “citizenship” kavramları ile açıklandığı yönünde bkz. GÖĞER Erdoğan, “Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti”, **AÜHF**, C. 27, S. 3-4, 1970, s. 173, s. 187.

¹⁰ ICJ, *Nottebohm* 21 ff. ICJ’nin bu muhakemesi sonradan kazanılan (müktesep) vatandaşlığı konu almaktadır. Vatandaşlığın aslen kazanılmasında ise, diplomatik koruma hakkını kullanmak bakımından devlet ile vatandaş arasında gerçek bir bağın varlığı aranmayacaktır. Bkz. DEMİRKOL Berk, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı”, **GSÜHF**, S. 2, 2015, s. 159, s. 165. Gerçek (etkin) vatandaşlık kavramı ile ilgili ayrıca bkz. H. B. ÖZTÜRK, s. 41 vd.

mesi için kişi ile talep eden devlet arasında gerçek bir bağın varlığını aramıştır. Ayrıca, bir kişiye vatandaşlık kazandırmanın devletin iç hukukunu ilgilendirmesine rağmen, vatandaşlığa bağlı olarak diplomatik koruma sağlamanın uluslararası hukukun konusu olduğunun altı çizilmiştir¹¹. Diğer bir ifadeyle, bireyin sadece istediği zaman ve koşullarda bir ülke, diğer zamanlarda ise başka bir ülke vatandaşı olarak farklı devletlerin uluslararası korumasından faydalanmasının mümkün olmadığı ortaya konmuştur.

Vatandaşlığın kazanılması sonucunda kişiyle devlet arasında bir kamu ilişkisi doğmaktadır. Bu ilişki kapsamında vatandaşlık bağının kişiye yüklediği temel yükümlülük, sadakat borcudur. Sadakat borcu, “*kişinin vatandaş olduğu Devlete kendisini tam bir dürüstlük içerisinde adanması*” şeklinde tanımlanmaktadır¹². Sadakat yükümlüsü vatandaş, aynı zamanda vatandaş olduğu devletin siyasi ve sosyal örgütlenmesinde hak sahibi olduğu gibi, başta anayasa olmak üzere diğer yasaların kendine tanıdığı temel hak ve özgürlüklere de sahip olacaktır¹³. Öyleyse vatandaşlık kişinin sahip olduğu/olmak istediği bir statüyü ifade etmektedir. Bu statü aynı zamanda kişinin vatandaşı olduğu devletin siyasi ve ekonomik gücüne dayanan kimliktir. Bu kimlik, özelliklerini ait olduğu devletin dayandığı temel ilke ve değerlerden almaktadır.

Bu çerçevede, vatandaş ile devlet arasındaki hukuki bağ, Anayasa bağlamında ulusa aidiyeti de içermektedir. Zira, Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşu ulus devlet esasına dayanmaktadır; bu tespit, Osmanlı Devleti’nin temelindeki tebaa statüsünden ulus devletin vatandaşlık anlayışına doğru yaşanan gelişmenin bir sonucudur¹⁴. Ancak bu ulus anlayışı, ırk esasına değil, ortak

¹¹ Ayrıntılı incelemeler için bkz. UNAT İlhan, **Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi**, Sevinç, Ankara, 1966, s. 8 vd.; KAYALI Didem, “Etkili vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler”, PPIL, C. 43 S. 1, 2023, s.113 vd. Nottebohm kararı ile milliyet ya da tabiiyet ile vatandaşlık arasındaki çizgi belirlenmiş, devlet tarafından tek yanlı olarak kurulan vatandaşlık bağının ülkeyi aşan etkisinin “milletlerarası hukuka karşı hile” teşkil etmemesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Karar kapsamında kanuna karşı hile kavramı ile ilgili bkz. UNAT, s.38 vd.

¹² ULUOCAK Nihal, “Çifte Vatandaşlıkta Önceki Vatandaşlığın Terki Sorunu”, MHB, C. 10, S.1-2, 1990, s.198.

¹³ Vatandaşlığın bizatihi kendisinin bir insan hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceği hakkında bkz. H. B. ÖZTÜRK, s. 108 vd. Yazar, Hannah Arendt’in vatandaşlığı “haklara sahip olma hakkı” olarak tanımladığını ifade ettikten sonra, “*vatandaşlığın insan haklarına erişimde kilit bir rol oynadığını*” dile getirmektedir (Bkz. s. 111).

¹⁴ DOĞAN, Vatandaşlık, s. 18; ŞİT Banu, “Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 65; TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 136.

tarikh ve kültürü paylaşan, birlikte yaşama isteğine sahip insan topluluğuna dayanır¹⁵.

Bu itibarla, devletin üç unsurundan biri olan “millet” unsurunun ulus kavramı ile bütünleşen bir vatandaşlık anlayışı çerçevesinde oluştuğunu, ulus devlet anlayışında “millet”in “ulus” ile aynı anlamı taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır¹⁶. Öyleyse, vatandaş aynı zamanda “ulus”un bir parçası olmalıdır. Bu tespit, vatandaşlığın kazanılmasında veya vatandaşın sahip olduğu hakların kullanılmasına ilişkin yeni statülerin yaratılmasında yetkili makam iradesinin hangi yönde kullanılması gerektiği sorusunun cevabını yakından ilgilendirmektedir. Zira, ulusun bir parçası olan “vatandaş”, aynı zamanda devletin yönetimine katılan ve eşitlik ilkesi çerçevesinde muamele gören kişiyi ifade etmektedir¹⁷. Ayrıca, Türk hukukunda yer alan “imtiyazlı yabancılar” statüsünün yaratılmasında ve bu statüye sahip kişilerin haklarının belirlenmesinde, vatandaşın sahip olduğu haklar ve vatandaşlık bağının devlet için ifade ettiği anlam belirleyici olacaktır.

Bir başka önemli konu, vatandaşlığın kazanılmasında siyasal politika, anlayış ya da yöntem değişikliğinin hukuk düzeni üzerindeki etkileridir. Zira, bu değişiklik hukuk kurallarının düzenlenişini de temelden etkiler. Örneğin, göç alan ülkeler ile göç veren ülkeler vatandaşlığın aslen kazanılmasında farklı esaslardan hareket ederler. Göç alan ülkeler doğumla vatandaşlık kazanılmasında toprak esasını, göç veren ülkeler ise soy bağı (kan) esasını temel alan bir vatandaşlık anlayışı benimserler¹⁸. Bununla birlikte,

¹⁵ ŞİT, s. 65; TEZİÇ, s. 133.

¹⁶ Türk dil kurumu sözlüğüne bakıldığında ulus kelimesinin eş anlamlısı millettir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>; (Erişim Tarihi: 22.11.2024). Millet ve ulus kelimelerinin aynı anlamı taşıyıp taşımadığı farklı bilim dallarında tartışma konusu olmuştur. Aynı şekilde etnisite ve ulus kavramlarının da benzerliği üzerinde durulmuştur. Yunanca “*ethnos*” sözcüğünden türemiş olan etnisite kavramı kan bağından ziyade kültürel bağa sahip toplulukları ifade etmektedir. Siyasi bir birliğe sahip olmaksızın ortak kültür, geçmiş ve coğrafi bağlara sahip olan etnik gruplar ulus olarak nitelendirilmemektedir. Etnik toplulukların tarihsel anlamda “millet” olarak değerlendirilmesi mümkün iken, ulus olabilmek için bir vatan ile bütünleşen siyasi bağlılık olmazsa olmazdır. Bkz. AKINCI Abdulvahap, “Milliyetçiliğin Kökenleri: Etnisite/Ulus (Millet) İlişkisi”, *İnsan & İnsan*, C. 6, S. 21, 2019, s. 416-419.

¹⁷ Bu vatandaşlık anlayışı ulus devletlerin kurulma sürecinde etkili olmuştur. Bkz. ŞİT, s. 68, dn.10.

¹⁸ NOMER, Vatandaşlık, s. 11. Türkiye de kendini göç veren/gönderen ülkeler arasında konumlandırmaktadır. Özellikle 1990 sonrası vatandaşlık hukukunda yapılan düzenlemelerin bu esastan hareket ettiği yönünde bkz. İnci Ataman-Fıganmeşe, ‘Alman ve Türk Vatandaşlık Hukuklarının Şekillenmesinde Göçün Etkisi’, Türkiye’den Almanya’ya Göçün 60. Yılı, *Hacettepe Üniversitesi Türk Alman İlişkileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Webinar Serisi*, 20:50” <https://www.youtube.com/watch?v=nAFYIeg5GXc>; (Erişim Tarihi 02.12.2023).

doğum yeri esası tamamlayıcı olabilmektedir. TVK m. 8/1’de doğum yeri esası aslen vatandaşlık kazanmada ikincil esas olarak kabul edilmektedir¹⁹.

Vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin mevzuatın düzenlenmesindeki siyasal anlayış yalnızca vatandaşlık hukukunda etkili değildir. Aynı zamanda örneğin milletlerarası özel hukuk alanında kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesinde de etkindir. Bilindiği üzere, kişiler ve aile hukuku uyuşmazlıklarında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da (MÖHUK)²⁰ yer alan kanunlar ihtilafı kurallarındaki temel bağlama noktası vatandaşlıktır. Buna göre, hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuku belirlerken göç alan ülkeler yerleşim yeri ya da mutad mesken gibi bağlama noktaları kabul ederken, göç veren ülkeler vatandaşlığı tercih etmektedir²¹. Dolayısıyla göç politikalarında ve vatandaşlığın kazanılması esaslarında değişiklik yapılması hukukun birçok dalını yakından ilgilendiren sonuçlar doğurmaktadır.

Bu minvalde, çalışmamızda önce ulus devlet anlayışının vatandaşlık kavramı ile ilişkisi üzerinde durulacaktır. Daha sonra, başta TVK olmak üzere, vatandaşlık ve yabancılar hukukuna ilişkin mevzuat incelenerek vatandaş ile yabancı ayrımında ulus devlet anlayışının ne kadar etkin olduğu, Türk vatandaşlığının kazanılması ve vatandaşlık kazanılmaksızın Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan yararlanmayı sağlayan statülerin düzenlenmesinde ulusa aidiyetin hangi ölçüde arandığı incelenecektir. Nihayetinde, ulusal vatandaşlığın bir statü olarak ele alındığında varlık amacından sapmayacak şekilde değerlendirilmesi ve vatandaşlığa ilişkin bazı düzenlemelerin yeniden ele alınmasının gerekliliği üzerinde durulacaktır.

¹⁹ Soy bağı esası Anayasa m. 66/2’de yer alırken, doğum yeri esasına Anayasa’da yer verilmiştir. Bkz. GÜNGÖR, s. 69.

²⁰ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, RG 12.12.2007/26728.

²¹ Yaklaşık son on yılda yaşanan nüfus hareketlerinden önce Türkiye, başta Batı Avrupa ülkelerine olmak üzere, göç veren bir ülke olarak kabul edilmekteydi. Son dönemde de yurtdışına verilen göç azımsanmayacak ölçüde olmakla birlikte, Türkiye’ye göç edenlerin sayısının daha fazla olduğu görülmektedir. Bkz. İstatistiklerle Türkiye 2022, Türkiye İstatistik Kurumu, https://www.tuik.gov.tr/media/announcements/istatistiklerle_turkiye.pdf, s. 14, (Erişim Tarihi: 03.11.2024). 2023 yılının istatistiklerine bakıldığında ise Türkiye’den göç edenlerin sayısının tekrar arttığı gözlemlenmektedir. Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Uluslararası-Göç-İstatistikleri-2023-53544>; (Erişim Tarihi: 28.12.2024). TÜİK’in raporuna göre, Türkiye’den yurt dışına göç edenlerin sayısı 2023 yılında bir önceki yıla göre %53 oranında artarak 714 bin 579 kişi olmuştur.

I. VATANDAŞLIK VE ULUS DEVLET ANLAYIŞI

A. Ulus Devlette Millet Kavramı

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bir milletin vatanına sahip çıkma iradesi ile verdiği bağımsızlık mücadelesinin sonucunda kurulmuştur. Bu mücadele, vatandaşlık anlayışının ulus devlet yaklaşımı ile şekillenmesi sonucunu doğurmuştur²². Zira, ulus devleti, devlet olmadan önce ulus olma özelliği taşıyan bir halkın meydana getirdiği; önce toplumsal sonra siyasi bütünlüğün (ulusal bağımsızlık) kazanıldığı ifade edilmektedir²³. Anayasa m. 3 uyarınca, “*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.*” Bu hüküm, ulus ile devleti “özdeş” kılmaktadır²⁴.

Siyasal birliği hedefleyen devlet odaklı ulusçuluk ile kültürel birliğe ilişkin halk odaklı ulusçuluk Fransız Devrimi sonrası gelişen iki farklı eğilimdir²⁵. Fransız Devrimi’nin ulus, ulusçuluk ve vatandaşlık üçgenindeki etkisi, Türkiye Cumhuriyeti de dâhil pek çok yeni devletin kuruluşunda kendini göstermiştir²⁶. Vatandaşlık ile ulus kimliğinin Fransız Devrimi sonrasında ilişkilendirilebilmiş olduğu belirtilmektedir²⁷.

Ulus olgusunun gelişmesi, bir yandan devletlerin onu oluşturan insan topluluğu ile bağımlı “gönüllü/manevi” bir aidiyet üzerinden pekiştirirken, diğer yandan tebaa (tâbi olan) olmaktan çıkan ve devletin yönetiminde söz sahibi olan “birey/yurttaş” anlayışının gelişmesine bağlı olarak “modern

²² NOMER Ergin, “Anayasa ve Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlığı”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 845; ÖZEL Sibel, “Anayasa m.66/I Hükümünde Yer Alan Türk Tanımı Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, 2012, s. 52.

²³ KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 13. Bası, Legal, İstanbul, 2018, s. 75. Ulus devlet veya modern devletin dayandığı egemenlik anlayışı ve egemenliğin sınırlanması süreci ile ilgili ayrıca bkz. UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, 9. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 197 vd.

²⁴ KABOĞLU, s. 76.

²⁵ Fransız ulus anlayışının devlet merkezli, Alman ulus anlayışının ise halk merkezli olduğu belirtilmektedir (ŞİT, s. 66). Ayrıca bkz. TEZİÇ, s. 133-134.

²⁶ Ayrıntılı incelemeler için bkz. ERÖZDEN Ozan, **Ulus-Devlet**, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2008, s. 43 vd.; GÜVEYİ Ümit, “Ulus Devlet ile Vatandaşlık İlişkisi Paradoksu ve Anayasal Düzlemdeki Negatif Etkileri”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 2, 2019, s. 142 vd. Ayrıca bkz. KANADOĞLU Osman Korkut / DUYGUN Ahmet Mert, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2021, s. 77 vd.

²⁷ GÜVEYİ, s. 157; KADIOĞLU, Vatandaşlık, s. 22-23.

devlet”i ortaya çıkarmıştır²⁸. Bu modern devletin temelinde vatandaşların eşitliği ilkesi yatmaktadır²⁹. Öyle ki, kanun önünde eşitlik ilkesi, bireyi vatandaş (yurttaş) kılabilmektedir. Böylece, eşit vatandaşların oluşturduğu ulus, aktif siyasi katılım ve sosyal uyum/dayanışma çerçevesinde devlet ile birey arasında karşılıklı hak ve borçları belirleyen hukuki bir çerçeveyi çizmektedir³⁰.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. İlgili hükmün ayrımcılık yasağını düzenleyen ilk fıkrası uyarınca, “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*”. Yine “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanına[mayacağını]” düzenleyen 4. fıkra hükmü de ayrıcalık (imtiyaz) yasağını kabul ederek³¹ eşit vatandaşlığı pekiştirmek üzere kabul edilmiştir. Devletin tüm organları ve idari makamları kanun önünde eşitlik ilkesi ile bağlıdır (Anayasa m. 10/5).

Esasen milletlerarası hukuk anlamında devletin üç unsurunun toprak, insan topluluğu (millet) ve egemenlik olduğu düşünülürse³², millet üzerindeki egemenliğin vatandaşlık bağına dayandığını, vatandaşlığın bir “hukuki bağ” olarak devlet ile vatandaş arasında kurduğu irtibatın da siyasi birlik temelli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³³. Siyasi birlik, devletin toprağı üzerindeki egemenliğini güvence altına alırken, ulus bilinci de millet unsurunun

²⁸ BATUM Süheyl /YILMAZ Didem / KÖYBAŞI Serkan, **Anayasa Hukuku, Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, Oniki Levha, İstanbul, 2021, s. 91. Modern devletin gelişimi, unsurlarına dair incelemeler için bkz. POGGI Gianfranco, **Modern Devletin Gelişimi** (çev.Ş. Kut / B. Toprak), 9. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2019, s. 107 vd.

²⁹ GÜVEYİ, s. 155.

³⁰ ÖZTÜRK, s. 9. Aksi görüşte bkz. KADIOĞLU Ayşe, “Vatandaşlığın Ulustan Arındırılması: Türkiye Örneği”, **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara**, 3. Bası, AyşeKadioğlu (Ed.), Metis Yayınları, İstanbul, 2022, s.31 vd. Yazar, vatandaşlığın ulustan arındırılmasının siyasal katılımın artırılması için bir zorunluluk olduğunu dile getirmektedir. Türk ulusal kimliğinin Rum, Ermeni, Yahudi, Kürt, Arap vb. toplulukları dışladığını ifade eden yazar, Türk vatandaşı tanımının da “nötr” olmadığını savunmaktadır (Bkz. s. 31 ve 34).

³¹ TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, 20. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 131.

³² Ayrıntılı incelemeler için bkz. BATUM / YILMAZ / KÖYBAŞI, s. 84vd; GÖZLER Kemal, **Devletin Genel Teorisi**, 10. Bası, Ekin, Bursa, 2019, s. 47 vd; KABOĞLU, s. 61 vd.

³³ Vatandaşlık kavramına farklı yaklaşımlar (liberal, toplulukçu, cumhuriyetçi görüş) için bkz GÜVEYİ, s. 155-156. Etno-kültürel ve evrenselci görüş için bkz. KANADOĞLU / DUYGUN, s. 76, s. 82. Yazarlara göre, Alman milliyetçiliği etno-kültürel anlayışı yansıtırken Fransız milliyetçiliğine evrenselci anlayış hâkimdir.

kendi içindeki birliği güvence altına almaktadır. Bu çerçevede, devletin beşerî unsuru olan insan topluluğu³⁴, kendi içinde ortak tarih ve kültürden beslenen birlikte yaşama arzusu (kültürel birlik) ile millet (ulus) haline gelmektedir³⁵.

Bir arada yaşama arzusunun yansıması olan “ulus bilinci” milletin temel ögesidir. Tarih boyunca insanlar birlikte yaşamış ancak birlikte yaşayan her insan topluluğu bir devlet kuramamıştır; bu açıdan “bireylerin birbirine bağlılığı”, nitelikli insan topluluğunu oluşturur³⁶. Öyleyse, bu nitelik “ulusal bilinç” olarak adlandırılabilir. Diğer bir ifadeyle, ulusal bilinç ile bir araya gelen insan topluluğu “millet”i oluşturur³⁷. Ulus bilincinden yoksun bir topluluk, ulus devlet anlayışında millet olarak nitelendirilemez. Zira ulus devlette ulus ile millet aynı şeyi ifade etmektedir. Ulus bilincinin, aynı zamanda

³⁴ GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, s. 49; KABOĞLU, s. 69. Kaboğlu, insan topluluğunu, “egemenliğin kişi açısından kullanıldığı mekân” olarak tanımlamaktadır. Bu tanım, insan topluluğunun vatandaşlarla birlikte ülkede yaşayan yabancıları da kapsadığını anlatmaktadır.

³⁵ Ulus bilincinin temel ögesi olan birlikte yaşama arzusu esasen aynı dine, dile veya ırka ait olmanın ötesinde bir bağlılıktır. Bu bakımdan, farklı dil, din ve ırka mensup toplumların oluşturduğu İsviçre güzel bir örnektir. Bu farklılıklar İsviçre’de sağlam bir ulusal bilincin oluşmasına engel olmamıştır. Bkz. KABOĞLU, s. 73. Aynı yönde bkz. SÜR Barış, “Ulus Nedir?”, Kitap İncelemesi, *Milliyetçilik Araştırmaları Dergisi*, C. 2, S. 1, 2020, s. 158. Renan, “Türkiye’de Türk, Slav, Yunan, Ermeni, Arap, Kürt kökenli halkların bir arada yaşamasına rağmen ortak paydada ya da geçmişte buluşamadığını ve Anadolu dışında ulus olmayı başaramadığını” iddia etmektedir. Bkz. SÜR; s. 158. Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan önceki döneme ait olan bu tespit, kanımızca tam da Cumhuriyet’in neyi başarmak istediğini ortaya koymaktadır. Zira, birlikte verilmiş bir bağımsızlık mücadelesinin, ortak kaygı ve birlikte yaşama hedefinin, ulusal kimliğin inşasındaki payı yadsınamaz. Bu noktada geçmiş, “başarısızlıklar”dan ders çıkararak “ortak zengin hatıralar mirasına sahip çıkmak” ve “birlikte yaşama arzusuyla ortak karara vararak bölünmemiş halde alınan mirası geliştirme iradesi” ulus olmayı sağlayan en önemli unsurlardır. Bkz. RENAN Ernest, *Qu’est-ce qu’une nation?*, Conférenceprononcée le 11 mars 1882 à la Sorbonne s. 50 https://upvericsoriano.wordpress.com/wp-content/uploads/2009/06/renan_quest_ce_une_nation.pdf; (Erişim Tarihi: 02.12.2024).

³⁶ GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, s. 50. Ernest Renan’a göre de, eski çağlardan beri var olan imparatorluklarda, krallıklarda ulus bilinci gelişmemiştir. Renan, ulus olmanın formülünü “halkların ait olmak istedikleri ulusal topluluğu belirleme özgürlüğü”nde bulmakta, ulus olmanın temelinde birlikte yaşama arzusunun yattığını ifade etmektedir. Bkz. SÜR, s. 158.

³⁷ Gözler, ulus devleti “devletin ülke ve millet unsurlarının çakıştığı devlet” olarak tanımladıktan sonra, milletin tek olduğunu, birtakım bağlarla birliğin sağlandığını ifade etmektedir. GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, s. 64. Bu noktada ulusal bilincin sübjektif millet anlayışının savunduğu değerler çerçevesinde olduğu ifade edilebilir. Örneğin, Anayasa hükümlerine baktığında, anayasal düzendeki ulus anlayışının vatandaşlık tanımı üzerindeki etkisi Atatürk milliyetçiliği üzerinden kurulmaktadır. Bkz. GÜVEYİ, s. 158. Atatürk milliyetçiliğini yansıtan Anayasa maddeleri (Başl. 7; m. 3; m. 42; m. 66/1) içinde vatandaşlık tanımı, 1924 Anayasası’na göre bir miktar daha az özgürlükçü olsa da bütünleştirici bir “anayasal milliyetçiliği” yansıtmaktadır. Bkz. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 90.

bir kimlik tanımı olduğu da ifade edilmektedir³⁸. Ulusal kimliğin bireyin vatandaş sıfatıyla devlete olan aidiyetini belirlediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada önemli tespit şudur: “*Yurttaşlık öyle özel bir bağıdır ki, bu bağ sayesinde devlet ile yurttaş arasındaki hak ve yükümlülükler genel ve eşit olarak sahiplenilir*”³⁹. İşte tam da bu nedenle, ulusal kimlik olmaksızın vatandaş olmak mümkün değildir. Kısaca, millet kavramının iki bileşeni olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır: insan topluluğu (beden) ve ulus (ruh)⁴⁰. Ulusal vatandaşlık da bu millet anlayışına dayanmaktadır.

Millet kavramı, ırk, dil ve din gibi bağlara/unsurlara dayalı “objektif millet anlayışı” yanında, “ortak geçmiş, ortak gelecek, ortak amaç ve ülkü birliği” gibi sübjektif bağlar ile açıklanmaktadır⁴¹. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti’nin bir devlet olarak kuruluşunda ırk, dil veya din gibi “maddi/gözle görülür” bağlardan ziyade ortak acı, ortak mücadele, ortak amaç ve tehlike algısı gibi manevi/soyut birliğin esas alındığı ve devletin millet (ulus) üzerindeki egemenliğini bu birliğe dayandırdığı görülmektedir⁴². ırk, dil veya dini inancın da ulusal bilincin ve dolayısıyla milletin oluşmasında olumlu katkısı olabilecektir. Ancak kanımızca ulusal bilincin yalnızca objektif bağlarla oluşabileceğini kabul etmek hayli zordur⁴³. Zira ulusal bilinçte ortak olan, ırk veya dini inanç gibi somut özelliklerden ziyade, bir arada yaşama arzusunu pekiştiren birlik ve beraberlik duygusudur. Bu duygu geçmişte yaşanan ve gelecekte yaşanabilecek savaş, dış tehdit gibi mücadele gerektirecek olaylarla, diğer bir ifadeyle ülkü birliği ile pekişir.

³⁸ Poggi’ye göre, ulus olma bilinci “ulusal kimliği paylaşan” insanlar arasındaki bağıdır. Yurttaşlık da bu bağın devlet nezdindeki ifadesidir. Bkz. POGGI Gianfranco, **Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği** (Çev: BABACAN Aysun), 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2014, s. 36.

³⁹ POGGI, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, s. 39.

⁴⁰ RENAN, s. 50.

⁴¹ BATUM / YILMAZ / KÖYBAŞI, s. 89-90; B. ERDEM, s. 46; GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, s. 52-58.

⁴² Atatürk milliyetçiliğinin sübjektif millet anlayışı ile örtüştüğü yönünde bkz. B. ERDEM, s. 49; GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Bası, Ekin, Bursa, 2018, s. 155; GÜVEYİ, s. 159; ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 21. Bası, Yetkin, Ankara, 2021, s. 76; ÖZKAN, s. 57-58; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 91 ve s. 92. Yazarlar Atatürk milliyetçiliğinin laiklik ile tamamlandığını, bu anlamda dinsel temelde değil, ulusal değerler etrafında birleşme sağlandığını ifade etmektedir.

⁴³ Bu noktada, ırk, dil veya dini inancın ortak bir payda yaratmaktan ziyade, farklılıkları öne çıkaran ve sonunda millet ayrılığına yol açan etmenler olduğu yönündeki görüşe katılmamak mümkün değildir (GÖZLER, s.56). Aynı görüşte B. ERDEM, s. 45. Benzer yönde bkz. BATUM / YILMAZ / KÖYBAŞI, s. 89.

Hukukumuzda doğumla kazanılan vatandaşlığın birincil olarak soy bağı esasına dayalı olduğu düzenlenmiştir (TVK m. 7); toprak esası ise tamamlamayıcıdır. Bu çerçeveden bakılacak olursa, devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan ve ulusu oluşturan insan topluluğunun oluşumunda objektif millet anlayışının kabul edildiği izlenimi doğmaktadır. Oysa, burada çıkış noktası olarak ırka bağlı değil, vatandaşlığa bağlı soyun devamının kabul edildiğinin altı çizilmelidir. Diğer bir ifadeyle, Türkiye Cumhuriyeti’ni kuran insan topluluğu ortak acı, mücadele, kültür ve ülkü birliğine mensup kişiler olduğuna göre, buradaki soyun devamlılığı da ırka değil, kültürel birliğe ve birlikte yaşama inancına/ulusal bilince dayanmaktadır. Bu itibarla, vatandaşlık “ulus”un yaratılmasında hukuki bir araç olarak kabul edilmelidir⁴⁴.

B. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Vatandaşlık Yaklaşımı

Anayasa’nın 66. maddesinin “*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*” ifadesi, ekseriyetle ırka dayalı millet tanımından uzak, vatana bağlılık çerçevesinde farklı etnik veya kültürel kimlikleri birleştirici bir anlama sahiptir. Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşunda esas alınan vatandaşlığın ırka dayanmadığının kabulünü “tarihsel bir zorunluluk” olarak gören anlayış, ulusa bağlılığın ulusal bilinç ile geliştiğini kabul etmektedir⁴⁵. Nitekim Mustafa Kemal Atatürk’ün vatandaşlık tanımı da bu noktaya işaret etmektedir. Atatürk’e göre, “*Türkiye Cumhuriyeti’ni kuran Türkiye halkına Türk Milleti denir*”⁴⁶. Bu tanımdan yola çıkarak “millet olmanın altında devletin kuruluşunda söz sahibi olmanın yattığı” anlamını çıkarmak yanlış olmayacaktır⁴⁷. Öyleyse, ulusal (milli) bilinç ile sağlanan ve pekişen ulusa bağlılığın, vatandaşı yabancından ayıran temel unsur olduğu söylenebilecektir.

⁴⁴ Ulus devletlerde “insanların sahip olduğu tüm farklılıkların rafa kaldırılmış olduğu bir toplumsal düzenin kurulduğu” ve vatandaşlığın da bu yönde kullanılan bir araç olarak düşünüldüğü yönünde bkz. DÜZENLİ, s. 28.

⁴⁵ ŞİT, s. 69. Yazara göre, “*vatandaşlık ulustan değil, ulus vatandaşlıktan doğmuştur*”. Gerçekten de, vatandaşlığın bir hukuki bağ olarak kabulü, birey ile ulus devleti birleştirmesinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan, vatandaşlık “*modern ulus devletin bir unsurudur*”. Bkz. GÜVEYİ, s. 139.

⁴⁶ İNAN Afet, **Vatandaş İçin Medeni Bilgiler**, Devlet Matbaası, İstanbul, 1931, s. 18.

⁴⁷ Vatandaş İçin Medeni Bilgiler kitabının yazıldığı dönem ve koşullar dikkate alındığında ayrımcılıktan uzak ve mümkün olduğunca kapsayıcı olmaya özen gösterdiği ve ulus kimliğini oluşturmak anlamında Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulduğu toprak (vatan) üzerindeki tüm unsurları dikkate aldığı yönünde bkz. GÜRSES Fatma, “Kemalizm’in Model Ders Kitabı: Vatandaş İçin Medeni Bilgiler”, **Akademik Bakış**, C. 4, S. 7, 2010, s. 242.

İşte bu ulusal bilincin var olduğu düşünülen vatandaşa yabancıdan farklı bazı hak ve yükümlülükler tanınmıştır. T.C. Anayasası temel hak ve yükümlülükler rejimi bağlamında esas olarak vatandaş ile yabancı arasında bir fark gözetmemektedir. Bununla birlikte, vatandaş olmaya bağlanan bazı hak ve yükümlülükler de bulunmaktadır ki, kanımızca bu hakların kullanılmasında veya yükümlülüklerin yüklenmesinde ulusal bilincin rol oynadığı düşüncesi hâkimdir.

1982 Anayasası m. 66'ya geline süreçte, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m. 88 ve 1961 Anayasası m. 54 çerçevesinde, “Türklük” kelimesinin geniş anlamda tabiiyet, Türk kelimesinin ise bu tabiiyetin unsuru olan kişiyi (vatandaşı) ifade ettiği, böylece farklı etnik kökene veya dine mensup kişilerin Türklük kavramından dışlanmamasının amaçlandığı belirtilmektedir⁴⁸. Buna göre, Anayasa’daki vatandaşlık kavramı, din/mezhep ya da inançsızlık, dil, ırk, renk, cinsiyet, kültür, siyasi düşünce veya inanç ve benzeri tüm farklılıkları yok sayan, mutlak bir eşitlik anlayışına dayalıdır⁴⁹ ve bu yönüyle bütünleştiricidir⁵⁰. Ancak, bu anlayış farklı etnik kökenlerin varlığını dışlamamaktadır⁵¹. Tersine, tüm Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarını yabancı devlet vatandaşlarından ayırmak üzere kullanılan kapsayıcı bir tanım olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu tespit sadece Anayasa’nın 66. maddesine değil, “Başlangıç” kısmına da dayanmaktadır. Zira, Anayasa’nın Başlangıç kısmında, “*Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği*” vurgulanarak subjektif millet

⁴⁸ KARAMAN, s. 245. Aynı yönde bkz. DOĞAN, Vatandaşlık, s. 15; NOMER, Vatandaşlık, s. 59-60; ÖZEL, s. 56.

⁴⁹ Buradaki eşitlik “keyfi ayrımcılık ve ayrıcalık/imtiyaz tanıma yasağı” anlamına gelmektedir. Bazı gruplar arasındaki eşitsizliği dengelemek amacıyla yapılan düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilmez. Bkz. ÖZBUDUN, s. 155; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 131-132. Diğer yandan eşit vatandaş tanımı azınlık kavramını kabul etmemektedir. Bkz. DOĞAN, Vatandaşlık, s. 15; NOMER, Anayasa, s. 845; TEZİÇ, s. 136. Mutlak ve nispi eşitlik hakkında ayrıca bkz. GÖZLER, Anayasa, s. 242 vd.

⁵⁰ AYBAY / ÖZBEK / ERSEN PERÇİN, s. 65 ve s. 70; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 18-19; GÜNGÖR, s. 50-51; KARAMAN, s. 246; NOMER, Anayasa, s. 845; ÖZBUDUN, s. 77; ÖZEL, s. 56; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU s. 90; TEZİÇ, s. 136. Bu yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. B. ERDEM, s. 50-52; GÖZLER, Anayasa, s. 155-157; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 91-92, 33 ve 34 no.lu dn. Aksi görüşte bkz. ERDEM Fazıl Hüsnü, “Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C.17, S. 66, 2012 s. 53-54.

⁵¹ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 91. Aksi yönde bkz. KADIOĞLU, Vatandaşlığın Ulustan Arındırılması, s. 36 vd. Yazar, Türk ulusal kimliğinin “ötekilerini” üç grupta ele almaktadır: Gayrimüslimler; dilleri ve mezhepleri gereği Türk sayılmayan Müslümanlar ve kısaca Batılılaş(a)mayanlar.

anlayışına yer verilmiştir⁵². Ayrıca, devletin hukuk düzeninin, milli kültür ve medeniyet yanında Türk vatandaşlarının ortak paydası olduğu dile getirilmiştir. Anayasa'daki vatandaşlık anlayışının din, dil, ırk, siyasi düşünce ve benzeri farklılıkları hiçbir şekilde gözetmediğini ortaya koyan belki de en can alıcı bölüm şudur: “*Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu*”[...]

Böylece “ortak geçmiş, birlikte yaşama arzusu ile şekillenmiş ortak gelecek ve ülkü birliği” etrafında birleşmenin esas alındığını, ayrıştırıcı ve farklılaştırıcı tutumdan kaçınıldığını söylemek mümkündür⁵³. Esasen bir toplum sözleşmesi olan Anayasa'nın farklılıklara vurgu yapması beklenmemelidir⁵⁴. Bununla birlikte, bu bütünleştirici tavır, merkezinde ulus olma

⁵² Bu ifadenin totaliter bir anlayışa işaret ettiği yönünde bkz. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 91.

⁵³ Zaman zaman Türk vatandaşlığı yerine “Anayasal vatandaşlık”, “Türkiyelilik”, “Türkiye milleti” gibi ifadelerin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar yaşandığı, bu tür ifadelerin üniter devlet yapısıyla örtüşmeyeceği yönünde bkz. KARAMAN, s. 248; NOMER, Anayasa, s. 845-846. Bu açıdan Nomer'in şu ifadesine katılmamak zordur: “*Bir özgürlük sorunu olarak etnik kimliği tanımak ve onun varlığını kabul etmek başka şeydir, onu hukuki bir unsur olarak vatandaşlık kavramı içerisine almak başka şeydir.*” (NOMER, Anayasa, s. 845). Benzer yönde bkz. DOĞAN, Vatandaşlık, s. 18-19; ÖZEL, s. 56-57; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 92; TEZİÇ, s. 136-137. Aksi görüşte bkz. F. H. ERDEM, s. 49-56.

Nomer'e göre, ırka, dine, etnik veya kültürel kimliğe dayanan farklılıkların anayasada yer alan Türk vatandaşlığı kavramı içinde yer alması, “alt kimlik”lerin bir hukuki unsur olarak vatandaşlık bağını kurduğunun kabulü mümkün değildir (NOMER, Anayasa, s. 843).

Diğer yandan, Anayasa dışındaki mevzuatta yer alan ifadelerin (örneğin TVK'da yer alan “Türk soylu yabancılar” ibaresinin) objektif milliyetçilik unsurları taşıdığı da dile getirilmektedir (GÖZLER, Anayasa, s. 157-158).

Anayasa m. 66/1'in sübjektif milliyetçilik kapsamında ifade ettiği anlamı inceleyen Özel'e göre, Anayasa'daki “Türk” tanımı, etnik bir topluluğu ifade eden ırkçı bir anlam ifade etmediği gibi, tam tersine ırkçılığı yasaklayan bir anlamı haizdir (ÖZEL, s. 41).

B. Erdem ise, m. 66'daki “*Türktür*” ifadesinin “*Türk milletini oluşturur*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, bu değişiklik toplumda yaşanan kimlik ayrışmasını önleyebilecektir (B. ERDEM, s. 66).

Şunu ifade etmek gerekir ki, anayasal vatandaşlık kavramı ile ilgili tartışmaların özünde kavramın ifade ettiği anlam yatmaktadır. Anayasal vatandaşlık, alt kimliklere yapılan bir atıf olarak değerlendirildiğinde devletin üniter yapısına ve ulusal birliğe tehdit oluşturabilecekken, Anayasa'ya ve Anayasa'daki temel haklara bağlılık olarak değerlendirildiğinde ise tersine ulusal birliği ve kolektif kimliği Anayasa etrafında kuran bir kavram olarak algılanacaktır. Anayasal vatandaşlık kavramı ile ilgili bkz. DÜZENLİ, s. 14 vd. Bununla birlikte kavramın içeriği objektif, soyut, tartışıldığı coğrafya ve devletin tarihsel gerçekliklerinden bağımsız şekilde değerlendirilemeyeceğinden, bu tartışmaların sonucunun siyasi birtakım kaygılardan bağımsız ele alınmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

⁵⁴ Farklı görüşte bkz. F. H. ERDEM, s. 49 ves. 52. Yazar, “*yok sayılan ve bastırılan kimliklerin kamusal alanda görünür*” kılınmasını sağlayacak bir anayasal vatandaşlığın tanımlanması ge-

bilincini var etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin "milletin oluşumu" ile ilgili içtihadı da şu şekilde özetlenmektedir: "*Devlet tektir; ülke tumdür; ulus birdir.*"⁵⁵ Ortak üzüntü ve amaç etrafında birleşmeyen bir topluluğun vatandaşlık bağı ile birbirine bağlanması hukuken mümkün olsa bile, bu durumun Anayasa'nın ruhuna aykırı olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Ulus devlet anlayışının ön plana çıktığı Fransız devriminden günümüze gelindiğinde, vatandaşlığın özellikle yetkili makam kararıyla kazanılmasında veya yabancı⁵⁶ ile vatandaşın ayrımında yukarıda açıklamaya çalıştığımız ulus devlet "psikolojisi"nin dikkate alınmasının gerekip gerekmediği sorgulanmaktadır⁵⁷. Aşağıda bu husus üzerinde durulacak ve günümüzde ulusa bağlılığın vatandaşlık statüsünün kazanılmasında etken olup olmayacağı sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

C. Gerçek Vatandaşlığın Belirlenmesinde ve Vatandaş ile Yabancı Ayrımında Ulus Devlet Anlayışı

Ulus devletin ulusal bilinç temelli bağlılığı esas almasına karşın, 21. yüzyılda, vatandaş ile devlet arasındaki bağın manevi önceliklerden ziyade başta ekonomik ya da siyasi olmak üzere başka öncelik ve çıkarlar esas alınarak kurulmaya çalışıldığı, bu yönde somut bir değişimin yaşandığı gözlemlenmektedir. Nitekim, vatandaşlık ilişkisi sabit olmayan (dinamik) bir

rekliliğini, "*farklılıkları, eş düzeyli olarak birlikte yaşatma*" çabasına dayandırmaktadır. Böylece anayasal vatandaşlık, "*farklılıkları korumanın hukuki kalkanı*" olacaktır.

⁵⁵ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 92.

⁵⁶ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (RG. 11.04.2013/28615) uyarınca yabancı, "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi*" ifade etmektedir (m. 3/1). Türk Dil Kurumu Sözlüğü ise yabancıyı, "başka bir milletten olan, başka devlet uyruğunda olan kimse" olarak tanımlamaktadır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>; (Erişim Tarihi: 29.11.2024). Ayrıca bkz. DOĞAN, Vahit / YILMAZ Alper Çağrı / İZMİRLİ Lale Ayhan, Türk Yabancılar Hukuku, 7. Bası, Savaş, Ankara, 2023, s. 4-5; ÇELİKEL Aysel, Yabancılar Hukuku, 27. Bası, Beta, İstanbul, 2022, s. 16 vd.; EKŞİNuray, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 38 vd.

⁵⁷ SLOANE Robert D., "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", **Harvard International Law Journal**, C. 50, S. 1, 2009, s. 30 vd. Yazar özellikle çoğu zaman ülke sınırlarının ortak etnik, dinsel veya anadil kullanan toplulukların yaşadığı bölgeler ile uyuşmadığını, 2. Dünya Savaşı sonrası kurulan yeni devlet sayısına bakıldığında (1945 yılında 51 olan sayının 2008'de 192'ye geldiği dikkate alınarak), yeni kurulan devlet sayısı kadar ulusun oluşmadığını, bu durumun Soğuk Savaş döneminin bitimiyle hızlanan sınırlar arası insan ve bilgi hareketliliği ile daha belirgin hale geldiğini ifade etmektedir. Bunun yanında milletlerarası hukukun çok vatandaşlık olgusuna bakışının da değiştiğinin altını çizmektedir (s. 30-33).

ilişki olarak kabul edilmekte, vatandaşlık anlayışının toplumdan topluma ve zaman içinde değişiklik gösterdiği dile getirilmektedir⁵⁸.

Robotlara dahi vatandaşlık verilen bir dünyada⁵⁹, “klasik” vatandaşlık tanımının değiştiği, tüzel kişiler, hava ve deniz araçlarının tabiiyetinde olduğu gibi, devlet ile tabiiyet bağı kurulan kişi veya nesne arasındaki ilişkinin manevi aidiyetten öte, maddi unsurları kapsadığı söylenebilecektir⁶⁰. Ayrıca, çok vatandaşlık anlayışının gelişmesiyle birlikte, vatandaşlık bağının artık ulusal bilinci tesis eden sübjektif bir bağ olmaktan çıkıp, tamamen hukuki ve objektif bir bağa dönüştüğü bile ileri sürülebilir.

Uluslararası göç hareketliliğinin de bireyi doğumla iktisap ettiği vatandaşlıktan koparıp, gerçek anlamda yaşamak üzere seçtiği ülkenin vatandaşlığı yaptığı söylenebilecektir⁶¹. Bu yönüyle, doğumla kazanılan vatandaşlığın kişinin gerçek/etkin vatandaşlığı olup olmadığı pek tabii sorgulanabilir. Hatta bu durum, üst soyun yaptığı tercihe dayanıyorsa, bir kişinin anne veya babasından soy bağı esasına göre kazandığı vatandaşlığın neredeyse tümüyle etkisiz olduğu dahi savunulabilecektir.

Ancak kanımızca bu durum vatandaşlık kazanmada ulus devlet anlayışının tümüyle terk edildiği sonucuna varmayı gerektirmez. Bir kişinin üst soylarının mensubu olduğu ulustan kopmuş olması, onun anne veya babasından soy bağı ile kazandığı vatandaşlığın etkinliğini sorgulatabilir. Diğer yandan, bu kişinin bir önceki nesille birlikte göçtüğü ve orada yaşamaya başladığı, eğitim gördüğü, tüm sosyal kural ve geleneklerine aşina olduğu

⁵⁸ N. ÖZTÜRK, s. 5.

⁵⁹ Günümüzde gerçek ve tüzel kişilerin vatandaşlığı/tabiiyetinden başka robotlara da vatandaşlık verilmektedir. BBC'nin 27.10.2017 tarihli haberinde şu ifadelere yer verilmiştir: “*Suudi Arabistan, bir robota vatandaşlık hakkı veren ilk ülke oldu. Sophia adlı robot Suudi Arabistan vatandaşı ilan edildi. [...] Bazı Suudi Arabistanlılar sosyal medyada ülkenin yeni vatandaşı tepki göstererek, kadın görünümlü robotun ‘şeriat kurallarına uygun olmadığına’ dikkat çekiyorlar.*” <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346>; (Erişim Tarihi: 13.11.2023).

⁶⁰ Tüzel kişilerin ve deniz/hava araçlarının tabiiyetinin, böyle bir kavrama gerek duyulmasının temelinde, bu kişi veya şeylerin devlet açısından ifade ettiği önem bulunmaktadır. Zira gerek tüzel kişilerin gerekse hava ve deniz araçlarının hukuki bir ilişkinin tarafı olmalarının ötesinde, sahip oldukları ekonomik güç dolayısıyla bir otorite tarafından korunmaya ihtiyaçları vardır. Bkz. AYBAY/ ÖZBEK / ERSEN PERÇİN, s. 281; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 215; B. ERDEM, s. 28-29. Özellikle yabancı ticaret şirketlerinin ekonomik değeri günümüzde bir devletin gayrisafi milli hasılasını geçebilmektedir. Yabancı ticaret şirketlerinin devletlerin ekonomik hayatlarındaki önemi yadsınamaz (ÇELİKEL, s. 16). Özellikle “yabancı yatırımcı” vasfının tespiti bakımından da bu şirketlerin tabiiyetinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

⁶¹ SLOANE, s. 31.

devletin ulusuna katıldığını söylemek mümkündür. Hatta, Avrupa ülkelerinde yaşayan bazı Türk siyasetçilerin örneğinde olduğu gibi, bazı bireylerin yaşadığı ülkenin ulusuna aidiyeti o denli yüksektir ki ve kendini soy bağı esasına göre vatandaşı olduğu devlete o kadar uzak hissediyordur ki, bu devletin vatandaşlarıyla birlikte yaşamayı bile reddedebilmektedir⁶². Kısaca, bir kişinin doğumla iktisap ettiği vatandaşlığa kendini yakın hissetmemesi, başka bir devlet ile kurduğu vatandaşlık bağı çerçevesinde ulusal bilince sahip olmadığını göstermemektedir. Tersine, bu tür durumlarda bir ulusa bağlanma ile diğer ulustan kopuş gerçekleşmektedir.

Vatandaş ile devlet arasındaki ilişkinin yalnızca hukuki bir bağ olarak kabul edilerek toplumsal aidiyet bağlamından koparılması eleştirilmektedir⁶³. Günümüzde hukuki bir statü olarak kabul edilen vatandaşlığın sosyolojik görüşten bağımsız ele alınmaması gerektiği⁶⁴, hatta sadece “*toplumla sosyolojik açıdan ilgisi bulunanların vatandaşlık kazanması*” gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁵.

Toplumla sosyolojik bağın varlığı ya da yokluğu veya bu bağın aranmasının gerekli olup olmadığının yanında, Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) Nottebohm kararından bu yana tartışma konusu olan “gerçek/etkin vatandaşlık”⁶⁶ kavramı üzerinde de durulması gerekir. Buna göre, bir kişi ile vatandaşı olduğu devlet arasında gerçek bir bağın bulunmaması halinde, bu kişi hakkında ilgili devletin diplomatik koruma hakkını kullanamayacağının -bir anlamda bu durumun “aşkın yetki” olarak- kabulü, esasen iç hukukta “mahfuz/münhasır yetkiye” sahip devletin, milletlerarası hukukta sadece

⁶² 12.07.2023 tarihli bir haberin başlığı şu şekildedir: “*Hollanda’nın Türk kökenli bakanı, gözü-nü başbakanın koltuğuna dıktı. Türkiye düşmanlığı ile bilinen Hollanda Adalet Bakanı Dilan Yeşilgöz, Başbakan Mark Rutte’nin partisi VVD’nin genel başkanlığı için adaylığını duyurdu.*” <https://www.ensonhaber.com/dunya/hollandanin-turk-kokenli-adalet-bakani-gozunu-basbakanin-koltuguna-dikti>; (Erişim Tarihi: 30.11.2023).

⁶³ En başta “vatandaşlığın satılması” olmak üzere, devlet ile kişi arasındaki “kimlik ve aidiyeti” ortadan kaldıran anlayışın eleştirisi için bkz. BAUBÖCK Rainer, “What is Wrong With Selling Citizenship? It Corrupts Democracy”, **Debating Transformations of National Citizenship**, Rainer Bauböck (ed), Springer Open 2018, s. 37-41; SHACHAR Ayelet, “Citizenship For Sale”, **The Oxford Handbook of Citizenship**, Ayelet Shachar, Rainer Bauböck, Irene Bloemraad, Maarten Vink (eds), Oxford University Press, 2017, s. 792 vd.; SHACHAR Ayelet, “Dangerous Liasons: Money and Citizenship”, **Debating Transformations of National Citizenship**, Rainer Bauböck (ed), Springer Open 2018, s. 7-15. Ayrıca bkz. KAYALI, s. 124 vd.

⁶⁴ ALİBABA, s. 13.

⁶⁵ Bu görüşler hakkında bkz. ALİBABA, s. 13.

⁶⁶ AYBAY/ ÖZBEK / ERSEN PERÇİN, s. 5; DEMİRKOL, s. 161 vd.; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 184; GÜNGÖR, 12; UNAT, s. 18-19; KAYALI, s. 113 vd.

kendisi ile manevi aidiyet bağı içinde olan “gerçek” vatandaşları hakkında yetkin olabileceği anlamına gelmektedir^{67,68}.

Kanımızca, milletlerarası hukukun farklı alanlarında vatandaşlığın tespiti bakımından gerçek/etkin vatandaşlığı esas alan unsurların aranmaması gerektiği savunulacaksa, bir gerçek kişinin vatandaşlık kazanması konusunda çok daha muhafazakâr bir yaklaşım sergilenmelidir. Örneğin yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması için aranan şartların etkin vatandaşlığı sağlayacak şartlar olmasına özen gösterilmelidir. İçinde bulunduğumuz yüzyılın koşulları vatandaşlığın tümüyle pozitif ve normatif yönüyle ele alınmasını gerektirdiğine göre⁶⁹, vatandaşlık “dağıtılan” bir statüden ziyade, bir “şahsi özellik” olarak ön plana çıkmalıdır. Aksi halde vatandaşlığı nor-

⁶⁷ KAYALI, s. 112. Nottebohm kararı çerçevesinde diplomatik koruma için aranan vatandaşlık şartı ve eleştirisi için bkz. DEMİRKOL, s. 168 vd.; NOMER, Vatandaşlık, s. 13. Ayrıca bkz. SLOANE, s. 11 vd.; YILMAZ İlhan, “Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında “Gerçek Bağlantı İlkesi”: Nottebohm Romantizminin Sonu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2021, s. 976 vd.

Nottebohm kararında ortaya konan etkin vatandaşlık ve gerçek bağlantının (“*genuine link*”) kararın kapsamını aşan şekilde yorumlandığı ve milletlerarası hukukta bir dogma haline geldiği belirtilmektedir. Bkz. SLOANE, s. 5 vd. Zira etkin vatandaşlık kavramı, vatandaşlığın milletlerarası hukukta ifade ettiği anlamın haricinde (özellikle yabancı ile vatandaşı ayıran göç ve mültecilik hukukuna veya yatırımın korunmasına dair düzenlemeler dışında) özellikle kanunlar ihtilafı hukukunda da kullanılmaktadır.

⁶⁸ Her ne kadar Nottebohm kararında UAD’nin değerlendirdiği gerçek vatandaşlık olgusunun, 21. yüzyılın şartları ve değişen hukuki anlayış çerçevesinde, kanunlar ihtilafı ya da milletlerarası yatırım uyumsuzluklarında bir kişinin yabancı olup olmadığının tespitinde dikkate alınmaması gerektiği savunulsa da (bkz. SLOANE, s. 24 vd.; İ. YILMAZ, s. 982 vd.), bu yorumlar vatandaşlığın kazanılması veya vatandaşı ile yabancının sahip olduğu hakları içeren statülerin belirlenmesi bakımından geçerli olmayacaktır. Zira vatandaşlık hukukunun devletlere verdiği yetkilerin kullanımında ve vatandaşlık bağının kurulmasında vatandaş ile devlet arasındaki “gerçeklik” ilişkisinin dikkate alınması işin doğası gereğidir. Devletler diplomatik koruma sağlayacağı kişileri belirlerken “aidiyet”e önem verebilecektir; ancak örneğin kendi yargı yetkisine giren uyumsuzluklarda uygulanacak hukuku belirlerken uyumsuzluk konusu kişinin bir devlete aidiyeti ancak kanunlar ihtilafı adaletini sağlamak bakımından dikkate alınacaktır.

⁶⁹ İ. YILMAZ, s. 984. Yazar Micheletti davasını örnek göstermektedir. Bkz. *Mario Vicente Micheletti and others v Delegación del Gobierno en Cantabria* [1992] Case C-369/90 https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:5285e429-5c52-460a-a376-1b9235db3074.0002.03/DOC_2&format=PDF; (Erişim Tarihi 29.11.2023). AB yerleşim izni kartı almak için yapılan başvuruda “gerçek/etkin vatandaşlık” esasının dikkate alınmaması gerektiği zira bu şekilde yerleşme ve çalışma özgürlüğünün kısıtlanmasının amaca aykırı olacağı rahatlıkla söylenebilir. Ancak aynı sonuç milletlerarası özel hukukun her alanında geçerli olmayabilecektir. Örneğin, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında gerçek vatandaşlık esasının dikkate alınması milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin bir parçası olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, etkin vatandaşlığın belirlenmesinde esas alınan unsurlar bir kenara, özellikle Türk kanunlar ihtilafı kurallarında olduğu üzere, milli hukuk bir bağlama noktası olarak tercih edildiği sürece, vatandaşlığın normatif etkisinden öte etkin vatandaşlığın belirlenmeye çalışılması ve bu tespitin doğru yapılması önem arz edecektir.

matif bir maddi vakıa olarak dikkate alan hukuk kurallarının -örneğin kanunlar ihtilafı kurallarının- uygulanmasında amaca uygun olmayan sonuçlarla karşılaşmak daha olası hale gelecektir⁷⁰. Zira, uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınan vatandaşlık, kişinin örneğin ehliyetine ilişkin ihtilaflarda dikkate alınamayacak kadar sun'i bir bağdan öte olamayacaktır.

Vatandaşlığın kazanılmasında özellikle ulus devlet teorisi kapsamında getirilen eleştiriler, vatandaşlığın sadece birey ile devlet arasında değil, vatandaşlar arasında arz ettiği anlam ve öneme ilişkindir. Anayasal hak ve yükümlülükler açısından bakıldığında, özellikle eşitlik ilkesi kapsamında vatandaşlığın “değersizleştirilmesi”, vatandaşlık bağına ortak kültür ve ülkü birliğinden bağımsız biçimde maddi katkı odaklı yaklaşılması, toplumsal ve sosyolojik etiğe aykırı bulunmaktadır⁷¹. Bu durum ayrıca, anayasal düzlemde, vatandaş ile devlet arasındaki manevi bağı güçsüzleştirilmesi nedeniyle devletin egemenliği açısından da ciddi bir risk olarak tanımlanmaktadır⁷².

Gerçekten de, vatandaşlığın değersizleştirilmesi, ulusal bilincin varlığından merkezi otoritenin tartışılmasına kadar varacak sonuçlar doğurabilecektir. Ayrıca, vatandaş ile yabancıyı ayıran ve bu anlamda sadece vatandaşlara ait olan siyasal hakların toplumsal aidiyet aranmaksızın kullanılabilir olması, aynı fedakârlık ya da külfete tabi olmayan kişilerin siyasi tercihlerinin vatandaşlar arasında tartışmalı hale gelmesine sebep olmaktadır. Zira, *“vatandaşlık bireylere, farklı çıkar ve kimliklere sahip olmalarına karşın, birey olarak eşit olduklarını ve oy hakkı vasıtasıyla kendilerini ortak şekilde*

⁷⁰ Özellikle şahsın hukuku ve aile hukuku uyumsuzluklarında uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının birincil bağlama noktasının vatandaşlık olduğu, vatandaşlığın bu tür uyumsuzluklarda milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamaya en uygun bağlama noktası olarak kabul edildiği dikkate alındığında, “dağıtılan” vatandaşlıkların ilgili kuralların uygulanmasını haksız kılan sonuçlar yaratacağı ortadadır. Ayrıca gerçek (etkin) vatandaşlığın belirlenmesi gerekliliği her somut uyumsuzluk açısından yeni hukuki tespit ve sorunların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

⁷¹ BAUBÖCK, s. 39; GÜVEYİ, s. 139. Benzer bir tartışma varlıklı vatandaşların yararlandığı bedelli askerlik uygulamasında da geçerlidir. Temel bir hak/yükümlülük olan askerliğin bedelli askerlik hakkından yararlanamayan vatandaşlar için daha ağır bir yükümlülük şeklinde algılanması ulusal bilinci sorgulatmaktadır.

⁷² GÜVEYİ, s. 162-163. Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. BESSON Samantha, “Investment Citizenship and Democracy in a Global Age: Towards a Democratic Interpretation of International Nationality Law”, *Swiss Review of International and European Law*, C. 29, S.4, 2019, s. 530 vd. Yazar, incelemesinde, milletlerarası vatandaşlık hukukunun, bir devletin vatandaşlarının diğer devletlere karşı haklarını korumanın yanında, demokratik bir özne olarak bireyleri vatandaşı oldukları devlete karşı da koruduğu ifade etmektedir. Bu çerçevede gerçek vatandaşlık esasından “ortak ve birbiriyle ilişkili bağlar” anlayışına geçildiğini, vatandaş ile devlet arasındaki bağın bu çerçevede yorumlanması gerektiğini dile getirmektedir.

yönettiklerini hatırlatmaktadır”⁷³. Bu nedenle, servete dayalı vatandaşlık kazanılmasına imkân sağlayan Güney Kıbrıs ve Malta gibi Avrupa Birliği üyesi ülkeler, “zengin” vatandaşlarına oy kullanabilmeleri için ülkeye taşınma şartı koşmuştur⁷⁴.

Bu eleştirilerin yanında, dünya jeopolitiğinin yarattığı sakıncalar da bulunmaktadır. Özellikle para/yatırım ile verilen vatandaşlığın siyasi bazı sonuçlarını öngörmek gerekmektedir. Rusya-Ukrayna savaşı sonrası bazı Avrupa ülkelerinin vatandaşlığını kazanan Rus oligarkların durumu böyledir. Bu kişiler, vatandaşı oldukları devletin ulusal çıkarları doğrultusunda aldığı kararlar dolayısıyla malvarlıklarını “vatandaşı” oldukları ülkelere dahi kaçırmak durumunda kalmıştır. Bu durum göstermektedir ki, “devletlerin olağanüstü çıkarlarına” hizmet eden vatandaşlık kazanma yolları, bu çıkar sadece ekonomik ise, her zaman devletin menfaatine sonuçlar yaratmayabilir⁷⁵.

Öyleyse, özellikle ulus devletlerde, vatandaşlığın kazanılmasına ve vatandaş ile yabancıların sahip olduğu hak rejimine ilişkin hukuki düzenlemelerde ulus devlet anlayışının gözetilmesi bir tercihten öte zorunluluktur. Bunun sebebi, devletin -kurucu unsurlarından olan-ulus üzerindeki egemenlik hakkının meşru bir zemine dayanması gerektiğidir. Şayet, devlet kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olacak kişileri belirleyen düzenlemeleri, diğer vatandaşlarının vicdanında meşru kılacak sebeplere dayandırmaz ise, bu tercih devletin egemenliğini tehdit edecek sonuçlara yol açabilecektir⁷⁶. Anayasa m. 66/4 uyarınca

⁷³ BAUBÖCK, s. 37.

⁷⁴ BAUBÖCK, s. 38-39. Birçok ülke ise yatırım vatandaşlığı programlarını durdurmaktadır (KAYALI, s. 124-125). Yatırım yoluyla vatandaşlık kazanma programları ikamet koşullu veya ikamet koşulsuz ya da hibrit şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu anlamda yatırım yoluyla ikamet izni veren ya da vatandaşlık tanıyan ülkelerin birçoğunun hibrit sisteme geçtiği yönünde bkz. N. ÖZTÜRK, s. 40, dn.119.

Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, 29.04.2025 tarihinde açıkladığı *Commission v. Malta* (C-181/23) davasına ilişkin kararda, AB üyesi devlet vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin koşulların Birlik Hukuku'na aykırı olamayacağını, üye devlet ile bu devletin vatandaşlığına başvuran kişi arasında gerçek bir bağ aranması gerektiğini, zira üye devlet vatandaşlığının Birlik vatandaşlığını temsil ettiğini belirtmiştir. Bkz. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=298576&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17802794>

⁷⁵ Yatırım vatandaşlığı, özellikle varlıklı yabancıların vatandaşı olduğu ülkelerde karşılaşılabilecekleri cezai yaptırımlardan kaçma imkânı vermesi ve sağladığı vergisel avantajlar nedeniyle vergi kaçakçılığına yol açma riskinin bulunması yönleriyle eleştirilmektedir (KAYALI, s. 124). Ayrıca bkz. N. ÖZTÜRK, s. 51-52.

⁷⁶ Bir kulüp ya da örgüt bile gelecekteki üyelerini seçerken mevcut üyelerinin çıkarlarını korumaktadır (BAUBÖCK, s. 40). Bir devletin mevcut vatandaşlarının bütünlüğünü gözetmeksiz hareket etmesi düşünülemez. Aynı yönde bkz. KAYALI, s. 118.

“Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.” Bu demek oluyor ki, vatana bağlılık vatandaşlığın var olma zeminidir. Ulus devletlerde vatana bağlılık aynı zamanda ulusa bağlılık demektir. Dolayısıyla, vatandaşlığın kazanılmasında ulusa bağlılık veya aidiyet hissinin göz ardı edilmesi kanımızca mümkün değildir.

II. VATANDAŞIN HAKLARINDAN YARARLANAN YABANCILARIN BELİRLENMESİNDE VE VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASINDA KABUL EDİLEN TEMEL İLKELERİN ULUS DEVLET KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Vatandaş ve Yabancı Ayrımında Farklı Bir Statü: “İmtiyazlı/Ayrıcalıklı Yabancılar”⁷⁷

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yabancılar hukukunda temel ilke vatandaş ile yabancının eşitliği ilkesidir⁷⁸. Ancak bu eşitlik, mutlak bir eşitlik değildir. Vatandaş ile yabancıyı ayıran bazı temel hak ve özgürlükler vardır. Başta seçme ve seçilme olmak üzere, siyasi parti kurma ve üye olma gibi bazı siyasi hakların yanında askerlik yükümlülüğü, kamuda sürekli çalışma hakkı gibi bazı haklar bu ayrımın ön plandadır. Ayrıca, vatandaşlık, sınır dışı edilme yasağı, yurda girme hakkından mahrum bırakılamama (Anayasa m. 23), zorunlu öğretim gibi bazı mutlak hakları da barındırır⁷⁹.

⁷⁷ Nomer, bu ifadeyi TVK m. 28 kapsamındaki kişiler için kullanmaktadır (NOMER, Vatandaşlık, s. 129-130). Ancak aşağıda da ifade edeceğimiz üzere, TVK m. 28’de düzenlenen statü başka yabancı gruplarına da benzer şartlarla tanınmıştır. Bu tür yabancılar “*özel statülü yabancılar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. DOĞAN Vahit / YILMAZ Alper Çağrı / İZMİRLİ Lale Ayhan, **Türk Yabancılar Hukuku**, 7. Bası, Savaş, Ankara, 2023, s. 16; TURHAN / TANRIBİLİR, s. 130. Ancak bu kişileri, özel statüde bulunan yabancılar (yabancı devlet temsilciliklerinde çalışan veya yabancı askeri personel vb.) ile karıştırmamak gerekir. Bkz. EKŞİ, s. 39.

Mavi kart düzenlemesi ile “*katman katman bir vatandaşlık türü*” yaratıldığı görüşünde bkz ATAMAN-FİGANMEŞE, 25:35’.

⁷⁸ Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin nesnesi “insan” olarak belirlenmiştir ve birçok hüküm “herkes” veya “hiç kimse” ifadesiyle başlamaktadır. Bkz. ÇELİKEL, s. 62-63; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 15; GÖZLER, Anayasa, s. 290; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 173.

⁷⁹ KABOĞLU, s. 70; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 174.

Vatandaşın sahip olduğu hakların bazıları vatandaş ile devlet arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirirken, bazıları da milletlerarası hukuku ilgilendirir. Diğer bir ifadeyle, sınır dışı edilememe, vatandaşın ülkeye kabulü ve -milletlerarası sözleşmeler hariç- devletin vatandaşını bir suç dolayısıyla yabancı bir devlete geri verememesi gibi ilkeler, vatandaşlık bağının milletlerarası hukuk alanındaki yansımalarıdır (KAYALI, s. 111-112).

Temel hak ve özgürlüklerden yararlanma rejimi bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ile bütünlük arz etmektedir. T.C. Anayasası m. 13 ve m. 16 ile vatandaş ve yabancılar açısından temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında ayrı düzenlemelere yer vermiştir⁸⁰. Anayasa'nın 16. maddesi uyarınca, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasında esas alınan iki kriter vardır: milletlerarası hukuka uygunluk ve kanunilik. Bu kapsamda, yabancıların Türkiye'ye girişi, ikametleri, çalışması, taşınmaz edinmesi, bilgi edinmesi gibi bazı temel hak ve özgürlüklerinin, ilgili mevzuat kapsamında milletlerarası hukuka uygun olarak kısıtlanması mümkündür. Dolayısıyla, vatandaş ile yabancıların eşitliği ancak bu kısıtlamalar haricindeki alanlarda geçerlidir.

Bununla birlikte, Türk hukukunda “kağıt üstünde” yabancı olmasına rağmen esasen vatandaşlık bağının (toplumsal aidiyetinin) hiç kopmadığı düşünülen bir grup bulunmaktadır: Mavi kartlılar⁸¹. TVK m. 25 vd. hükümleri uyarınca doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış ancak yaşadığı ülkenin vatandaşı olamamaktan kaynaklanan bazı sıkıntılar yüzünden “çıkma izni” almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin bu özel durumları, onların Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynen yararlanmaya “layık görülme” sebepleri olmuştur⁸². Öyle ki, Yargıtay kararlarında mavi kartlıların tarafı olduğu uyuşmazlıklarda yabancılik unsurunun bulunmadığı veya örneğin milletlerarası yetki açısından mavi kartlılara Türk vatandaşlığı muamelesi yapıldığı görülmektedir⁸³. Bu durum ciddi sayıda kişi açısından

⁸⁰ Anayasa m. 13 ve m. 16'nın vatandaş ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasında farklı kriterleri esas aldığı görülmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. GÖZLER, Anayasa, s. 292-293.

⁸¹ TVK Genel Gerekçesi 2. sayfasında şu ifadeye yer vermektedir: “*Bazı devletler ülkesinde yaşayan Türk vatandaşlarına, Türk vatandaşlığını kaybetmeden kendi vatandaşlığını vererek çok vatandaşlığa sahip olmalarına imkân tanımaktadır. Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde yaşayan Türk vatandaşları ancak Türk vatandaşlığından izinle çıkarak bulundukları ülkelerin vatandaşlığını kazanabilmektedirler*”. Bu ifade, mavi kartlıların sahip olduğu ayrıcalığın, yabancı ülkede yaşayan Türk vatandaşları arasında yaşanan “eşitsizliğin” yarattığı olumsuz sonuçları bertaraf etmek üzere tanındığını göstermektedir. Bu demek oluyor ki, yaşadıkları ülkenin vatandaşlığını kazanmak üzere Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda kalmaları, bu kişilere bu denli ayrıcalıklı bir statünün tanınması mümkün olmayacaktı. Ayrıca bkz. TURHAN / TANRIBİLİR, s. 128.

⁸² Bu nedenle mavi kart düzenlemesi doktrinde de yabancıliğin istisnaları arasında sayılmaktadır (NOMER, s. 127-129). Zira, Türk vatandaşlığından çıkan kişiler, TVK m. 27/1 uyarınca kayıp tarihinden itibaren yabancı statüsüne geçmektedir. Bu kapsamda mavi kart “oy hakkı olmayan bir vatandaşlık hakkı” olarak yorumlanmaktadır (ATAMAN-FİGANMEŞE, 24:55”).

⁸³ Örneğin Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda yer itibarıyla yetkiyi düzenleyen MÖHUK m. 41'in mavi kartlılar hakkında da uygulanmasını öngören Yargıtay kararları bu-

geçerlidir. Zira, TVK m. 28 uyarınca Türk vatandaşlığından çıkanların üçüncü dereceye kadar altsoyları dışında -Cumhurbaşkanı kararına bağlı olarak- hangi dereceye kadar altsoyların bu statüden yararlanacağı da öngörülememektedir.

Dolayısıyla, esasen yabancı olup Türk vatandaşı gibi addedilen asıl grup doğumla Türk vatandaşı olup sonradan bazı mecburiyetler gereği vatandaşlıktan çıkan ve Türkiye Cumhuriyeti'ne aidiyeti sorgulanmayan kişilerdir. Bu kişilerin Türkiye'de yaşayıp yaşamamaları da Türk hukuku açısından durumlarını değiştirmemektedir. Özellikle bu kişilerden Türkiye'de yaşayanların Türk toplumu ile güçlü bağlarının bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Buna rağmen, bu kişiler esasen yabancıdır ve başta seçme-seçilme hakkı olmak üzere, vatandaşlara özgü bazı temel haklardan yararlanmaları mümkün değildir⁸⁴.

Mavi kartlılar özelinde kabul edilen imtiyazlı yabancı statüsü⁸⁵, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu⁸⁶ (UİK) hükümleri ile büyük oranda genişletilmiştir. YUKK m. 44 uyarınca, uzun dönem ikamet izni sahiplerinin mavi kartlılar ile aynı sta-

lunmaktadır. Oysa, doktrinde ifade edildiği üzere, mavi kartlılar imtiyazlı da olsa yabancıdır ve MÖHUK m. 41'in uygulama alanına girmemektedirler. Bkz. ALBAYRAK CEYLAN Nazlı, "Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41'in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2022, s. 578; SÜZEN Begüm, "Özel Statülü Yabancıların Türkiye'de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.29, S. 2, 2023, s. 1498. Ayrıca bkz. ERTEN Rifat, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 83 vd.; TAN DEHMEN Mine, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı", *MHB*, C. 33, S.1, 2013, s. 173-174.

Mavi kartlıların sahip olduğu statünün uygulamada yarattığı bazı sorunlar ile ilgili bkz. ÖZ-TÜRK Necla, "Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış", *PPIL*, C. 41, S. 2, 2021, s. 965 vd.

Yine, mavi kartlıların yatırımcı statüsü de farklıdır. Doktrinde bu statü "bıyıklı yatırımcı" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. ATAMAN-FİĞANMEŞE, 26:00".

⁸⁴ Örneğin doktrinde mavi kartlıların sınır dışı edilmelerinin mümkün olup olmadığı da tartışılmıştır. Bu kapsamda, mavi kartlıların esasen yabancı statüsünde olmaları sebebiyle, yalnızca vatandaşa özgü olan "sınır dışı etme yasağı"ndan yararlanamayacağı dile getirilmiştir. Ayrıntılı incelemeler için bkz. GÜNER Cemil, "Vatandaşın Sınır Dışı Edilemeyeceği İlkesi Bağlamında Mavi Kartlıların Durumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2024, s. 1593 vd.

⁸⁵ ÇELİKEL, s. 29.

⁸⁶ Uluslararası İşgücü Kanunu, Kanun Numarası: 6735, RG 13.08.2016/29800.

tüye sahip olacağı kabul edilmiştir. Yine, UİK m. 10/4⁸⁷ ve m. 11 ile süresiz çalışma izni⁸⁸ ile turkuaz kart sahiplerine de mavi kartlılar ile aynı statü tanınmıştır. UİK m. 11/1 uyarınca, “*Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi*” dikkate alınarak yabancı ülke vatandaşlarına turkuaz kart⁸⁹ verilebilmektedir. Bu kapsamda Turkuaz Kart Yönetmeliği⁹⁰ hükümleri de dikkate alınacaktır. Turkuaz kart sahibi yabancı, “*süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır.*” (UİK m. 11/4). Böylece UİK m. 10/4’ün YUKK m. 44’de düzenlenen uzun dönem ikamet izni sahiplerinin haklarına yaptığı atıfla, yukarıda sayıldığı üzere, askerlik yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve vergi muafiyeti kapsamında araç ithal etme hakkı ile sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak üzere, turkuaz kart sahipleri de Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanma hakkına sahiptir.

Sonuç olarak, imtiyazlı yabancı statüsü mavi kartlılar haricinde bazı farklılıklarla da olsa uzun dönem ikamet izni ve süresiz çalışma izni sahipleri ile turkuaz kart sahiplerini kapsamaktadır⁹¹. Bununla birlikte, özellikle

⁸⁷ UİK m. 10/4: “*Süresiz çalışma izni olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancının seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü yoktur.*”

⁸⁸ Türkiye’de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılara süresiz çalışma iznine başvurulabilir (UİK m. 10/3).

⁸⁹ UİK m. 3/1/ğ uyarınca, turkuaz kart “[Y]abancıya, Türkiye’de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belge”dir. UİK m. 11/3’e göre, “*Turkuaz Kart sahibi yabancının, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belge verilir.*”

⁹⁰ Turkuaz Kart Yönetmeliği, RG: 14.03.2017/30007. Yönetmeliğin m. 5/1 hükmü uyarınca, Turkuaz Kart, “*eğitim düzeyi, ücreti, mesleki bilgisi ve deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı vb. nitelikleri itibarıyla yüksek nitelikli işgücü olarak değerlendirilen; yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü, bilimsel ve teknolojik gelişmeye yaptığı katkı vb. itibarıyla yüksek nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen; bilimsel/teknolojik gelişmeye katkı sağlayan veya bilim, sanayi ve teknoloji alanlarında uluslararası düzeyde ülke menfaatleri açısından stratejik kabul edilen çalışmalar ve araştırmalar yapan bilim insanı veya araştırmacı; Kültürel, sanatsal veya sportif faaliyetler açısından uluslararası düzeyde başarılı olan; Türkiye’nin veya Türk kültürünün uluslararası tanınırlığına veya tanıtımına katkı sağlayan, Türkiye’nin milli menfaatlerine ilişkin hususlarda uluslararası düzeyde faaliyette bulunan, yabancılara verilebilir.*”

⁹¹ BARAN ÇELİK Neşe, ‘Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması’, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 130, 2017s. 380; ÇELİKEL,

uzun dönem ikamet izni ile süresiz çalışma iznine sahip yabancılar büyük oranda örtüşecektir. Zira, süresiz çalışma iznine sahip olabilecek ilk grup uzun dönem ikamet izni sahipleridir.

2. İmtiyazlı Yabancı Statüsünün Vatandaşlık Tanımı Kapsamında Değerlendirilmesi

Yukarıdaki başlıkta ifade ettiğimiz üzere, belirtilen bazı istisnalar dışında⁹², imtiyazlı yabancılar Türk hukuku önünde Türk vatandaşları ile aynı muameleye tabidirler. Öyle ki, imtiyazlı yabancıların Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynen yararlanmaları dışında, bazı durumlarda Türk vatandaşlarının tabi olduğu yükümlülükler ile bağlı olmadıkları sonucu da çıkmaktadır. Örneğin mavi kartlıların Türk mahkemelerinde açacakları davalarda teminat göstermelerinin gerekip gerekmediği doktrini uzunca süre meşgul etmiştir⁹³. Zira, TVKUY m. 52/2 uyarınca, mavi kartlılar hakkında *“Türkiye’deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticari faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemler, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülür”*⁹⁴.

Diğer yandan, imtiyazlı yabancı statüsünü birbirine benzer şekilde düzenleyen kanun koyucu, bu kişiler arasında da farklı bir hukuki durum yaratmıştır. Örneğin Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 19/2 uyarınca, kendilerine sağlanan hak ve yükümlülükler bakımından, özel kanunlarda Türk vatandaşı olma koşulu aranmışsa, turkuaz kart sahipleri ilgili haklardan yararlanmayı talep edemeyecektir⁹⁵. Böylece örneğin mavi kartlılar bazı meslekleri Türk vatandaşymış gibi icra edebilecekken uzun dönem ikamet izni sahipleri

s. 194. Bu sınıflandırmaya sosyolojik anlamda Türk soylu yabancılar da katılabilir (KARA-GÜL Dilara, **Türk Soylu Yabancıların Hukuki Rejimi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 41).

⁹² Bu istisnaların bazıları da doktrinde eleştirilmektedir. Örneğin mavi kartlıların kamu hizmetinde memur sıfatıyla istihdam edilmesinin mümkün olmaması “amaca uygun” bulunmamaktadır (Bkz. TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S.2, 2011, s. 185-186).

⁹³ Farklı görüşler için bkz SARIOZ BÜYÜKALP A. İpek, **Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri**, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 539, 659 no.lu dn.

⁹⁴ Aynı yönde Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (YUKKY) m. 41/1/ç; Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 19/1.

⁹⁵ Aynı yönde YUKKY m. 41/2.

veya turkuaz kartlılar bu hakka sahip olmayacaklardır⁹⁶. Öyleyse, kanun koyucunun mavi kartlıları “imtiyazlılar içinde imtiyazlı” olarak gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durumun sebebi, yukarıdaki başlıkta açıklamaya çalıştığımız üzere, doğumla Türk vatandaşlığı kazanan kişilerin (en azından kanun koyucunun bakış açısıyla) istemeyerek, zoraki biçimde Türk vatandaşlığından çıkmak durumunda kalmalarıdır. Dolayısıyla, mavi kartlıların, yabancı olmalarına rağmen, Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynen yararlanmaları uygun bulunmuş ve bu doğrultuda kanun koyucu aslında mavi kartlıları Türk vatandaşından ayırmamıştır.

Tüm bu düzenlemeler ışığında, esasen Türk vatandaşı olmamakla birlikte, birçok konuda Türk vatandaşı muamelesi gören “ayrıcalıklı” bir yabancı statüsü yaratıldığı ve yeni düzenlemelerle bu statüye sahip olabilecek yabancılardan sayısının genişletildiği görülmektedir. Vatandaşlık statüsünün kişiye tanıdığı siyasi haklar ve özellikle ulusal bilince aidiyet açısından düşünüldüğünde, altın vize⁹⁷, uzun süreli ikamet izni gibi imkânlarla kişilerin belirli bir süre ülkede kalmalarına ve bu sürenin sonunda belirli hakları kazanmalarına dayanan anlayışın, ülkede yaşamak ve demokratik topluma katılmak isteyen yabancılar için vatandaşlık hakkı tanınmasından çok daha iyi bir tercih olacağı açıktır⁹⁸. Ancak, bu tercihin yapılmasında Anayasa ve yasalarda Türk vatandaşlarına tanınan haklar bağlamında çelişki içermeyen, açık ve net düzenlemelere yer verilmesi gerektiği bir gerçektir. Aksi halde, vatandaşlık tanımı ve vatandaşlığın kişiye sağladığı haklar bakımından karma ve ne olduğu anlaşılmayan bir hukuki durum/statü ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, vatandaşın sahip olduğu hakların bir imtiyaz olarak tanınmasında ilgili statünün gerekleri ve düzenleme amacının da unutulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, en çok imtiyaza sahip olan mavi kartlıların özel durumu bir tarafa, uzun dönem ikamet izni veya süresiz çalışma izni sahiplerine

⁹⁶ Nitelikli işgücü olarak tanımlanan turkuazkart sahipleri avukat veya eczacı olarak çalışamamaktadır. Bkz DOĞAN, Yabancılar, s. 214. Ayrıca bkz. EKŞİ, s. 246 vd. Öyleyse, her ne kadar turkuaz kart sahiplerine tanınan ayrıcalıklı statünün TVK m.12/1/b ile anlamsızlaştırıldığı düşünülebilirse de (ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu, “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2017, s. 195), vatandaşlık sahibi olmanın bu kişilere getirebileceği avantajlar da bulunmaktadır.

⁹⁷ Altın vize/pasaport uygulamalarını kabul eden devlet örnekleri için bkz. KAYALI, s. 124 vd.; N. ÖZTÜRK, s. 82 vd.; SHACHAR, *Dangerous Liaisons*, s. 8 vd.; Yılmaz Alper Çağrı, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: *IusPecuniae*”, *PPIL*, C. 38, S. 1, 2018, s. 197 vd.

⁹⁸ BAUBÖCK, s. 40.

yabancıların ülkeye girişi ve ikameti ya da çalışma rejimi dışında diğer alanlarda tanınan ayrıcalıkların anayasal zeminde sorgulanması mümkündür. Bu kapsamda belki de en önemli başlık yabancıların taşınmaz edinimidir. Yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmesi, Tapu Kanunu⁹⁹ m. 35’in gösterdiği sınırlar içinde mümkündür. Bu sınırları aşan miktarda taşınmaz edinimini haklı kılan gerekçeler yoksa, taşınmaz edinimi bakımından yabancıların vatandaş ile aynı konumda kabul edilmesi yine anayasadaki vatandaşlık tanımı ve vatandaşlığın devlet ile kurduğu hukuki bağ/statü bakımından sorgulanır niteliktedir. Örneğin bu durum nitelikli işgücü politikası kapsamında ayrıcalıklar tanıyan turkuaz kart sahipleri bakımından başka bir yorumu gerektirmektedir. Zira bu kişilerin yapacağı yatırımın büyüklüğü yabancılara tanınan taşınmaz edinimine dair sınırları aşacak nitelikte olabilecektir.

Dolayısıyla, kanaatimizce, anayasal hak rejimi açısından bakıldığında, imtiyazlı yabancılik statüsünün düzenlenmesi bakımından tekdüze, tüm farklılıklarına rağmen yabancıları aynı sepete koyan bir anlayıştan kaçınılması gerekmektedir. Bu çerçevede, imtiyazlı yabancılara tanınan hakları belirlerken “Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynen yararlanma” kalıbının kullanılmaması, yabancıların sahip olduğu statünün gerektirdiği hakların ve bu hakların sınırlarının ayrıca ve net bir şekilde düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece, yukarıda ifade etmeye çalıştığımız üzere, ne olursa olsun, hangi gerekçeyle Türkiye’de bulunursa bulunsun, bir yabancıların Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan olduğu gibi ve aynen yararlanmasının yaratabileceği haklı toplumsal muhalefetin de önüne geçilmiş olacaktır. İmtiyazlı yabancı statüsünün istisnai niteliği, bu statünün tanıdığı hakların sınırlarının net bir şekilde belirlenmesini gerektirmektedir. Türk vatandaşlarına tanınan hakların bütüncül bir bakış açısıyla ele alınması ve yabancı devlet vatandaşlarının bu haklardan yararlanmasına ilişkin sınırların net olmaması, ulusal bilincin sorgulanması anlamında da sakıncalıdır.

B. Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlık Kazanılması Bakımından Türk Vatandaşlığı Kanunu Düzenlemelerinin Yeniden Yapılandırılması İhtiyacı

1. Genel Olarak

Yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmada aranan şartların bir kısmı vatandaşlık kazanmak isteyen kişinin devlet ve toplum için faydalı olup olma-

⁹⁹ Tapu Kanunu, Kanun Numarası: 2644, RG 29.12.1934/2892.

dığını tespit ederken, diğer bir kısmı ise, toplumsal entegrasyonu sağlamaya yöneliktir¹⁰⁰. Örneğin, TVK m. 11 uyarınca olağan telsik kapsamında aranan ikamet süresi ile yeterince Türkçe konuşabilmek gibi şartlar yabancıların Türk toplumuna belirli bir düzeyde uyum sağladığını teyit etmektedir. Esasen burada telsik ile hedeflenen yabancıların toplum ile bütünleştirilmesidir¹⁰¹. Telsik, bir bakıma toplumun doğasına uygun kişilerin hukuki bağ (vatandaşlık) vasıtasıyla toplum ile birleştirilmesidir. Bu birleşme gerek Türk toplumuna katılacak yeni bireyi, gerekse toplumun geri kalanını ilgilendirmektedir¹⁰². Bu nedenle yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin şartlarının belirlenmesinde toplum vicdanının da dikkate alınması gerekmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde dile getirdiğimiz üzere, ulusal bilincin varlığı ve milleti birleştirici gücü toplumsal vicdana da hitap etmektedir.

Kanımızca, Türk hukukunda yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması için aranan şartların niteliği ve uygulamadaki durum, ulus devlet anlayışının ve ulusal bilincinne ölçüde gözetildiğini sorgulamakta, Anayasa’da tanımlanan vatandaşlık bağının sağlıklı şekilde kurulup kurulmadığını tartışmalı hale getirmektedir. Örneğin yeterince Türkçe konuşma şartının uygulanmasında nasıl bir standardın benimsendiği önem arz etmektedir. TVKUY m. 15/1/e uyarınca, yabancıların “*toplumsal yaşama uyum sağlayabilecek düzeyde Türkçe konuşabilmesi*” yeterlidir. Herhangi bir sözlü ya da yazılı sınav yapılması öngörülmemektedir¹⁰³. Keza, çalışmamızın ilk bölümünde belirttiğimiz üzere, olağan telsik şartları arasında Anayasa’nın başlangıç hükümlerinde ifade edilen subjektif millet anlayışının bir parçasını oluşturan “ortak geçmiş”e sahip olmak bakımından da herhangi bir ölçüt yer almamaktadır. Türk vatandaşlığının olağan yolla kazanılması şartları arasın-

¹⁰⁰ B.ERDEM, s. 9.

¹⁰¹ KAYALI, s. 118.

¹⁰² KAYALI, s. 118.

¹⁰³ Oysa farklı devlet hukuklarında lisan testinin vatandaşlığa alınmada bir şart olarak düzenlendiği görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında önce sözlü daha sonra yazılı bir telsik sınavı (“*naturalization test*”) yapılmaktadır. Bkz. <https://www.usa.gov/naturalization>, (Erişim Tarihi: 10.12.2024). İngiliz vatandaşlığını kazanmak için de benzer bir sınav (“*life in the UK test*”) öngörülmüştür. Bkz. <https://www.gov.uk/life-in-the-uk-test/what-happens-test>, (Erişim Tarihi: 10.12.2024). Bu sınav ile sadece dil yeterliliği değil, aynı zamanda İngiliz yasaları ve İngiltere’de geçerli genel yaşam kurallarına hakimiyet de ölçülmektedir. İngiltere ve Amerika örneği, bu iki ülkenin özellikle göç alan ülkeler arasındaki yeri bakımından önemlidir. Bu tür sınavların toplumsal entegrasyonu sağlamak açısından arz ettiği önem göz ardı edilemez. Göç hareketliliğinin çok yoğun olduğu ülkemizde ise TVK m. 10/1 hükmü ile yetkili makama tanınan takdir yetkisi haricinde, Türk vatandaşlığının kazanılmasını zorlaştıran bir şart bulunmamaktadır.

da ne tarihi, kültürel ve hatta “milli his”se¹⁰⁴ sahip olmak bakımından ortak görgü ve geleneklere hakimiyeti ölçen bir sınav, ne de anayasal hak ve yükümlülük rejimine ilişkin bir değerlendirme aracı bulunmaktadır. Pek tabii, olağan telsik için aranan şartlar kanun koyucunun bu konudaki genel politikasını yansıtmaktadır. Oysa yine yukarıda belirttiğimiz üzere, bu şartlar sadece Türk vatandaşlığını kazanacak yabancıyı değil, toplumun geri kalanını oluşturan vatandaşları da yakından ilgilendirmektedir.

TVK m. 12 uyarınca olağanüstü telsik ise, olağan telsikte aranan şartları yani temelde toplumsal entegrasyon ihtiyacını aşan olağan dışı bir menfaate hizmet etmektedir¹⁰⁵. Türk soylu kişilerin ve vatandaşlığa alınması zaruri görülenlerin dışında, TVK m. 12/1/ a ve b bendleri bu olağanüstü toplumsal faydaya dayanmaktadır. Bununla birlikte bu faydanın yalnızca maddi bir fayda olarak düşünülemeyeceği ortadadır. Zira, vatandaşlığın yalnızca maddi bir karşılık ile ilişkilendirilmesi, vatandaşlık bağının manevi değerinin düşmesinin de ötesinde, ulusal bilincin ve neticeten toplumsal huzurun kaybolmasına sebep olabilecektir. Aşağıda bu eleştiriler üzerinde durulacaktır.

2. Anayasada Yer Alan Vatandaşlık Tanımı Çerçevesinde Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 12/1/b Hakkındaki Eleştiriler

Olağan telsikte, Türk vatandaşlığını kazanacak yabancının Türk toplumu ile kaynaştığı, hissettiği bu toplumsal aidiyetin devlet ile kurulacak hu-

¹⁰⁴ Gürses, Afet İnan’ın “Vatandaş İçin Medeni Bilgiler kitabında yer verdiği şu bölüm için “ahlakın dünyevileştirildiğini ve sonrasında millileştirildiğini”, böylece “milli hissin dini his yerine geçtiğini” ifade etmektedir. Bkz. Gürses, s. 241: “Bir işin ahlâkî bir kıymeti olması, ayrı ayrı insanlardan daha ulvî bir membadan sadır olmasıdır. O memba; cemiyettir, millettir. Filhakika, ahlâkiyet, hususî fertlerden ayrı ve bunların fevkinde, ancak içtimâî millî olabilir. Milletin içtimâî nizam ve sükûnui hal ve istikbalde refahı, saadeti, selâmeti ve masuniyeti, medeniyette terakki ve tealisi için insanlardan her hususta alâka, gayret, nefsin ferağatini ve icap ettiği zaman seve seve nefsinin fedasını talep eden millî ahlâkiyet icapları, o millet efradından adeta muhakeme edilmeksizin vicdanî, hissî bir saikle yapılır. En büyük millî his, millî heyecan; işte budur.” Kanımızca, milleti oluşturan bireylerin sahip olduğu milli hissin ahlaki boyutu, diğer bir ifadeyle milli hissin ahlaken ifade ettiği anlam, vatandaşlık bağıyla bir bütün olarak değerlendirildiğine göre, milli ahlaka ya(t)kınlık da ulus bilincinin bir parçası haline gelmektedir.

¹⁰⁵ Erdem’e göre, olağanüstü telsikte, vatandaşlığı kazanacak kişinin “devletle sadakat bağını, toplumla uyumunu ispatlayan” bir olgu olmamasına rağmen, bu kişinin sahip olduğu özel vasıflar vatandaşlığı kazanması için yeterlidir. Bkz. B. ERDEM, s. 138. Türk toplumu ile “sıkı irtibat, uyum ve bütünleşme”nin aranmaması da bu yolun “olağanüstü” olarak adlandırılmasında başka bir gerekçe olabilir (BARAN ÇELİK, s. 363). Doğan ise, istisnai yoldan vatandaşlığa alınacak kişilerin olağan yoldan alınacaklara oranla ülke ile ilgi ve bağlılığının daha yoğun olduğunu dile getirmektedir (DOĞAN, Vatandaşlık, s. 73). Olağanüstü telsiğe ilişkin hükümlerin tarihçesi için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 171 vd.

kuki bağ (vatandaşlık) ile tamamlandığı düşünülmektedir. Oysa, olağanüstü telsikte, yabancıların Türk toplumu ile geçmişe değil, geleceğe yönelik paylaşımları esas alınır¹⁰⁶. Zira, vatandaşlığa alınacak kişinin henüz devlete ve topluma aidiyeti oluşmasa da, sahip olduğu yetenek ve imkanları Türk toplumu ve devleti lehine kullanacak olması onun toplumsal aidiyetini meydana getirecektir. Buradaki “olağanüstü” veya “istisnai” durum, bu kişilerin sahip olduğu nitelikleri vakit kaybetmeden Türk toplumu ile buluşturma amacına işaret eder¹⁰⁷. Diğer bir ifade ile TVK m. 12’deki “istisnai”lik, kişinin vatandaşlık kazanması bakımından aranmayan şartlardan ziyade, kişinin sahip olduğu vasıf ve niteliklerden ileri gelmektedir¹⁰⁸. Yoksa bu kişilerin beş sene Türkiye’de ikamet ederek ve diğer şartları sağlayarak Türk vatandaşlığını olağan yoldan kazanmaları her zaman mümkündür¹⁰⁹. Dolayısıyla, belki bu kişilerin sahip olduğu yetenek ve/veya vasıfları Türkiye Cumhuriyeti adına kullanmaları, onların toplumla kurdukları/kuracakları bağın TVK m. 11 kapsamında vatandaşlık kazananlara oranla daha güçlü olmasını sağlayacaktır¹¹⁰.

Kısaca, açık ve net bir ifadeyle, olağanüstü telsik, “*ilgili devlet ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bazı yabancıların kolay bir şekilde vatandaşlığa alınabilmesini amaçlamamaktadır*”¹¹¹. Ancak bu doğru tespit daha çok 5901 sayılı TVK öncesi için geçerlidir. Zira, TVK m. 12’de düzenlenen tek şart “milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmeme”dir; başka hiçbir şart aranmaması bu yolu TVK m.11’in istisnası olarak değil, bambaşka ve bağımsız bir vatandaşlık kazanma yolu haline getirmektedir¹¹².

Örneğin, TVK m. 12/1/a uyarınca, “*Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlık-*

¹⁰⁶ Devlete olağanüstü hizmetleri geçenler dışında, geçeceği düşünülenler hakkındaki belirsizliğe dair eleştiriler için bkz. BARAN ÇELİK, s. 366-367; DOĞAN, Vatandaşlık, s. 76-77; GÖĞER, s. 82; GÜNGÖR, s. 102-103.

¹⁰⁷ TVK Genel Gerekçesi, s. 2: “*Gelişmiş ülkelerin de uyguladığı bir yol olarak Türkiye’nin ekonomik ve sosyal hayatına katkıda bulunabilecek yabancılara Türk vatandaşlığının daha kolay verilmesi suretiyle, bu kişilerin ülkemize kazandırılmaları da önem arz etmektedir.*”

¹⁰⁸ GÜNGÖR, s. 101.

¹⁰⁹ Olağanüstü telsikte yalnızca milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmeme şartı aranmaktadır. Bu yönde farklı devlet uygulamaları için bkz. BARAN ÇELİK, s. 365-366. Ayrıca bkz. KAYALI, s. 121; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 178 vd.

¹¹⁰ DOĞAN, s. 73; KAYALI, s. 122; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 172, 9 no.lu dn.

¹¹¹ KAYALI, s. 122.

¹¹² ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 175-176.

larca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler” olağanüstü yolla Türk vatandaşlığı kazanabilmektedir. Bu yolla vatandaşlık kazanan sanatçı ve sporcuların başarıları bir toplumsal gurur kaynağı olarak ulusal bütünleşmeyi sağlamaktadır¹¹³. Ayrıca, bu kişilerin ülkeye kazandırılmasını sağlayan idari otoriteye toplumsal destek ve güveni artırmaktadır. Neticeten, TVK m. 12/1/a kapsamında sayılanlar, toplumsal aidiyeti sağlamak bakımından “bir vatandaş olarak millete faydalı olacağına peşinen inanılan” kişilerdir¹¹⁴. Ayrıca bu faydanın ilgili bakanlıkça tespit edilmesi ve kişi hakkında vatandaşlığa alınma yönünde teklifte bulunulması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır. Öyleyse, Cumhurbaşkanı’nın takdir yetkisi bulunmakla birlikte, TVK m.12/1/a hükmünün uygulanmasında hükmün amacına uygun bir değerlendirme yapılması zorunludur.

Olağanüstü yolla Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından TVK m. 12/1/a’nın *ratio legis*’i TVK m. 12/1/b hükmünün yorumlanması bakımından önem arz etmektedir. Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki, ilgili hüküm pek çok akademik çalışmaya konu olmuş ve özellikle yatırım yoluyla vatandaşlık kazanma (“*iuspecuniae*” veya “*iusdoni*”) birçok yönüyle ele alınmıştır. Bu çalışmanın amacı yatırım yoluyla vatandaşlık kazanmanın tümüyle incelenmesi olmayıp, yalnızca olağanüstü telsik kurumunun bütününe ele alınması halinde, kurumun amacı ve çalışmamızın birinci bölümünde yer alan ulus devlet vatandaşlık tanımı ile uyumudur.

Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 12’ye 28.07.2016 tarihli ve UİK m. 27 ile eklenen TVK m. 12/1/b uyarınca, “4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu” olağanüstü yolla Türk vatandaşlığı kazanabilmektedir¹¹⁵. Bu hükmün amacı da tıpkı TVK m.12/1/a’da olduğu gibi, Türk ekonomisine

¹¹³ Geçmişte de Naim Süleymanoğlu gibi örnekleri olan istisnai vatandaşlığa alınmanın en güncel örneği Türk Kadın Milli Voleybol Takımı oyuncusu Melissa Terassa Vargas Abreu’dur. 09.04.2021 tarihinde gerçekleştirilen törenle Melissa Vargas’a Türk vatandaşlığı kimlik belgesi verilmiştir (<https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/126524/cumhurbaskani-erdogan-turkiye-voleybol-federasyonu-yonetici-ve-oyuncularini-kabul-etti>; (Erişim Tarihi 10.11.2023).

¹¹⁴ B.ERDEM, s. 140. Güngör de TVK m. 12/a bendinin istisnai durumlarda olağan dışı bir yol olarak tercih edilebileceğini vurgulayarak, ancak ülke dışında Türkiye’nin tanıtımına ciddi katkı sağlayabilecek kişiler hakkında TVK m. 12/1/a’ya başvurulabileceğini haklı olarak dile getirmektedir (GÜNGÖR, s. 102-103).

¹¹⁵ Ayrıntılı incelemeler için bkz. N. ÖZTÜRK, s. 147 vd.

ve sosyal hayatına katkıda bulunabilecek kişilerin “ülkeye kazandırılması” kolaylaştırılmasıdır¹¹⁶.

Hükümün uygulandığı ilk grup yabancılar YUKK m. 31/1/j kapsamında “Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu”dur. YUKK m. 31/5 uyarınca bu kişilere en fazla beşer yıllık sürelerle ikamet izni verilebilir. Bu hüküm kapsamında vatandaşlık başvurusu sırasında kısa dönem ikamet izninin geçerli olması gerekmektedir^{117,118}. İkinci grup ise, UİK m. 11’de düzenlenen turkuaz kart sahipleri ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğudur. Gerek YUKK m. 31/1/j gerekse UİK m. 11 kapsamında vatandaşlık başvurusu yapmaya hak kazananların yabancı eşi, kendisinin veya eşinin ergin olmayan ya da bağımlı çocuğunun bireysel anlamda vatandaşlığa alınma hakkı taşımalarının gerekli veya mümkün olmadığından bahisle, bu kişilerin “münferit göç kapsamında münferit göçmen” olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir¹¹⁹. Burada amaç “ailenin bir arada muhafazası” ise de¹²⁰, ailenin birlikte yaşaması bu kişilere ikamet izni verilmesiyle de mümkündür, ki örneğin UİK m. 11/3 de bu hususu düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, bu kişilerin birlikte yaşaması için topluca Türk vatandaşlığına alınmalarının ne kadar gerekli olduğu tartışmaya açıktır. Ayrıca, aile bireyleri arasında vatandaşlık birliğinin sağlanması amaçlanmakta ise, bu birliğin yalnızca Türk vatandaşlığı altında olması beklenemez. Şayet anne-baba ve çocuklar arasında yabancı ülke vatandaşlığı bakımından birlik varsa Türk vatandaşlığı ortak bir çatı olmak zorunda değildir. Hüküm bu haliyle, TVK m. 20/2 uyarınca, vatandaşlık kazanmanın eş ve çocuklara etkisini düzenleyen hükümden de ayrılmıştır¹²¹.

¹¹⁶ GÜNGÖR, s. 103.

¹¹⁷ BARAN ÇELİK, s. 369; GÜNGÖR, s. 104. Ayrıca bkz. GÖLCÜKLÜ İlyas, “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözümler”, *PPIL*, S. 40 C. 1, 2020, s. 134.

¹¹⁸ YUKKY m. 29/1/c uyarınca, “[Z]orunlu kamu hizmeti, görev, eğitim veya sağlık nedenleri haricinde son bir yıl içinde toplamda yüz yirmi günden fazla süreyle yurt dışında kalınması” halinde kısa dönem ikamet izni iptal edilir.

¹¹⁹ GÜNGÖR, s. 104 ve s. 107-108.

¹²⁰ GÜNGÖR, s. 107. Yazar ayrıca, TVK m. 12/1/b ile düzenlenen münferit göçün soy ve kültür unsurlarından arındırılmış olduğunun da altını çizmektedir (s. 108).

¹²¹ Ayrıca kısa dönem ikamet izni sahibi ile turkuaz kart sahibinin Türk hukuku uyarınca geçerli birden fazla eşinin olması ihtimaline dair düzenleme yapılmaması bir eksiklik olarak kabul edilmektedir (BARAN ÇELİK, s. 384). Bu durumda, aile bütünlüğünün sağlanması bakımından turkuaz kart sahibinin ya da yatırımı yapan kısa dönem ikamet izni sahibinin bir seçim yapmasını beklemek gerekecektir.

TVK m. 12/1/b kapsamında kısa dönem ikamet izni sahiplerinin Türk vatandaşlığına başvuru hakkı kazanmasında tamamlayıcı hüküm TVKUY m. 20/2’de yer almaktadır. İlgili hükümle belirlenen tutarlarda taşınmaz satın alan, sabit sermaye yatırımı gerçekleştiren, devlet borçlanma aracı veya gayrimenkul yatırım fonu veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payı satın alan kişiler Türk vatandaşlığı kazanabileceklerdir. Bu durumda, olağanüstü vatandaşlık kazanma bakımından yabancıda aranan nitelik, salt ekonomiye katkıdır. Böylece, vatandaşlığa bir bedel biçilerek, *“ülkeye yapılacak ekonomik katkının ‘olağanüstü’ seviyede olmasını ya da bir ‘hizmet’ niteliği taşımasını aramamak suretiyle”*¹²² olağanüstü telsikte yeni ve farklı bir yaklaşımın önu açılmıştır¹²³. Zira, TVKUY m. 20/2’de öngörülen yatırımı üç yıllık süre zarfında koruma ve Türk ekonomik sistemi içinde tutma şartı göz önüne alındığında, üç yıl geçtikten sonra ekonomik katkı sona erse dahi, kazanılan Türk vatandaşlığı baki kalmaktadır¹²⁴. Geçici bir ekonomik katkının toplumsal birlik ve ulusal bilince aidiyet ile ne denli güçlü bir bağ kuracağı şüphesiz tartışmaya açıktır. Ayrıca yukarıda açıkladığımız üzere, TVK m. 12/1/a hükmü, Türk vatandaşlığını kazanacak kişiler bakımından toplumsal aidiyeti ve toplumun geri kalanının vatandaşlığı kazanan kişiyi kabulü veya benimsenmesi anlamında yapıcı bir hükümdür. Oysa TVK m. 12/1/b hükmü tam tersine vatandaşlığın değeri ve anlamını sorgulatmaya çok açıktır. Bu durum da, çalışmamızın başından itibaren ele aldığımız Anayasa m. 66/1’deki vatandaşlık tanımını ile birleşen sübjektif millet anlayışı ile çelişmektedir. Ulusal bilinç ve toplumsal aidiyeti zayıflatan bu düzenlemelere getirilen haklı eleştiriler, hükmün yeniden düzenlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

¹²² KAYALI, s. 123.

¹²³ TVKUY m. 20/2 hükmünün Anayasa m. 66/3 karşısında, TVK m. 12/1/b’ye getirilmiş ek şartlar olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hükmün idarenin takdir yetkisinin sınırlarını somutlaştırma işlevi göreceği düşünülebilirse de, idarenin takdiri yetkisini kanun hükmünün aksine kullanması mümkün değildir. Bu anlamda, TVKUY m. 20/2’de belirlenen parasal değer ve limitler vatandaşlık başvurusu yapmaya hak kazanabilecek yabancılar arasında fark yaratmaya müsait şekilde değerlendirilemez. Dolayısıyla TVKUY m. 20/2’de yer alan hükmün TVK m. 12/1/b ile uyumlu olmadığı dile getirilmektedir. Bu durum Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 19/3 açısından da geçerlidir. Zira, ilgili hüküm turkuaz kart sahiplerinin *“geçiş süresi kaydının kaldırılması şartıyla Bakanlıkça teklif edilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanabileceklerini”* düzenlemektedir. Bu şekilde, TVK m. 12/1/b’de yer almayan şartların yönetmelik ile getirilmesi mümkün değildir. Bkz. GÜNGÖR, s. 111-112.

¹²⁴ Nomer’e göre, bu durumda, vatandaşlık *“ticari bir meta”* olarak yabancıların kullanımına sunulmaktadır (NOMER, Vatandaşlık, s. 92). Ayrıca bkz. A.Ç.YILMAZ, s. 211; GÖLCÜKLÜ, s. 137-138. Ayrıca bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 193. Yatırım yoluyla vatandaşlık kazandırmanın siyasi, ekonomik ve sosyal/etik açıdan olumsuz etkileri ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. N. ÖZTÜRK, s. 54 vd.

3. Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 12 Kapsamında Vatandaşlığın Kazanılmasının Yeniden Düzenlenmesi Gerekliği

Vatandaşlığın kazanılması kişiyi bir toplumun üyesi haline getirmektedir ve bu üyelik yalnızca hukuki anlamda yüzeysel bir bağlılıktan öte ulusal bir bilinç gerektirir¹²⁵. Günümüz dünya düzeninde, doğduğu veya anne/babasıyla birlikte yaşadığı ülkeden başka bir ülkeye göç eden insanların sayısı artmaktadır. Ancak bu durum özellikle sübjektif millet anlayışına dayalı ulus devletlerin ortadan kalkmasına sebep olmadığı gibi, tersine, göç edenlerin parçası oldukları yeni toplumlar(ın)a katılmasına (entegrasyon) veya bu toplum içinde kaybolmasına (asimilasyon) yönelik toplumsal ve siyasi çabaların artmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, bir arada yaşamaya yönelik göç hareketlerinde toplumsal birliğin bir parçası olmaya çalışmanın verdiği gayret ile göç edenlerin “ulusal kimliklerinde değişiklik yapmak zorunda kaldıkları” bir gerçektir¹²⁶. Entegre olmak istemeyen toplulukların asimilasyonu bir toplumsal talep olarak öne çıktığı ölçüde, toplum içinde çatışma çıkması kaçınılmaz olacaktır.

Bu aşamada çok kültürlülüğü gözeten otoritenin olumlu yaklaşımı dahi toplumsal çatışmayı bertaraf edemeyebilir¹²⁷. Türk toplumu gibi kuruluş aşamasında çetin mücadeleler vermiş toplumların kolay kolay atlatamayacağı travmalar bu çatışmaların şiddetlenmesine sebep olabilmektedir¹²⁸. Bağımsız-

¹²⁵ NOMER, Vatandaşlık, s. 14. Bu açıdan yukarıda yer verdiğimiz Nottebohm kararına atıf yapmadan geçemeyeceğiz: “Telsik yoluyla vatandaşlığın kazanılması hafife alınacak bir mesele değildir. Böyle bir şeyi istemek ve elde etmek insan hayatında sıklıkla meydana gelen bir olay değildir. Kişinin bir sadakat bağıni koparmasını ve yeni bir sadakat bağı kurmasını içerir. Onu edinen kişi için geniş kapsamlı sonuçları olabilir ve kişinin kaderinde önemli değişikliklere yol açabilir.” (KAYALI, s. 117).

¹²⁶ NOMER, Vatandaşlık, s. 14.

¹²⁷ 15.09.2023 tarihli Sözcü gazetesinin haber başlığı şu şekildedir: “Okula giden çocuğunun İstiklal Marşı okunduğu sırada videosuna ‘utanç verici’ notunu düşen Suriyeli veli tutuklandı.” Haber uyarınca, toplumsal tepki çeken video paylaşımı nedeniyle Suriyeli bir veliye halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu isnat edilmiştir. Bkz. <https://www.sozcu.com.tr/2023/gundem/suriyeli-veli-istiklal-marsi-paylasiminin-ardindan-tutuklandi-7803722/>; (Erişim Tarihi: 17.11.2023). Bu örnekleri gazete haberleri ve sosyal medya paylaşımları üzerinden çoğaltmak mümkündür.

Kanımızca, yabancı düşmanlığını körükleyen haberlerin yanı sıra, Türk vatandaşlığı kazanmayı sağlayan hükümlerin kötüye kullanıldığı algısının oluşması daha da tehlikelidir. Birgün gazetesinin 24.11.2023 tarihli haber içeriği şu şekildedir: “18 Kasım’da İstanbul Üsküdar’da yakalanan Hırvat uyuşturucu baronu Nenad Petrak da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı yapılmıştı. ABD, Almanya, Hırvatistan, İtalya ve Rusya’nın Kırmızı Bülten ile aradığı uyuşturucu baronu, 250 bin dolarlık daire satın alarak vatandaş olmuş ve Nenat Çelik ismini almış.” (<https://www.birgun.net/makale/baron-vatandas-skandali-485762>; (Erişim Tarihi: 26.11.2023).

¹²⁸ AB ülkeleri de yatırım karşılığı vatandaşlık verilmesine ilişkin programlarını, olumsuz sonuçları nedeniyle sonlandırmaktadır (KAYALI, s. 124-125). Vatandaşlığın başka hiçbir şart

lık endişesi taşıyan ve ulus devlet olarak varlık tehdidi ile karşı karşıya olduğunu düşünen toplumların göç alması halinde, sosyolojik ve hukuki anlamda hassas bir değerlendirme yapılması ve toplumsal barışı destekleyen düzenlemeler üzerinde uzlaşılması büyük önem arz etmektedir. Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesi olan ulus devlet anlayışının korunması ve güçlendirilmesi toplumsal barışı tehdit eden aşırı uçlardaki milliyetçiliğin ve yabancı düşmanlığının toplumsal destek bulmasını önleyecektir.

İşte bu nedenle, çalışmamızın birinci bölümünde ele aldığımız ve Anayasa m. 66/1'deki tanımın da içerdiği ulusal bilinç ve kimlik anlayışının, özellikle vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin düzenlemelerin kabulü ve uygulanmasında her zaman göz önünde tutulması gerekmektedir. Böylece toplumsal korku ve travmaların yatışması sağlanabilecek, Türkiye'ye göç eden toplulukların toplumsal entegrasyonu sağlanabilecektir.

Bir toplumun içinde doğmasa ve yetişmese bile, insanı topluma bağlayan şey ortak sosyo-kültürel paydadır. Bu payda, yabancıların entegre olmak üzere seçtiği toplumun genel ahlak ve kültürüne olduğu kadar, devletin temel niteliklerine ve hukuk düzenine sadakati de içermektedir. Bu ortak payda yoksa, devletin vatandaşından sadakat beklemesi altı boş bir temenni olarak kalacaktır¹²⁹. Bu kapsamda, öncelikle salt yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılmasına ilişkin TVK m. 12/1/b hükmünün uygulanmasına yönelik TVKUY m. 20/2'nin değiştirilmesi, vatandaşlığın kazanılması bakımından başta belirli bir süre ikamet olmak üzere¹³⁰⁻¹³¹, topluma aidiyeti ve uyumu

aranmaksızın yatırım karşılığında kazanılması Avrupa değerlerine ve vatandaşlık ilkelerine aykırı bulunmaktadır. Bkz. BARAN ÇELİK, s. 370; NOMER, Vatandaşlık, s. 92, dn. 48b.

¹²⁹ Bu açıdan yatırım vatandaşlığının getirisi/götürüsü iyice irdelenmelidir. Yatırım vatandaşlığının "sosyal ve ekonomik analizi" için bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 136 vd..

¹³⁰ Şunu belirtmek gerekir ki, altın vize uygulamasında dahi çeşitli yabancı devletler ortalama üç ilâ beş yıl ikamet şartı aramaktadır. Bkz. KAYALI, s. 125-127. Buna mukabil birçok ülkenin altın pasaport uygulamasında ikamet şartına yer vermediği görülmektedir (s. 127-128). Şayet verilen altın pasaport vatandaşlığın sağladığı tüm hakları haiz ise, kanımızca bu durum ciddi bir çelişki içermektedir. Bu durum altın pasaport uygulamalarının sonlandırılmasının temel sebebinin oluşturacak niteliktedir. Ayrıca bkz. N. ÖZTÜRK, s. 82 vd.

¹³¹ Diğer yandan, TVK m. 11 kapsamında olağan telsikte de Türk kanun koyucusu uzun bir ikamet süresi aramamaktadır. Örneğin, olağan telsikte aranan beş yıllık sürenin -ki bu süre TVK m. 15 dikkate alındığında fiilen dört yıla düşebilmektedir- yabancıların Türk toplumuna uyum sağlaması, Türk devletine belirli bir aidiyet hissetmesi için ne kadar yeterli olduğu da tartışmaya açıktır. Ancak olağan telsikte aranan özellikle yeterince Türkçe konuşma gibi diğer şartlar bu açığı bir nebze kapatma işlevi görebilir. Gerçi, yine yukarıda belirttiğimiz üzere, bu kriteri sağlayabilmek için yabancıların başarması gereken bir sınav da bulunmamaktadır. Bir örnek olarak Avusturya Hukuku düzenlemeleri için bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 179-180.

gösterir başka şartların öngörülmesi gerekmektedir. Bu şartlar, yabancıların Türk diline ve kültürüne hâkimiyetini denetleyen bir sınav getirilmesi veya Türk vatandaşlığının kazanılmasını destekleyen sebeplerin varlığının aranması şeklinde olabilecektir^{132,133}. Bu noktada, “öncelikle ilgili yatırımcıya ikamet izni verilmesi, vatandaşlık iktisabının ise dolaylı bir sonuç olarak tasarlanması” akılcı bulunmaktadır¹³⁴.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kanaatimizce, Anayasa’daki vatandaşlık tanımı dikkate alındığında, TVK m. 12 ile düzenlenen olağanüstü telsik sistemi doğru tasarlanmamıştır¹³⁵. TVK m. 12’deki şekliyle, olağanüstü telsik bakımından “milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmeme” dışında herhangi bir şartın aranmamasına ilişkin eleştiriler bir yana, olağanüstü telsik şartlarını düzenleyen hükümler arasında tutarsızlıklar da bulunmaktadır¹³⁶. Olağanüstü telsik hükümlerine başvuru açısından temel amaca hizmet etmesine karşın, TVK m. 12/1/a, vatandaşlık kazandırmada TVK m. 12/1/b’den daha az başvurulmuş hükümdür¹³⁷. TVK m. 12/1/b kapsamında kısa dönem ikamet izni sahiplerine yatırım vatandaşlığı verilmesi haklı eleştirilere konu olmaktadır. Turkuaz kart sahipleri açısından aynı eleştiriler ileri sürülemeyecekse de, Turkuaz

¹³² Yatırım yoluyla vize ve vatandaşlık kazanılmasına ilişkin farklı devlet uygulamalarının incelendiği Avrupa Parlamentosu Araştırma Servisi 2021 raporunda, Türkiye’de yatırım vatandaşlığı kapsamında verilen vatandaşlık sayısının bir hayli yüksek olduğu (2020 yılında ayda ortalama 1.000 kişiye vatandaşlık verildiği) belirtilmiştir. Bkz. FERNANDES Meenakshi / NAVARRA Cecilia/ DE GROOT David/ MUÑOZ María García. *Avenues for EU Action on Citizenship and Residence by Investment Schemes*, s. 10
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS_STU\(2021\)694217_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS_STU(2021)694217_EN.pdf); (Erişim Tarihi 26.11.2023).

¹³³ Aynı yönde bkz. BARAN ÇELİK, s. 414; KAYALI, s. 134.

¹³⁴ A.Ç.YILMAZ, s. 213.

¹³⁵ TVK m. 12 hükmünün bu haliyle “hukuki temelden yoksunlaştığı” yönünde bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 189.

¹³⁶ Örneğin TVKUY m. 20/2/c kapsamında “en az 50 kişilik istihdam yaratılması” yatırım kapsamında değil, nitelikli işgücü olarak değerlendirilebilir ve Turkuaz Kart Yönetmeliği m. 5/1/b çerçevesinde turkuaz kart sahipliği ile birlikte vatandaşlık başvurusunda bulunma hakkı tanınabilir. Kanımızca gerçek yatırım kavramına giren tek hüküm de TVKUY m. 20/2/c’dir. Zira, diğer hükümlerin aksine, ülkede belirli bir ölçekte iş kurmayı amaçlayan kişinin o ülke ile ilgi ve bağının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca örneğin bir sermayenin bankada tutulması veya çok da ikamet edilmeyecek bir taşınmazın üç yıllığına satın alınması ile en az 50 kişilik istihdam gerektiren bir iş kurulmasının aynı hüküm içinde değerlendirilmesi de kanımızca hiç makul değildir.

¹³⁷ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 178.

karlıların TVK m. 12/1/a kapsamında da vatandaşlık kazanması mümkündür¹³⁸. Göçmenlerin ve vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişilerin durumu ise tamamen farklıdır. Bu kişiler açısından da olağan telsikte aranan şartlardan bazılarının aranmasına engel yoktur.

Öyleyse, olağanüstü vatandaşlık kazanmaya ilişkin hükümlerin uygulanmasında, başvuruda bulunacak kişinin özelliğine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, ülkenin üstün menfaati gereği, bir an önce vatandaşlığa alınması gerekli olan yabancı bilim adamları, sanatçılar, sporcular veya nitelikli işgücü sahiplerinin ülke için çalışarak toplumsal aidiyeti sağlayacak olmaları gerçeği onları gerçek anlamda istisnai kılmaktadır. Ayrıca, toplumla birey arasında vatandaşlık kazanılmasını haklı kılan yakın ilgi ve bağ vatandaşlığa alınma kararından sonra da kurulabilmektedir¹³⁹. Böyle bir bağın oluşması ulus devlet ve anayasadaki vatandaşlık tanımı ile uyum sergilemektedir. Oysa, yatırım vatandaşlığı, tam tersi bu aidiyeti sorgulatmaktadır. Bu çerçevede kaç kişinin vatandaşlık kazandığı da önemli değildir. Yürürlükteki hukuki düzenlemenin yarattığı toplumsal algı yeterlidir.

Kanımızca, yatırım TVK m.11'e eklenecek bir hükümle, bazı şartların hafifletilmesi suretiyle vatandaşlık kazanmada bir etken olabilir. Bu açıdan örneğin ikamet süresinin azaltılması düşünülebilir. Göç veren bir ülke olarak kabul edilen Türkiye'nin bu denli kolay vatandaşlık kazandıran bir ülke olması ayrıca sorgulanması gereken bir durumdur. Ayrıca, Türkiye'de 8 yıl kesintisiz ikamet eden kişiye süresiz ikamet izni ve imtiyazlı yabancı statüsü verilirken (YUKK m.43), olağantsikte aranan veya olağanüstü telsikte aranmayan ikamet süreleri de bir hayli düşündürücüdür.

Diğer yandan, imtiyazlı yabancı sayısının artması da vatandaşlık kazanılmasını düzenleyen hükümlerden bağımsız düşünülmemelidir. Zira imtiyazlı yabancılar da Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynen yararlanan kişilerdir. Dolayısıyla gerek olağanüstü telsik kurumunun yapısına ve ruhuna aykırı şekilde vatandaşlık kazananların gerekse imtiyazlı yabancıların sayısı arttıkça toplumda ulus bilincinin azaldığını ve bu durumun toplumsal çatışmalara sebebiyet verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla beraber, imtiyazlı yabancılik statüsü vatandaşlık kazanmada bir geçiş

¹³⁸ KAYALI, s. 134; ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 195.

¹³⁹ UNAT, s. 44-45.

dönemi olarak kullanıldığı takdirde daha işlevsel olacaktır. Yatırım ile vatandaşlık yerine imtiyazlı yabancı statüsünün kazanılmasının Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku ilkelerine daha uygun ve Anayasa'daki vatandaşlık tanımı ile daha tutarlı olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak, kanaatimizce, olağanüstü telsikte kademeli bir “vatandaşlığa kabul sistemi” öngörülmesi mümkündür. Bu kapsamda, istisnai durumları dolayısıyla derhal Türk vatandaşı olması istenen ve sağlanan kişilerin, özellikle Türk vatandaşlarının sahip olduğu siyasal haklara sahip ve askerlik yükümlülüğü ile bağlı olabilmesi için yine belirli bir ikamet süresinin geçmesi ve/veya vatandaşlık sınavı gibi içeriği objektif ölçütlere göre belirlenecek bir sınava tabi olmaları ve vatandaşlığa kabul edilmelerini takiben siyasal haklarını kullanmaları anayasadaki vatandaş tanıma daha uygun olacaktır. Siyasal hakların kullanımı açısından bakıldığında, örneğin bir yerel seçimde ikamet ettiği yerin belediyesinden ne şekilde hizmet almak istediğini belirlemek ile anayasal bir hakka ilişkin referanduma katılmak ve yeni bir anayasanın kabulü için vekil tayin etmek aynı şey değildir¹⁴⁰. Bir toplum ile yeterli düzeyde ilgi ve bağı bulunmayan kişilerin vatandaş olarak kabul edilmesi, bu kişilerin “toplumsal sözleşme” olarak nitelendirilen anayasa hükümlerinin belirlenmesinde dahi söz sahibi olmasına imkân tanınması anlamına gelecektir ki, kanımızca bu sonucun kabulü vatandaşlık bağının doğasına aykırıdır.

Günümüzde ulus devletlerde, vatandaşlığını doğum yoluyla (aslen) kazanan bireylerin oluşturduğu insan topluluğunun dahi ulusa aidiyet bilinci taşıdığını peşinen kabul etmek güçtür. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, ulus bilinci ve milli birlik duygusu daha çok yakın ve güçlü toplumsal korku veya tehditlerin ortaya çıkması ile güçlenmektedir. Bu nedenle toplumsal ve ortak çıkarın manevi veya duygusal değerlerden çok sosyo-politik

¹⁴⁰ Yabancılar belirli ölçüde seçme veya seçilme hakkı tanıyan hukuklar mevcuttur. Katılımcı demokrasi gereği, özellikle seçme hakkının tanınmasıyla toplumsal aidiyet ve entegrasyonun güçleneceği düşüncesi ile yabancılar yerel yönetimler düzeyinde seçme hakkı tanınması mümkün görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BALKAR BOZKURT Süheyla, “Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Yabancıların Seçme ve Seçilme Hakları”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, Havva Karagöz, Atagün Mert Kejanlıoğlu (Ed.), Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 261. Vatandaşlığın kazanılmasından sonraki süreçte ise seçme ve seçilme hakkının tanınması veya kapsamı (hakkın yerel ya da genel seçimlerde kullanılması) bakımından bir ayrıma gitmek güçtür. Bu nedenle, toplumsal aidiyet ve güvenin oluşması için vatandaşlığın kazanılmasında belirli ikamet sürelerinin aranması, akabinde vatandaşlığın kazanılması ile seçme ve seçilme hakkı dahil siyasal hakların kullanımına imkân verilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

kazanımlara dayandığı savunulabilecektir. Hatta, etnik, dinsel, siyasi, tarihi ya da anadilin kullanımı gibi etkenler dikkate alındığında, ulusun bu etkenlerin oluşturduğu ortak paydadan ziyade, ekonomik ve sosyal refahın sağladığı “imtiyazlar” etrafında oluştuğu da düşünülebilir. Ancak kanımızca, bu noktada egemenliğin kaynağını oluşturan özne olarak milletin devlet ile olan ilişkisinde güven unsuru devreye girmektedir. Bu karşılıklı güven, vatandaşlığın zor kazanılan ve zor kaybedilen bir statü olmasına bağlıdır. Diğer yandan, vatandaşların, devletin kendi egemenliğini sarsacak ve varlığını tehdit edecek uygulamalardan kaçındığından emin olması gerekmektedir. Aksi takdirde vatandaşlığı aslen iktisap eden bireylerin gelecek endişesi yaşaması kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI Abdulvahap, “Milliyetçiliğin Kökenleri: Etnisite/Ulus (Millet) İlişkisi”, **İnsan & İnsan**, C. 6, S. 21, 2019, s. 413-430.
- ALBAYRAK CEYLAN Nazlı, “Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41’in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, 2022, s. 563-583.
- ALİBABA Arzu, **Vatandaşlık Hakkı ve Vatandaşlığın Kazanılmasında ve Kaybında İnsan Hakları**, Turhan, Ankara, 2021.
- ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci, “Alman ve Türk Vatandaşlık Hukuklarının Şekillenmesinde Göçün Etkisi”, **Türkiye’den Almanya’ya Göçün 60. Yılı, Hacettepe Üniversitesi Türk Alman İlişkileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Webinar Serisi**, <https://www.youtube.com/watch?v=nAFYIeg5GXc>; (Erişim Tarihi: 02.12.2023).
- AYBAY Rona / ÖZBEK Nimet /ERSEN PERÇİN Gizem, **Vatandaşlık Hukuku**, Siyasal, Ankara, 2019.
- BALKAR BOZKURT Süheyla, “Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Yabancıların Seçme ve Seçilme Hakları”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, Havva Karagöz, Atagün Mert Kejanlıoğlu (Ed.), Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 255-268.
- BARAN ÇELİK Neşe, “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması”, **TBB Dergisi**, S. 130, 2017, s. 357-418.
- BATUM Süheyl/ YILMAZ Didem /KÖYBAŞI Serkan, **Anayasa Hukuku, Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, Oniki Levha, İstanbul, 2021.
- BAUBÖCK Rainer, “What is Wrong With Selling Citizenship? It Corrupts Democracy”, **Debating Transformations of National Citizenship**, Rainer Bauböck (ed), Springer Open 2018, s. 37-41.
- BESSON Samantha, “Investment Citizenship and Democracy in a Global Age: Towards a Democratic Interpretation of International Nationality Law”, **Swiss Review of International and European Law**, C. 29 S. 4, 2019, s. 525-547.
- ÇELİKEL Aysel, **Yabancılar Hukuku**, 27. Bası, Beta, İstanbul, 2022.
- DEMİRKOLBerk, “Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2015, s. 159-193.
- DOĞAN Vahit / YILMAZ Alper Çağrı /İZMİRLİ Lale Ayhan, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 19. Bası, Rehber, Ankara, 2023 (*Vatandaşlık*).
- DOĞAN, Vahit / YILMAZ Alper Çağrı /İZMİRLİ Lale Ayhan, **Türk Yabancılar Hukuku**, 7. Bası, Savaş, Ankara, 2023 (*Yabancılar*).
- DÜZENLİ Kubilay, **Yurttaşlığın Tarihsel Dönüşümü ve Türkiye’de Yurttaşlık**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- EKŞİ Nuray, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, 5. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

- ERDEM Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- ERDEM Fazıl Hüsnü, “Anayasal Vatandaşlık ve Yeni Anayasa”, **Liberal Düşünce Dergisi**, C. 17, S. 66, 2012, s. 49-56.
- ERÖZDEN O, **Ulus-Devlet**, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2008.
- ERTEN Rifat, **Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, Yetkin, Ankara, 2017.
- FERNANDES Meena / NAVARRA Cecilia / DE GROOT David / MUÑOZ Maria Garcia, “Avenues for EU Action on Citizenship and Residence by Investment Schemes”, s. 1-74,
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS_STU\(2021\)694217_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694217/EPRS_STU(2021)694217_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 26.12.2023).
- GÖĞER Erdoğan, “Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti”, **AÜHFD**, C. 27, S. 3-4, 1970, s. 173-192.
- GÖĞER Erdoğan, **Türk Tâbiyet Hukuku**, 4. Bası, Sevinç, Ankara, 1979.
- GÖLCÜKLÜ İlyas, “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri”, **PPIL**, C. 40, S.1, 2020, s. 125-141.
- GÖZLER Kemal, **Devletin Genel Teorisi**, 10. Bası, Ekin, Bursa, 2019 (*Devletin Genel Teorisi*).
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Bası, Ekin, Bursa, 2018 (*Anayasa*).
- GÜNGÖR Gülin, **Tâbiyet Hukuku**, 7. Bası, Yetkin, Ankara, 2019.
- GÜNER Cemil, “Vatandaşın Sınır Dışı Edilemeyeceği İlkesi Bağlamında Mavi Kartlıların Durumu”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2024, s. 1569-1614.
- GÜRSES Fatma, “Kemalizm’in Model Ders Kitabı: Vatandaş İçin Medeni Bilgiler”, **Akademik Bakış**, C. 4, S. 7, 2010, s. 233-249.
- GÜVEYİ Ümit, “Ulus Devlet ile Vatandaşlık İlişkisi Paradoksu ve Anayasal Düzlemdeki Negatif Etkileri”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 2, 2019, s. 137-168.
- KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 13. Bası, Legal, İstanbul, 2018.
- KADIOĞLU Ayşe, “Vatandaşlık: Kavramın Farklı Anlamları”, **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara**, 3. Bası, Ayşe Kadioğlu (Ed.), Metis Yayınları, İstanbul, 2022, s. 21-30.
- KADIOĞLU Ayşe, “Vatandaşlığın Ulustan Arındırılması: Türkiye Örneği”, **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara**, 3. Bası, Ayşe Kadioğlu (Ed.), Metis Yayınları, İstanbul, 2022, s. 31-45.
- KANADOĞLU Osman Korkut / DUYGUN Ahmet Mert, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2021.
- KARAGÜL Dilara, **Türk Soylu Yabancıların Hukuki Rejimi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

- KARAMANEbru, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları’nda Vatandaşlık Tanımı”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 7, 2018, s. 241-254.
- KAYALI Didem, “Etkili Vatandaşlık İlkesi ile Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Programları Üzerine Bazı Düşünceler”, **PPIL**, C. 43 S. 1, 2023, s. 105-137.
- KEYMAN E. Fuat, “Türkiye’de Çokkültürlü Anayasal Vatandaşlık ve Demokratikleşme”, **Vatandaşlığın Dönüşümü Üyelikten Haklara**, 3. Bası, Ayşe Kadioğlu (Ed.), Metis Yayınları, İstanbul, 2022, s.218-244.
- NOMER Ergin, “Anayasa ve Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlığı”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 843-846 (*Anayasa*).
- NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 30. Bası, Beta, İstanbul, 2022 (*Vatandaşlık*).
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 21. Bası, Yetkin, Ankara, 2021.
- ÖZEL Sibel, “Anayasa m.66/I Hükmünde Yer Alan Türk Tanımı Üzerine Bir Değerlendirme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 86, S. 6, 2012, s. 40-59.
- ÖZKAN Işıl, “Vatandaşlık Satılabilir Bir Şey Midir?”, **Near East University International Journal of Art, Culture and Communication**, C. 1, S. 1, 2018s. 53-78.
- ÖZTÜRK Hatice Beyza, **Vatandaşlık Hakkı ve Vatansızlık**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2024.
- ÖZTÜRK Necla, “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, **PPIL**, C. 41, S. 2, 2021, s. 955-978.
- ÖZTÜRK Necla, **Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma**, Oniki Levha, İstanbul, 2022.
- POGGIGianfranco, **Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği** (Çev.A. Babacan), 4. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2014.
- POGGIGianfranco, **Modern Devletin Gelişimi** (Çev.Ş. Kut / B. Toprak), 9. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2019.
- RENAN Ernest, Qu’est-ce qu’une nation?, Conférenceprononcée le 11 mars 1882 à la Sorbonne, https://upvericsoriano.wordpress.com/wp-content/uploads/2009/06/renan_quest_ce_une_nation.pdf; (Erişim Tarihi: 02.12.2024).
- SARIÖZ BÜYÜKALPAyşe İpek, **Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri**, Oniki Levha, İstanbul, 2018.
- SHACHAR Ayelet, “CitizenshipForSale”, **The Oxford Handbook of Citizenship**, SHACHAR Ayelet, BAUBÖCK Rainer, BLOEMRAAD Irene, VINK Maarten (eds), Oxford UniversityPress, 2017, s. 789-816.
- SHACHAR Ayelet, “Dangerous Liasons: Money andCitizenship”, **DebatingTransformations of NationalCitizenship**, RainerBAUBÖCK (Ed), Springer Open, 2018, s. 7-15 (*Dangerous Liasons*).
- SLOANE Robert D., “BreakingtheGenuine Link: TheContemporary International Legal Regulation of Nationality”, **Harvard International LawJournal**, C. 50, S. 1, 2009, s. 1-60.

- SÜR Barış, “Ulus Nedir?”, Kitap İncelemesi, **Milliyetçilik Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S.1, 2020, s. 155-160.
- SÜZEN Begüm, “Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.29, S. 2, 2023, s. 1490-1520.
- ŞİT Banu, “Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış”, **TBB Dergisi**, S. 76, 2008, s. 64-82.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu, “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2017, s. 169-198.
- TAN DEHMEN Mine, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı”, **MHB**, C. 33, S. 1, 2013, s. 169-211.
- TANÖRBülent /YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**20. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- TURHAN Turgut / TANRIBİLİR Feriha Bilge, **Vatandaşlık Hukuku**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2017.
- TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2011, s. 153-194.
- ULUOCAK Nihal, “Çifte Vatandaşlıkta Önceki Vatandaşlığın Terki Sorunu”, **MHB**, C.10, S. 1-2, 1990, s. 197-202.
- UNAT İlhan, **Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi**, Sevinç, Ankara, 1966.
- YILMAZ Alper Çağrı, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: IusPecuniae”, **PPIL**, C. 38, S. 1, 2018, s. 191-216.
- YILMAZ İlhan, “Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında “Gerçek Bağlantı İlkesi”: Nottbohm Romantizminin Sonu”, **GSÜHFD**, S. 1, 2021, s. 965-1011.

TEK YETKİLİ SATICININ DENKLEŞTİRME İSTEMİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Tülay GÖKDEMİR TAMER^(**)

Öz: Tek yetkili satıcılık sözleşmesinde sağlayıcı, belli bir bölgede ürünlerinin satış (dağıtım) hakkını münhasıran belli bir dağıtıcıya tanımakta ve dağıtıcı da mezkur bölgede sadece söz konusu sözleşme konusu ürünü satmakla yükümlü bulunmaktadır. Tek yetkili satıcı ile sağlayıcı arasında sürekli borç doğuran bir sözleşme olarak karşımıza çıkan tek yetkili satıcılık sözleşmelerinde, bu sözleşmelerin belirli bir süre ile sınırlandırılmış olması veya bu sözleşmenin belirsiz süreli olarak yapılmış olmasının bir önemi yoktur.

Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 122/5 uyarınca, acentelere ilişkin denkleştirme istemi düzenlemesi, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek yetkili satıcılık ile benzeri diğer tekelhakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanacaktır.

Kuşkusuz, tek yetkili satıcının hukuki konumundan ileri gelen birtakım farklılıklar sebebiyle denkleştirme isteminin koşulları ve tutarın hesaplanması bakımından acenteye nazaran belirli farklar bulunmaktadır. Zira bu noktada acenteye ilişkin düzenlemenin aynı şekilde tek yetkili satıcı açısından da uygulama alanı bulması mümkün değildir.

Çalışmamızda, tek yetkili satıcının denkleştirme istemi yönünden konu incelenmiş; özellikle istemin koşulları, hesaplanma biçimi, özellik arz eden hususlar ve bu noktada hangi kalemlerin dikkate alınıp alınmayacağı konusunda, karşılaştırmalı hukuk ve uygulamadaki durum da gözetilerek sonuçlara varılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tek Yetkili Satıcı, Acentelik Sözleşmesi, Dağıtım Sözleşmeleri, Denkleştirme İstemi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 07.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 11.05.2025.

^(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: tulaygokdemirtamer@gmail.com,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2305-117X>.

THOUGHTS ON THE GOODWILL INDEMNITY IN EXCLUSIVE DISTRIBUTION CONTRACTS

Abstract: In an exclusive distributorship contract, the manufacturer grants the exclusive right to sell (distribute) its products in a certain region to a certain distributor, and the distributor is obliged to sell only the product subject to the contract in the said region. In exclusive distributorship contracts, which appear as a contract that creates permanent debt between the exclusive seller and the producer, it does not matter whether these contracts are limited to a certain period or whether this contract is made for an indefinite period.

According to Turkish Commercial Code 6102, Art. 122/5, right to claim goodwill indemnity regulation regarding agencies will also be applied in case of termination of exclusive distributorship and other similar permanent contractual relationships giving monopoly rights, unless it is contrary to equity.

Undoubtedly, due to some differences arising from the legal position of the exclusive authorized dealer, there are certain differences compared to the agency in terms of the conditions of the right to claim goodwill indemnity and the calculation of the amount. Because at this point, it is not possible for the regulation regarding the agency to find application in the same way for the exclusive authorized dealer.

In this study, it has been tried to reach certain conclusions about the right to claim goodwill indemnity of the exclusive authorized dealer, the conditions of the request, the way of calculation, the special issues and which items will or will not be taken into account at this point, taking into account the situation in comparative law and practice.

Keywords: Exclusive Authorized Dealer, Agency Agreement, Distribution Agreements, The Goodwill Indemnity.

I. GİRİŞ

Tacir yardımcıları arasında gösterilen¹ ve uygulamada, ekonomi alanında “genel acente”, “genel distribütör”, “ana bayi”, “genel temsilci”; hukuk alanında ise “genel temsilci, genel tek temsilci”, “sözleşme ile bağlı satıcı” gibi adlarla da anılan; fakat yaygın kabul gören şekli ile “tek (münhasır) satıcı”; bir sözleşme uyarınca, sağlayıcı ya da onun ana veya ara dağıtıcıların ürünlerinin tamamı veya bir kısmını bedeli karşılığında satın alan ve bunları tekel hâlinde belirli bir yer veya coğrafi bölgede devamlı olarak kendi nam ve hesabına satan gerçek veya tüzel kişidir. Tek yetkili satıcıların ortaya çıkması ise dağıtım ağının önem kazanması ve hatta pek çok sektörde dağıtımın üretimden de önemli hale gelmiş olmasının bir sonucudur².

Türk mevzuatına bakıldığında kanunlarda düzenlenmemiş bulunan ancak uygulamada karşılaşılan birtakım gereksinimler karşısında ortaya çıkmış olan tek satıcılık sözleşmesi, literatürde³ ve yargı kararlarında⁴, sağlayıcı ile

¹ HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht. Besonderer Teil**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2008, N. 1497; SCHLUEP Walter R./AMSTUTZ Marc, **Basler Kommentar: Obligationenrecht I**, HONSELL Heinrich vd. (Hrsg.), 4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2007, Art. 184 N 131.

² MARTINEK Michael, “Grundlagen des Vertriebsrechts”, **Handbuch des Vertriebsrechts**, MARTINEK Michael/SEMLER Franz-Jörg/FLOHR Eckhard (Hrsg.), 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2016, § 1 Rz. 1.

³ İŞGÜZAR Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1989, s. 14; YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 18. Bası, Beta, 2022, s. 29; TANDOĞAN Haluk, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, **Batider**, C. 9, S. 4, 1982, s. 1-36; ÜLGİN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KENDİGELEN Abuzer/KAYA Arslan/NOMER ERTAN Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 831; KAYA Arslan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Acentelik (TTK m. 102-123)**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 245 vd.; KAYA Arslan, “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi”, **Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 12 Ekim 2018**, KENDİGELEN Abuzer vd. (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 11; ASLAN İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 270; BERZEK Ayşe Nur, “Tek Satıcının Tekel Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali ve Rekabet Hukuku Kuralları”, **Yaklaşım**, S. 34, 1995, s. 10 vd.; ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 29. Bası, BTHAE, Ankara, 2023, s. 208; TEOMAN Ömer, “Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanğı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X**, BTHAE, Ankara, 1993, s. 36; DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 3 ve s. 32-33; KAYA Mustafa İsmail, **Acentelik Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 398; KIRCA Çiğdem, **Franchise Sözleşmesi**, BTHAE, Ankara, 1997, s. 89; TEKİL Fahiman, **Ticari İşletme Hukuku**, 1997, s. 210; İNAN Nurkut, “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, **Batider**, C. 17, S. 2, 1993, s. 2; AYHAN Rıza/ÖZDAMAR Mehmet/ÇAĞLAR Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2022, s. 396; BİLGİLİ

tek yetkili satıcı arasında oluşan hukuki ilişkileri düzenleyen, sağlayıcının ürünlerin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekel hakkını da bünyesinde barındırmak suretiyle ücreti karşılığında sadece tek yetkili satıcıya gönderme, tek yetkili satıcının da bunun karşılığı olarak sağlayıcıdan satın almış olduğu ve sözleşmeye konu olan malları kendi ad ve hesabına satmak suretiyle bu malların sürümünü artırıcı faaliyetlerde bulunma yükümlülüğü altına girdiği çerçeve⁵ niteliğini haiz sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır⁶. Zira, tek yetkili satıcılık sözleşmesinin tarafları, öncelikle genel nitelikte bir sözleşme imzalarlar ve bu sözleşmede aradaki ilişkinin genel hatları çizilir; daha sonra ise yapılan bu çerçeve sözleşmeye binaen aralarında özel sözleşmeler yapma yoluna gidebilmektedirler.

Tek yetkili satıcılık sözleşmesinde sağlayıcı, belli bir bölgede ürünlerinin satışını (pazarlama hakkını) münhasıran belli bir dağıtıcıya tanımakta ve dağıtıcı da mezkur bölgede sadece söz konusu sözleşme konusu ürünü satmakla yükümlü bulunmaktadır. Tek yetkili satıcı ile sağlayıcı arasında sürekli bir borç doğuran bir sözleşme olarak karşımıza çıkan tek yetkili satıcılık sözleşmelerinde, bu sözleşmelerin belirli bir süre ile sınırlandırılmış olması veya bu sözleşmenin belirsiz süreli olarak yapılmış olmasının bir öne-

Fatih/DEMİRKAPI Ertan, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 19. Bası, Dora, 2021, s. 85; BAHTİYAR Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2023, s. 190; KAYIHAN Şaban, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, 5. Baskı, Umuttepe Yayınları, Ankara, 2018, s. 65-66; YEŞİLTEPE Salih Önder, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2003, s. 171.

⁴ Yargıtay kararlarında da benzer yönde tanımlamalara gidildiği görülmektedir. Bkz. Y. 11.HD, E. 2015/11017, K. 2016/5453, 12.5.2016; Y. 11. HD, E. 2015/9402, K. 2016/4290, 18.4.2016; Y.HGK, E. 2011/11-552, K. 2011/686, 23.11.2011; Y. 19. HD, E. 2003/1710, K. 2003/10859, 3.11.2003; Y. 11. HD, E. 2000/7381, K. 2000/8746, 9.11.2000; Y. 11. HD, E. 2000/8746, K. 2000/7381, 9.11.2000; Y. 11. HD, E. 1999/3243, K. 1999/5170, 14.6.1999; Y.11. HD, E. 1999/2086, K. 1999/4505, 26.5.1999 (www.kazanci.com).

⁵ “Çerçeve sözleşme, ileride aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli birtakım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden mutabık kalmalarıdır. Tek yetkili satıcılık sözleşmeleri de çerçeve sözleşme niteliğini haiz olduklarından, bu sözleşmelerin sona ermesi durumunda, sona erme ileriye doğru etki doğuracaktır.” Bkz. BARLAS Nami, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerinin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, Beta, İstanbul, 2001, s. 808-810.

⁶ SCHLUEP Walter R., “Innominatverträge”, **SPRVII/2**, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1979, s. 846; MEYER Christian Alexander, **Der Alleinvertrieb: ein Handbuch für den Praktiker**, 2. Auflage, Sogetes-Verl, St. Gallen, 1992, s. 240 vd.; VON DER CRONE Hans Caspar, **Rahmenverträge: Vertragsrecht, Systemtheorie, Ökonomie**, Schulthess, Zürich, 1993, s. 228; FOUNTOLAKIS Christiana, “Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertragsrecht”, **recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, 2008, s. 221 vd.

mi yoktur. Tek yetkili satıcılık sözleşmesi sürekli olarak borç doğuran sözleşmelerdendir⁷. Zira, tek yetkili satıcı belirli bir malı ilgili süre içinde sürekli olarak sağlayıcıdan alacaktır. Münferit bir alım ile sözleşme sona ermektedir. Bu sözleşme ile belirli veya belirsiz bir süre içinde münferit pek çok satış sözleşmesi yapılacağı kararlaştırılmış olmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, tek yetkili satıcılık sözleşmesi yapılacak bu münferit satış sözleşmelerinin genel çerçevesini oluşturmaktadır.

Tek yetkili satıcılık sözleşmesi ile acentelik kurumunun göstermiş olduğu benzerlikler⁸ nedeniyle birbirinden ayırt edilmesi güç görünse de tek yetkili satıcı bazı noktalarda acenteden ayrılmaktadır. Tek yetkili satıcı, elinde bulunan mal veya hizmetlerin piyasaya sunumunu yaparken, aynı acentelik kurumunda olduğu gibi belirli bir yer veya coğrafi bölgede sürekli olarak bu faaliyetini gerçekleştirmektedir. Bununla beraber tek yetkili satıcı, acenteden farklı olarak her zaman tekel hakkınıhaiz bir şekilde faaliyetlerine devam etmektedir⁹. Yine acenteden farklı olarak, tek yetkili satıcılık sözleşmesine konu olan mal veya hizmetleri sağlayıcılardan şahsen kendisi toptan bir şekilde satın alarak mülkiyetindeki bu mal veya hizmetleri kendi nam ve hesabına satmaktadır¹⁰. Bu şekilde faaliyet gösteren tek yetkili satıcının kazancı, malın satın alınması ve (tekrar)

⁷ ERDEM Ercüment, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)”, **Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e Armağan**, Beta, İstanbul, 2003, s. 273.

⁸ Belirli bir bölgede faaliyet gösterme, pazarlama, süreklilik, işletme sahibine bağlı olmama ve tekel hakkı bakımından acentelik sözleşmesi ile tek yetkili satıcılık sözleşmesi birbirine çok benzemektedir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu m.122/5’te, anılan maddede düzenlenen denkleştirme isteminin, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek yetkili satıcı hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bkz. AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 397.

⁹ Tek yetkili satıcılık sözleşmesinde, tekel hakkı, sözleşmenin karakteristik unsurlarından biri olduğundan konu tek yetkili satıcı açısından gündeme gelmemekte ise de acentelik sözleşmesi gibi tekel hakkı tanınmasının şart olmadığı sözleşmeler bakımından, tekel hakkının bulunmadığı hallerde denkleştirme isteminde bulunulup bulunulamayacağı konusu tartışılmıştır. Zira acentelik sözleşmesi açısından yazılı olarak tekel hakkı kaldırılabilir (TTK md. 104). Bir görüşe göre; tekel unsuru yalnızca TTK md. 122/5 hükmünde ve diğer sözleşmeler için arandığından ve tekel hakkı acentelik sözleşmesinin kurucu unsurları arasında olmadığından, acente için tekel hakkı tanınmamış olsa da şartların mevcut olması halinde, acente denkleştirme talebinde bulunabilecektir. Nitekim acentenin denkleştirme isteminde ilişkin TTK md. 122 hükmünün ilk dört fıkrasında da tekel hakkından söz edilmemiştir. Bununla birlikte Yargıtay, yeni tarihli bir kararında acentenin denkleştirme istemi yönünden tekel hakkının varlığını aramıştır. YILDIZ Burçak, “Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2022, s. 538.

Acentelik sözleşmesi dışında kalan sözleşme ilişkileri yönünden ise, denkleştirme istemi yönünden kuşkusuz tekel hakkının varlığı şarttır. Zira bu noktada TTK açıkça “tekel hakkı”nın varlığından söz etmektedir (TTK md. 122/5).

¹⁰ BGE 88 II 169 E. 7 S. 170; HUGUENIN, N 1508; SCHLUEP/AMSTUTZ, Art. 184 N 135.

satılması sonrasında oluşan fiyat farkından oluşmaktadır. Bu bağlamda tek yetkili satıcı, kendi namına satma özelliği ile acenteden, devamlı surette ve kendi hesabına satma özelliği ile de komisyoncudan ayrılmaktadır.

Acente, kendisine bırakılan yer veya bölge içinde tacirin mallarının satışına aracılık veya tacir ad ve hesabına satış sözleşmesi yapar. Her ne kadar acentenin de kural olarak belli bir yer veya bölge içinde tekel hakkı bulursa dabu hak tarafların aralarında yapacakları yazılı bir anlaşma ile kaldırılabilir (TTK md.104). Dolayısıyla tekel hakkı acentelik kurumu için zorunlu bir unsur değildir. Tek yetkili satıcılık sözleşmesinde ise, tekel hakkının varlığı zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine acentenin geliri, satın alma ve tekrar satma arasındaki fiyat farkından oluşmamaktadır. Acenteye; faaliyeti karşılığında, sağlayıcı tacir tarafından ücret (komisyon) ödenmektedir¹¹.

Diğer taraftan, tek yetkili satıcılık sözleşmeleri, kendine özgü yapısı olan¹² sözleşmelerdir¹³. Kendine özgü (sui generis) yapısı olan sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş herhangi bir isimli sözleşmenin unsurlarını içermedikleri gibi isimsiz karma sözleşmeler de değildir. Bu tür sözleşmelerde taraflar kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, bunlar dışında kendilerinin öngördükleri unsurları, yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde bir araya getirirler. Bu şekilde kurulan, kanunda düzenlenmiş olmayan bu sözleşmelere de kendine özgü (sui generis) sözleşmeler adı verilmektedir¹⁴. Tek yetkili satıcılık sözleşmesinde, tek yetkili satıcı olan tarafın, sağlayıcının temsilcisi olmaması¹⁵ ve kendi ad ve hesabına hareket etmek suretiyle faaliyetlerini yerine getirmesi gerekçesi ile de bu sözleşmelerin sui generis niteliğini haiz sözleşmeler olduğu ifade edilmektedir¹⁶.

¹¹ ÜLGEN vd., s. 831-832; ARKAN, s. 208-209.

¹² Tek yetkili satıcılık sözleşmesinin kendine özgü (sui generis) yapısı olan sözleşmelerden sayıldığına ilişkin olarak hem Alman Federal Mahkemesi hem de İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarının bulunduğu hususunda bkz. İŞGÜZAR, s. 28-30.

¹³ BGE 134 III 497 E. 2; BGE 78 II 32 E. 1, S. 33; HUGUENIN, N 1501; karma nitelikte bir sözleşme olduğu yönünde bkz. SCHLUEP/AMSTUTZ, Art. 184 N 134.

¹⁴ EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 209; TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 14 vd., İŞGÜZAR, 14; NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s. 50.

¹⁵ KAYA, Acentelik, s. 276.

¹⁶ POROY Reha/YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 267; DEMİR GÖKYAYLA, s. 30-31.

Öte yandan, tek yetkili satıcılık sözleşmesi gibi dağıtım sözleşmeleri bakımından sözleşmenin sona ermesine ilişkin olarak da belirli özellikler bulunmaktadır. Bu noktada karşımıza çıkan en önemli farklılık kuşkusuz denkleştirme istemi talepleridir.

Denkleştirme istemi, sözleşmenin sona ermesiyle söz konusu olur¹⁷ ve bizzat tek yetkili satıcı tarafından yaratılan ve sağlayıcıya devredilen müşteri çevresi avantajlarından artık kendisinin yararlanamayacak olması nedeniyle ödenen ek bir karşılıktır. Diğer ifade ile, tek yetkili satıcının sözleşme süresince yürüttüğü pazarlama faaliyetleri sonucunda yarattığı müşteri çevresinden sağlayıcının sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanmaya devam etmesi nedeniyle ortaya çıkan ticari değer denkleştirilmesi söz konusu olmaktadır¹⁸. Denkleştirme istemi, tacirin ticari hayatında bir başkası yararına karşılığı olmadan herhangi bir iş yapmayacağı düşüncesinin somut bir sonucudur (Bkz. TTK md. 20).

Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 122/1 uyarınca;

“Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra; a) Müvekkil, acentenin bulunduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sonaermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa, b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeyekazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa vec) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygundüyorsa, acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir.”

İlgili hükmün beşinci fıkrasında ise; *“Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek yetkili satıcılık ile benzeri diğer sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanır.”* denilerek gerek 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu gerekse Alman Hukukunda ve İsviçre Hukukunda izlenmeyen bir yol izlenmiş; tek yetkili satıcının denkleştirme istemi¹⁹ açıkça düzenlenmiştir²⁰.

¹⁷ HUGUENIN, N 1015; MATHYS Beat, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, AMSTUTZ Marc vd. (Hrsg.), Schulthess, Zürich, 2007, Art. 418u N 4; BÜHLER Theodor, **Zürcher Kommentar Art. 418a-418v OR. Der Agenturvertrag**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, Art. 418u N 22; FOUNTOULAKIS, s. 226.

¹⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 248. KAYA, 2018, s. 12; KAYA, 2016, s. 244; POROY/ YASAMAN, s. 317; KAYIHAN, s. 165; ARKAN, s. 241; KAYA, Acentelik, s. 244; ÜLGİN/ HELVACI/ KAYA/ NÖMER ERTAN, s. 878; AYAN Özge, **Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 97.

¹⁹ Kavrama ilişkin olarak “müşteri tazminatı”, “portföy tazminatı” gibi ifadeler kullanılmakla birlikte denkleştirme istemi teknik anlamda bir tazminat olmayıp hakkaniyetin gereği olan bir

II. KONUNUN HUKUKUMUZDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

A. İsviçre Hukukunda

İsvBK. md. 418u/1 uyarınca;

“Acente, yaptığı iş sayesinde müvekkilin müşteri çevresini önemli ölçüde genişletmişse ve müvekkil veya onun yasal halefi, acentelik ilişkisi sona erdikten sonra dahi edinilen müşteri ile olan iş ilişkisinden önemli avantajlar elde ediyorsa, bu durumda acente veya mirasçıları, haksız olmamak kaydıyla, uygun bir tazminat isteme hakkını haizdir.”

Görüldüğü üzere mesele acenteler bakımından düzenlenmiş; tek yetkili satıcı yönünden İsviçre Hukuku’nda denkleştirme istemine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Diğer taraftan, İsviçre uygulamasında, bir tarafın sözleşmenin feshinden sonra ifaya ilişkin bir sorun olmamasına rağmen ek tazminat konusunda vazgeçilmez bir hakka sahip olduğu yönündeki söz konusu hüküm tartışmalara sebep olmuştur²¹. Bu noktada Federal Mahkeme de acente dışında ancak benzer sözleşme ilişkilerinde müşteri tazminatı verilmesi konusunda oldukça mesafeli davranmaktadır²². Bu bağlamda yüksek mahkeme, İsvBK. md. 418u’nun diğer sözleşme ilişkilerine, özellikle tek yetkili satıcılık sözleşmesine, kıyasen uygulanmasını hükmün istisnai karakteri gereği reddetmiştir²³. Ancak bu durum İsviçre öğretisinde, sözleşmelerin ve sonuçların çok benzer olduğu; benzer bir uygulama yapılması gerektiği; aksi bir değerlendirmenin çok şekilci olacağı gibi gerekçelerle eleştirilmiştir²⁴. Zira, tek yetkili satıcı faaliyeti esnasında acen-

ödeme istemidir. Nitekim istemin dayandığı esaslar ve unsurları, tazminat kurumundan farklıdır. Bu yönde bkz. AYAN, 2008, s. 98 vd.; KAYA, 2016, s. 245 vd.; KAYA, 2018, s. 11. KAYA, Acentelik, s. 349 vd. İsviçre öğretisinde de gerçek anlamda bir tazminatın değil; müvekkilin sözleşme sonrası da menfaat elde etmesine yönelik bir karşı edimin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. DREYER Dominique, **Commentaire Romand CO I**, THÉVENOZ Luc/WERRO, Franz (Hrsg.), 3. édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2021, Art. 418u, § 1.

²⁰ KAYA, Acentelik, s. 258-264; DEMİR GÖKYAYLA, s. 239; AYAN, 2008, s. 116.

²¹ PÄRLİ Kurt, **Basler Kommentar: Obligationenrecht I**, WIDMER LÜCHINGER, Corinne/OSER, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 418u Nr. 1.

²² Bkz. BGE 84 II 164 = Pra 1958, 328; BGE 85 II 118; 103 II 277; 110 II 280 = Pra 1984, 573; BGE 110 II 476; BGer, 17 Mart 2016, 4A_544/2015.

²³ BGE 88 II 169 (E. 7).

²⁴ DREYER, Art. 418u, §2. Bununla birlikte AB yönergesine atıfla, burada acente ve ticari temsilciler için öngörülen denkleştirme isteminin tek yetkili satıcılar yönünden uygulanamayacağı yönünde bkz. BÜHLER, N. 68.

teye nazaran daha ciddi bir risk üstlenir²⁵; kaldı ki, sözleşmenin sona ermesiyle sağlayıcının halen menfaat elde ediyor olmasının edimsel bir karşılığı olan “müşteri tazminatı”nın tek yetkili satıcıya ödenmemesinin haklı bir yönü bulunmamaktadır. Daha sonra ise Federal Mahkeme içtihadını değiştirmiş; 2008 tarihli bir kararında İsvBK. md. 418u hükmünün tek yetkili satıcı için de belirli şartlar dahilinde geçerli olabileceğini kabul etmiştir²⁶. Ancak burada acenteye ilişkin bir hükmün kıyasen başka bir sözleşme için de uygulanması söz konusu olduğundan, tek yetkili satıcının acente ile benzer konumda bulunması halinde istemde bulunabileceği ifade edilmiştir²⁷. Buna göre; tek yetkili satıcının sağlayıcının satış zincirine entegre olmuş olması ve taraflar arasında, sözleşmenin sona ermesinin ardından müşteri çevresinin sağlayıcıya aktarılacağına dair bir anlaşmanın bulunması gerekmektedir. Zira böylece, tek yetkili satıcı konum itibarıyla acenteye yaklaşmaktadır. Söz konusu karar itibarıyla de birkaç istisna dışında aksi yönde uygulamaya rastlanmamıştır²⁸. Kuşkusuz, bu koşulların yanı sıra İsvBK. md. 418u hükmünde yer alan koşulların da (tek yetkili satıcının faaliyetleri nedeniyle müşteri tabanının önemli ölçüde genişlemesi, sağlayıcı için önemli avantajlar sağlanması, sözleşmenin tek yetkili satıcının kusuru nedeniyle sona ermemiş olması ve istemin hakkaniyetin (*billigkeit*) gereği olması) gerçekleşmesi gerekecektir²⁹.

Konuya ilişkin olarak ayrıca, İsviçre öğretisinde tacire (ve onun yarattığı güvene) bağlı müşteri portföyü ve reel (gerçek- marka etrafında toplanan) müşteri portföyü şeklinde iki tür müşteri portföyü olduğu; reel müşteri portföyü söz konusu olduğunda İsvBK. md. 418u’nun uygulanma şartlarının neredeyse tümüyle gerçekleştiği ifade edilmiştir³⁰.

²⁵ HUGUENIN, N 1498; SCHLUEP/AMSTUTZ, Art. 184 N 132.

²⁶ 22 Mayıs 2008 tarihli bir kararla (BGE 134 III 497 = Pra 2009, 105; BENEDİCK Gilles/BOTTİNİ Paolo, “Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag”, **Jusletter**, 3. November 2008, N 7 vd.; MEYER Christian Alexander, “Agentur- und Vertriebsvertragsbeendigung in der Schweiz”, **ZVertriebsR**, 1/2017, s. 21; STREBEL Mario/KOCH Fabian, “Besondere Aspekte bei der Beendigung des Vertriebsvertrages”, **Jusletter**, 15. Oktober 2018, N. 59 vd.

²⁷ BGE 134 III 497 E. 4.3; KUHN Moritz, “Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV)”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, FORSTMOSER Peter vd. (Hrsg.), Schulthess, Zürich 1989, s. 187 vd.; MEYER, 1992, s. 302.

²⁸ MEYER, 2017, s. 21.

²⁹ WETTENSCHWILER Suzanne, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, HONSELL Heinrich vd. (Hrsg.), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 418u N. 4-10; MEYER, 1992, s. 20 vd.

³⁰ BURNAND Jean-Claude, “Le Contrat d’Agence et le Droit de l’Agent d’Assurances à une Indemnité de Clientèle”, thèse, Lausanne, 1975, s. 108.

B. Alman Hukukunda

Alman hukukunda İsvBK. md. 418u hükmüne karşılık gelen Alman Ticaret Kanunu (ATK) md. 89b hükmü acenteler açısından daha yararlı görünmektedir³¹.

ATK md. 89b/1 uyarınca;

“(1) Acente sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra aşağıdaki durumlarda müvekkilinden uygun bir tazminat isteyebilir:

1. Müvekkilin, sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra dahi acentenin kazandırdığı müşterilerle iş ilişkisinden önemli menfaatler elde etmesi ve
2. Tüm koşullar, özellikle de acentenin provizyon kaybı dikkate alındığında tazminatın ödenmesi hakkaniyet gereği ise.

Acentenin bir müşteri ile ticari ilişkileri genişletmiş olması, müşteri çevresinin genişletilmesi ile eşdeğerdir.”

İlgili düzenleme acentelere ilişkin olmakla birlikte, hükmün benzer hukuki ilişkilere de (sağlayıcının dağıtım ağı içerisinde yer alan bayiler gibi) kıyasen uygulanabileceği konusunda Alman hukukunda gerek öğreti gerekse uygulama yönünden bir tereddüt bulunmamaktadır³².

C. Avrupa Birliği Hukukunda

Avrupa Birliği mevzuatında konuya ilişkin olarak, Avrupa Birliği'nin ÜyeDevletlerinAcentelere İlişkin Düzenlemelerinin Koordinasyonu Hakkında 86/653 sayılı direktifi³³ karşımıza çıkmaktadır. Direktif'in md. 17 vd. hükümleri ve üye devletlerin buradan türetilen ulusal kanunlarının yetkili satıcılar açısından uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir³⁴.

Söz konusu düzenlemeler, TTK md. 122'ye de kaynaklık etmektedir³⁵. Direktif'in md. 17 vd. hükümlerinden bu durum anlaşılabilir. Nite-

³¹ Alman hukukunda, İsvBK. md. 418u hükmüne karşılık gelen ATK md. 89b düzenlemesinin acenteler için daha avantajlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. **Handelsmittler nach EG-Recht: Festgabe für Hans Joachim Meyer-Marsilius**, THÜRER Daniel/WEBER, Rolf/ZÄCH, Roger (ed.), Schulthess Verlag, Zürich, 1993, s. 36.

³² DEMİR GÖKYAYLA, s. 243 dn. 1140; AYAN, 2008, s. 110.

³³ Metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0653> (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

³⁴ MARTINEK, § 27 I.6.

³⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 279.

kim ilgili düzenlemelere bakıldığında, yine koşullara dair inceleme yapıldıktan sonra somut olayın koşulları gereği dikkate alınması gereken kalemlerin hesaba katılması, sonrasında bir hakkaniyet değerlendirilmesi yapılması ve son olarak da denkleştirme üst sınırının gündeme gelmesi söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda ABAD tarafından konuya ilişkin olarak verilen kararlar da mesele açısından önem kazanmaktadır³⁶.

D. Türk Hukukunda

TTK md. 122/1 uyarınca;

“Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra; a) Müvekkil, acentenin bulunduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa, b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve c) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa, acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir.”

İlgili hükmün beşinci fıkrasında ise; *“Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek yetkili satıcılık ile benzeri diğer sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanır.”* denilerek gerek 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁷ gerekse Alman Hukukunda ve İsviçre Hukukunda izlenmeyen bir yol izlenmiş; tek yetkili satıcının denkleştirme istemi açıkça düzenlenmiştir³⁸.

Görüldüğü üzere hukukumuzda tek yetkili satıcılık ile benzeri diğer sürekli borç ilişkileri bakımından denkleştirme istemi hususu kıyasen uygulamaya ilişkin tartışmalara yer bırakmaksızın açıkça³⁹ hükme bağlanmıştır⁴⁰.

³⁶ YILDIZ, s. 536.

³⁷ İŞGÜZAR, s. 160; TANDOĞAN, s. 33; KAYA, 2016, s. 280; POROY, YASAMAN, A.G.E., S. 343; DEMİR GÖKYAYLA, s. 285; ERDEM, s. 91 vd.; ÜLGEN/ HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 914; KARASU Rauf, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi”, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 311; AYAN, 2008, s.122-132.

³⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 239; AYAN, 2008, s. 116. Nitekim ETK döneminde açık düzenleme bulunmadığından tek yetkili satıcının denkleştirme talebinin hakimın hukuk yaratmasını gerektiren bir talep olduğu ifade edilmiştir. AYAN, 2008, s. 110.

³⁹ Denkleştirme istemine ilişkin somut düzenleme TTK ile getirilmiş olsa da esasen TTK öncesi dönemde de içtihat hukuku çerçevesinde denkleştirme istemi tanınmış ve uygulamamızda yer bulmuştur. Bkz. TTK md. 122 madde gerekçesi. ETK döneminde, İsviçre hukukunda ve Alman

Dolayısıyla şartların mevcudiyeti halinde, TTK md. 122/5'te sözü edilen kimseler açısından da bu bağlamda tek yetkili satıcı için de denkleştirme talebi gündeme gelecektir.

III. TEK YETKİLİ SATICININ DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN KOŞULLARI

TTK md. 122 hükmünün bir ve üçüncü fıkralarında acentelerin yöneltecekleri denkleştirme taleplerinin kabulü bakımından kümülatif olarak dört şartın varlığı aranmaktadır⁴¹:

- i. *Müvekkilin acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde sözleşme sonrasında da önemli menfaatler elde edecek olması,*

hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da acenteye ilişkin “müşteri tazminatı” uygulamasının tek yetkili satıcılar yönünden kıyasen uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. TEKİNALP Ünal, “Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçası Talebi”, **Ali Bozer’e Armağan**, BTHAE, Ankara, 1998, s. 1 vd.; KAYA, Şerh 2013, s. 238; ALTINOK ORMANCI Pınar, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı: İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, **AÜHFD**, C. 58, S. 3, 2009, s. 478. Franchise sözleşmeleri için bu yönde bkz. GÜRZUMAR Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukten Korunması, Beta, 2005s. 177 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 478. Nitekim İsviçre öğretisinde de İsvBK. md. 418u’nun şartların oluşması kaydıyla Franchise sözleşmeleri için de kıyasen uygulanması gerektiği; zira, franchise alanın tek yetkili satıcıdan daha yoğun bir şekilde franchise verenin satış organizasyonuna dahil olduğu ifade edilmiştir. Bkz. HUGUENIN, N 1509, 1565; SCHLUEP/AMSTUTZ, Art. 184 N 153, N. 177; ZEHNHÄUSER Nürs, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, AMSTUTZ Marc vd. (Hrsg.), Schulthess, Zürich, 2007, Art. 184 N 42.

Yalnızca ürün franchise’ı için mümkün olduğu yönünde bkz. STREIFF Ullin/PELLEGRİNİ Bruno/ KAENEL Adrian von, **Vertragsvorlagen**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008, s. 264.

Franchise sözleşmeleri için hükmün uygulanamayacağı yönünde bkz. BÜHLER, Art. 418u N 67; MEYER, 1992, s. 305. Yazar, franchise alanın tek katkısının konsepti hayata geçirmek olduğu, müşterilerin bu faaliyet neticesinde geldiği, dolayısıyla telafi edilmesi gereken bir durumun söz konusu olmadığı görüşündedir.

⁴⁰ Öte yandan, her ne kadar TTK md.122/5’te tek yetkili satıcının denkleştirme istemi zikredilmiş olsa da istemin kıyas yoluyla mı yoksa doğrudan mı düzenlendiği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, kanun koyucu burada acentelik için açıkça öngörülmuş bulunan denkleştirme talebinin kıyasen tek yetkili satıcıya da uygulanmasını öngörmektedir. Bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 244; YUSUFOĞLU Fülürya, “Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11 S. 137-138 Yıl: 2016, s. 169. Bir diğer görüşe göre ise, denkleştirme talebi kıyas yoluyla değil doğrudan düzenlenmiştir. Bu bağlamda kıyasa ilişkin koşulların aranmasına gerek bulunmamaktadır. Bkz. KAYA, Acentelik, s. 259; Karasu, s. 311.

⁴¹ Bu düzenlemeyle denkleştirme tazminatı talebinin doğmasına engel olan bazisebepler zikredilmek suretiyle, hakkaniyete uygunluk şartı kısmensomutlaştırmıştır. Bkz. KAYA, Acentelik, s. 388.

- ii. *Sözleşmenin acenteye yüklenemeyecek bir sebepten ötürü sona ermiş olması,*
- iii. *Acentenin sözleşmenin sonlanmasıyla birlikte ücret isteme hakkını kaybediyor olması,*
- iv. *Denkleştirme ödenmesinin somut olayın şartları ve denkleştirme miktarı bakımından hakkaniyete uygun düşmesi.*

Sözü edilen şart ve düzenlemeler acentelere ilişkin olmakla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere, şartların mevcudiyeti halinde TTK md. 122/5'te sözü edilen kimseler açısından da bu bağlamda tek yetkili satıcı için de denkleştirme talebi gündeme gelecektir⁴².

Şartların incelenmesinden evvel belirtmek gerekir ki denkleştirme isteminin doğabilmesi bakımından taraflar arasında acentelik veya tek yetkili satıcılık ile benzeri diğer tekell hakkı veren sürekli sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Bu noktada denkleştirme isteminde bulunan taraf, taraflar arasında bu nitelikte bir sözleşmenin varlığını ve şartların oluştuğunu ispat etme yükümü altındadır⁴³. Nitekim Yargıtay da bir kararında bu yönde hareket etmiştir⁴⁴.

Öte yandan, kuşkusuz acente ile tek yetkili satıcı farklı hukuki konumları işgal ettiklerinden ve farklı yapıda sözleşmelere tabi olduklarından; acentenin denkleştirme istemine ilişkin kuralların tek yetkili satıcı için tümüyle aynı şekilde uygulanması beklenemez. Bu noktada, istemin koşulları incelenirken farklılık ve özellik arz eden durumların dikkate alınması zorunludur. Diğer taraftan ise, denkleştirme istemi düzenlemelerinin amacı bir tarafa aşırı tazminat ödenmesi veya ödüllendirilmesi değil; kanunun öngördüğü amaca hizmet edilmesidir. Nitekim, istemin hesaplanmasında belirli üst sınırlara uyulması gerekecektir⁴⁵.

A. Müşteri Çevresinin Genişletilmiş Olması ve “Yeni Müşteri” Kriteri

Görüldüğü üzere, denkleştirme istemi yönünden aranan en önemli koşullardan biri, sürümü artırma faaliyetleri çerçevesinde müşteri portföyünün

⁴² FOUNTOULAKİS, s. 225.

⁴³ MEYER, 2017, s. 20.

⁴⁴ Karar için bkz. YILDIZ, s. 537, dn. 11.

⁴⁵ MEYER, 2017, s. 22.

genişletilmiş olmasıdır⁴⁶. Özellikle İsviçre öğretisinde, söz konusu artışın “hissedilir” düzeyde olması gerektiği; bu bağlamda % 15’lik bir artışın “hissedilir bir artış” olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir⁴⁷.

Kanaatimizce bu noktada durum somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Bu yönde bir oran her bir somut olay özelinde gerçekçi veya adil olmayabilir. Nitekim bu noktada bir asgari sayıdan da söz edilemeyecektir. Tek müşterinin kazandırıldığı durumlarda dahi süreklilik ve sağlayıcıya önemli menfaatler sağlanması koşulları yönünden bir eksiklik yoksa denkleştirme istemi gündeme gelebilecektir⁴⁸. Bu noktada ayrıca yeni müşteri kazandırılması ile tek yetkili satıcının faaliyetleri arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁴⁹.

Sağlayıcıya yeni müşteriler kazandırıldığının ispat yükü, tek yetkili satıcıdadır⁵⁰. Bu durumun ispatı ise her iki tarafın ticari defterlerinin uzman bilirkişilerce incelenmesi yoluyla gerçekleşmektedir⁵¹. Ayrıca bu noktada keyfi ve yüzeysel uygulamalar yerine nesnel kriterlerin konulması ve sektörel durumların da dikkate alınması gerekir⁵².

Konuya ilişkin önem arz eden bir diğer husus ise “yeni müşteri” kavramıdır. Zira, denkleştirme talebinin söz konusu olabilmesi için tek yetkili satıcının yeni müşteriler bulmuş ve onları işletmeye kazandırmış olması gerekmektedir⁵³. Konuya dair ABAD kararlarında, yenilikten kastın müşterinin söz konusu ürünleri ilk kez satın alması olduğu ifade edilmiştir; bu noktada müşterinin sağlayıcıyla önceki hukuki ilişkileri bir önem arz etmemektedir. Yine ilgili kararlarda sağlayıcı tarafından acenteye müşteri listesi sağlanmış olmasının bu kişileri yeni müşteri olmaktan çıkarmayacağı; bu

⁴⁶ KAYA, Acentelik, s. 360 vd.

⁴⁷ ALTINOK ORMANCI, s. 472 dn. 19’dan naklen.

⁴⁸ YILDIZ, s. 542.

⁴⁹ MATHYS, Art. 418u N 6; WETTENSCHWILER, Art. 418u N 4.

⁵⁰ BGE 134 III 497 E.4.1.

⁵¹ Bkz. Y. 11. HD, E. 2016/3679, K. 2017/2275, 19.04.2017. Ancak tek başına ticari defterlerin esas alınması da hatalı ve eksik bir yaklaşım olacaktır.

Bu noktada oldukça özenli ve adil davranılması gerektiği, ikna edici deliller sunulmadan kesintiler yapılmaması ve hakimin sektörü ve uygulamalarını bilmediği durumlarda uzman bilirkişi heyetlerinden faydalanma oranlarının incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. WETTENSCHWILER, Art. 418u Rn. 10.

⁵² MEYER, 2017, s. 22.

⁵³ MATHYS, Art. 418u N 6; BÜHLER, Art. 418u N 25.

durumun ancak daha az çaba anlamına geleceği ve hakkaniyet indiriminde dikkate alınabileceği belirtilmiştir⁵⁴. Öte yandan, müşteri tabanında önemli bir genişlemenin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirirken, müşteri sayısındaki yıllık büyüme oranı⁵⁵ ve sağlayıcının yararlanabileceği satış veya satış potansiyeli dikkate alınabilir⁵⁶. Sağlayıcının daha önceden çalıştığı ve sağlayıcıya kazandırılmasında tek yetkili satıcının bir etkisinin olmadığı müşteri-ler ise bu kapsamda değerlendirilmeyecektir⁵⁷.

B. Sağlayıcının Sözleşmenin Sonlanmasından Sonra da Önemli Menfaatler Elde Ediyor Olması

Denkleştirme talebinde bulunulabilmesi bakımından, tek yetkili satıcının yeni müşteri(ler) kazandırması olgusunun yanı sıra söz konusu müşteri-ler sebebiyle sağlayıcının tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyor olması gerekmektedir⁵⁸. Konuya ilişkin ispat yükü ise davacı tek yetkili satıcıdadır. Bu noktada ayrıca, müşterilerin sağlayıcıya bağlı kalma olasılıklarının bulunması gerekmektedir⁵⁹. Dolayısıyla söz konusu yeni müşterilerin halen sağlayıcı ile çalışıyor olduk-ları ispat edilmelidir. Bu durumun tespiti için ise yine tarafların ticari defter-lerinin incelenmesi gerekecektir⁶⁰.

Diğer taraftan “önemli menfaat” kavramı ile ne kastedildiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Özellikle yargı kararlarında önemli menfaatten kastın tahsil edilen tutarlar veya elde edilecek gelirler olduğu ifade edilmiştir⁶¹.

⁵⁴ YILDIZ, s. 542; WETTENSCHWILER, Art. 418u N 6.

⁵⁵ GAUTSCHİ Georg, **Berner Kommentar: Art. 407-424 inkl. Art. 418a-418v OR. Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag**, Stämpfli, Bern, 1964, Art. 418u N 3b; BGE 84 II 164. Federal mahkemenin söz konusu kararında tek yetkili satıcıya verilen alanda daha önceden sağlayıcının hiçbir müşterisi bulunmadığından, müşteri çevresine ilişkin genişlemenin tek yetkili satıcının faaliyetleri sonucunda ortaya çıktığı saptaması yapılmıştır.

⁵⁶ MATHYS, Art. 418u N 8; MEYER, 1992, s. 298.

⁵⁷ KAYA, 2018, s. 23.

⁵⁸ MEYER, 1992, s. 297; WETTENSCHWILER, Art. 418u N 8; MATHYS, Art. 418u N 9; BÜHLER, Art. 418u N 32; DEMİR GÖKYAYLA, s. 267; BGE 134 III 497 E. 4.1; BGE 122 III 66 E. 3d, S. 72; BGE 110 II 280E. 3b, S. 281; BGE 103 II 277 E. 2, S.280; BGE 84 II 529 E. 2, S. 531; BÜHLER, Art. 418u N 12 ve 19; KAYA, Acentelik, s. 366 vd.

⁵⁹ DREYER, Art. 418u, §9; BENEDİCK/BOTTİNİ, Rz. 26, s. 5.

⁶⁰ YILDIZ, s. 542.

⁶¹ Acentelere ilişkin olarak bkz. YILDIZ, s. 543 dn. 66’da yer verilen karar.

Öte yandan, kuşkusuz söz konusu menfaatin sağlayıcıya sağlanmış olması gerekmektedir. Bu noktada sağlayıcı ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan diğer şirketler de çeşitli menfaatler elde ediyor olabilir. Ancak özellikle ABAD kararlarında, sağlayıcının bağlı/kardeş şirketlerinin elde ettikleri menfaatlerin yapılan hesaplamalarda dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir⁶².

C. Sözleşmenin TTK md. 122/3 Dışı Yollarla Sona Ermiş Olması

TTK md. 122/3 uyarınca;

“Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz.”

Bu bağlamda, acentenin denkleştirme talebi sözleşmenin hükümde sözü edilen haller dışında bir sebeple sona ermiş olmasına bağlıdır⁶³.

Kuşkusuz sözleşmenin acenteye yüklenemeyecek bir sebepten ötürü sona ermiş olması koşulu, tek yetkili satıcının denkleştirme talebi yönünden de aranacaktır. Bu bağlamda, sağlayıcının, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, tek yetkili satıcı sözleşmeyi feshetmişse veya tek yetkili satıcının kusuru sebebiyle sözleşme sağlayıcı tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, tek yetkili satıcı denkleştirme isteminde bulunamayacaktır⁶⁴. Görüldüğü üzere, tek yetkili satıcının denkleştirme talebi açısından da sözleşmenin sona erme nedeni önem arz etmektedir. Bununla birlikte, kanaatimizce sözleşmenin sona ermesinde birlikte kusur söz konusu ise bu durum da dikkate alınmalıdır. Bu hallerde doğrudan tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin doğrudan reddedilmesi yerine istemin miktarında indirimler yapılması yoluna gidilmesi somut olay çerçevesinde daha adil olabilecektir.

TTK md. 122/3’ün lafzı gereği, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği durumlarda ise denkleştirme talep edilebilecektir⁶⁵. Ayrıca, TTK md. 122/3,

⁶² YILDIZ, s. 543.

⁶³ KAYA, Acentelik, s. 389; UZUNALLI Sevilay, “Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İsteminde Hak Kazanması, **Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi**, (2019) 5 (1), s. 115, 117; AYAN, 2008, s. 156. Denkleştirme istemini sona erdirmesi için, feshin olağan veya olağanüstü fesih olması sonucu değiştirmez. Bkz KAYA, Acentelik, s. 389, dn. 325.

⁶⁴ İsviçre hukukunda da aynı durum geçerlidir. Bkz. HUGUENIN, N.1016; BGE103II277E.2, s.280; BGE84II529E.1, s.531. TTK md.121 uyarınca taraflardan her biri üç ay önceden ihtar ederek sözleşmeyi sona erdirebilir. Bkz. KAYA, Acentelik, s. 314.

⁶⁵ KAYA, 2018, s. 11; YILDIZ, s. 539.

hükmün ilk fıkrasının aksine emredici nitelikte olmadığından taraflar sona erme nedenine bakılmaksızın denkleştirme talep edilebileceğini kararlaştırabileceklerdir⁶⁶.

Sözleşmenin sona erdiğine ilişkin ispat yükü davacı tek yetkili satıcıda iken; sözleşmenin TTK md. 122/3'te sayılan haller sebebiyle sona erdiği iddiası varsa davalı bu durumu ispat etmek zorundadır⁶⁷. Öte yandan, yorum yoluyla TTK md. 122/3'te belirtilen hallerin geniş yorumlanması veya genişletilmesi özellikle ABAD kararlarında kabul edilmemiştir. Yine ilgili kararlarda, denkleştirme ödemekten kaçınılabilmesi için haklı sebep ile sözleşmenin feshi arasında bir nedensellik bağı bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada Yönerge 18. Maddesi TTK md. 122 hükmüne kaynaklık teşkil ettiğinden söz konusu kararlar uygulamamız açısından da önem arz etmektedir⁶⁸.

D. Tek Yetkili Satıcının Kazanç Kaybı

Acentenin sözleşmenin sonlanmasıyla birlikte ücret isteme hakkını kaybediyor olması, koşulu ise kuşkusuz tek yetkili satıcı için doğrudan geçerli olamayacaktır. Zira, tek yetkili satıcı, acente gibi tacirin bağlı tacir yardımcılarından olmayıp sağlayıcıya ait ürünleri kendi ad ve hesabına satmakta; aradaki fark ise kendisinin kazancını teşkil etmektedir⁶⁹.

Öte yandan, tek yetkili satıcının denkleştirme isteminde bulunabilmesi için sözleşmenin sona ermesi nedeniyle bir “kayba” uğraması gerekir⁷⁰. Bu noktada esasen geleceğe yönelik tahminler yapılmaktadır.

⁶⁶ TTK md. 122/3'ün gerekçesi; YILDIZ, s. 539.

⁶⁷ BGE 134 III 497 E. 4.1; Dirk Langer, “Contrat de Représentation Exclusive”, **Push-Service Entscheide**, 2008, Rz. 15; BGE 103 II 277 E. 5, s. 286; WETTENSCHWILER, Art. 418u N 1. Acenteler için bu yönde bkz. YILDIZ, s. 539.

⁶⁸ YILDIZ, s. 539.

⁶⁹ Acentenin aksine tek yetkili satıcının sözleşme dolayısıyla elde ettiği gelir sözleşme konusu ürünlerin alış ile satış fiyatı arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Ancak, denkleştirme bedeline esas teşkil edecek miktar doğrudan bu fark değildir. Zira, alış ve satış fiyatları arasındaki fark tek yetkili satıcının brüt geliridir. Denkleştirme talebinde ise, net gelirin esas alınması gerekmektedir. O nedenle alış-satış fiyatı arasındaki farktan satış, depo, çalışan masrafları ve kredi riski gibi etmenlerin düşülmesi neticesinde varılacak net tutar, denkleştirme bedelinin hesabında da yola çıkılacak rakamı belirleyecektir. Bkz. FOUNTOULAKİS, s. 226; VETSCH Johannes/VON DER CRONE Hans Caspar, “Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen”, **SZW/RSDA**, 1/2009, s.82; DEMİR Koray, “Tek Satıcının Denkleştirme Talebi”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, KIRCA İsmail vd. (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 416.

⁷⁰ KAYA, Acentelik, s. 370 vd.

Sözleşmenin sona ermesi ile tek yetkili satıcı, satış hakkını, sağlayıcıya karşı bu malları kendisine sağlanan indirimli fiyat üzerinden sağlayıcıdan satın alma hakkını ve alım ile satım fiyatı arasındaki karını yitirir. Zira, sözleşmenin sona ermesiyle, sağlayıcı tek yetkili satıcının oluşturduğu müşteri çevresi ile ilişkilerine devam eder. Dolayısıyla bu durum tek yetkili satıcı açısından bir “kazanç kaybı” anlamına gelecektir. Bununla birlikte, denkleştirme istemi hesaplanırken sözleşmenin sona ermesinden sonra yeni müşterilerin kazanılması ihtimali bir önem arz etmez; sadece mevcut ve kazanılmış müşterilerle yapılabilecek işlemlerin yapılamaması nedeniyle uğranılan kayıptan söz edilir⁷¹.

Kuşkusuz değerlendirme yapılırken, tek yetkili satıcının önceki yıllarda elde etmiş olduğu gelirler dikkate alınacaktır⁷². Bununla birlikte, tek yetkili satıcının sürümü artırma faaliyetleri çerçevesinde yaptığı masraflar hesaba katılmayacaktır⁷³.

Nihayet, denkleştirme isteminin olumlu karşılanması hakkaniyete aykırı olmamalıdır. Bu noktada, hakkaniyet denetiminin yapılması gerekmekte olup bu çerçevede pek çok meselenin ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

E. Hakkaniyet Denetimi ve Tek Yetkili Satıcının Denkleştirme İsteminin Hesaplanmasında Özellik Arz Eden Hususlar

1. Genel Olarak

Denkleştirme istemine ilişkin olarak başlıca sorunun denkleştirme bedelinin hesaplanması olduğu ifade edilmiştir. Esasen tarafların beyanları, bilirkişi raporları ve uzman görüşleri ile bir noktaya gelinmekteyse de (temel ilkelerin ortaya konulamamış olması, kayıt dışılık, sektörlerin kendine özgü durumlarının anlaşılabilmesi, somut olay koşullarının göz ardı edilmesi gibi) belirli sebeplerle yargı kararları bozma ile sonuçlanmakta, yargılama süreçleri oldukça uzun sürelerle yayılmaktadır⁷⁴. Zira pek çok kararda TTK md. 122 hükmünün tekrarlanması ötesine geçilememektedir⁷⁵.

⁷¹ DEMİR GÖKYAYLA, 272.

⁷² AYAN, 2008, s.196; KAYIHAN, s.191.

⁷³ KAYA, 2016, s.266.

⁷⁴ Söz konusu kararların eleştirisi için bkz. KAYA, 2018, s. 14 vd.

⁷⁵ KAYA, 2018, s. 20. Acentelere ilişkin olarak doğru hesaplama yönteminin kararlara yansımadağı yönünde bkz. AYAN Özge, “Yargıtay’ın Acentenin Denkleştirme Talebine İlişkin Kararlarının İncelenmesi”, *Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu*, Ankara, 2018, s. 213.

TTK md. 122 vd. düzenlemelere bakıldığında, “somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa müvekkilden uygun bir tazminat istenebileceği” belirtilmiş ve denkleştirme istemine ilişkin bir koşul daha eklenmiştir⁷⁶. Hakkaniyet noktasında kuşkusuz pek çok değişkenin yanı sıra tek yetkili satıcının çabası belirleyici olmaktadır. Nitekim somut olayda diğer tüm koşullar gerçekleşmiş olmasına rağmen hakkaniyet koşulunun eksikliği, denkleştirme isteminin tümüyle reddine sebebiyet verebileceği gibi belirli oranlarda indirim yapılmasını da gerektirebilecektir⁷⁷.

Denkleştirme istemine ilişkin olarak, tek yetkili satıcının varsayımsal kaybının tespitinden sonra hakkaniyete uygunluk açısından bir denetim yapılmalıdır. Hakkaniyete uygunluk ise esasen somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir⁷⁸. Diğer taraftan hakkaniyete uygunluk koşulu bağımsız bir koşuldur; denkleştirme tutarını arttıran veya azaltan haller hakkaniyete uygunluk koşulundan bağımsızdır ve onu etkilemez. Bir başka deyişle, hesaplanan tutar ne olursa olsun ödenmesi hakkaniyet gereği değilse bir denkleştirme bedeli ödenmesine hükmedilemez. Son aşamada ise, hakkaniyet kriteri ekseninde hesaplanan tutar Kanunda öngörülen üst sınıra tabi tutulur ve denkleştirme miktarı belirlenmiş olur⁷⁹.

Hakkaniyet unsurunun gerçekleştiği noktasında davacının bir ispat yükümü yoktur; bu unsurun kural olarak sağlanmış olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada, davalı aksini ispat etmedikçe hakkaniyete aykırı bir durum olduğu veya hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği iddiası bir anlam ifade etmeyecektir. Bu yönde bir ispat yoksa denkleştirme hakkaniyete uygun olarak nitelendirilecektir⁸⁰.

⁷⁶ KAYA, Acentelik, s. 375; AKIN İrfan, “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Gelişmeler”, *AÜHFD*, C. 62, S. 3, 2013, s. 626.

⁷⁷ Acentelere ilişkin olarak bu yönde bkz. KAYA, 2016, s. 262; Arkan, s. 244; KAYA, Acentelik, s. 375; AKIN, s. 626; BADAĞ AYBAR Zehra, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 24, 2013/2, s. 189-190.

⁷⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 277; KAYA, Acentelik, s. 374.

⁷⁹ KAYA, 2018, s. 22.

⁸⁰ YILDIZ, s. 544.

Nitekim Yargıtay 2020 ve sonraki tarihli kararlarında, davalının bu iddiasını somut olaya nasıl uyarlayabileceğine ilişkin belirli kıstasları ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Söz konusu kıstaslardan bazıları şöyledir; “sözleşmeden kaynaklanan menfaatler, sözleşmenin tarafları arasındaki risk paylaşımı, acentelik sözleşmesinin süresi, acentenin gelir miktarı, sözleşmeden

İstemin hesaplanması noktasında ise ilgili düzenlemelerde bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde istemin hesaplanmasına ilişkin çeşitli kriter ve yöntemler gösterilmekle birlikte yargı uygulaması, genel itibarıyla istemin koşul ve unsurlarına ilişkin bir değerlendirme yaptıktan ve üst sınırı (TTK md. 122/2 uyarınca; “Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz.”) belirledikten sonra, somut olayda varsa gerekli hakkaniyet indirimlerini uygulayarak bir sonuca varmaktadır⁸¹. Nitekim hakkaniyet incelemesi yapılmadan doğrudan hükümde gösterilen üst sınıra hükmedilmesi hukuken hatalıdır⁸². Ayrıca Yargıtay, hesaplamanın uzman kişilerden oluşacak bir bilirkişi kurulu tarafından yapılması gerektiğini ifade etmiştir⁸³.

Nihayet, denkleştirme hesaplaması yapılırken tek yetkili satıcının tüm geliri değil; sağlayıcıdan satın alarak tekrar satım ve dağıtımını yaptığı ürünlerden elde ettiği gelirler dikkate alınacaktır. Bu açıdan tek yetkili satıcının korunmaya muhtaç olup olmamasının da hakkaniyet denetimi açısından bir önemi yoktur⁸⁴. Ayrıca, sağlayıcının ödeme gücünün bulunmaması, son yıllarda zarar ediyor olması, karlılık durumunun bulunmaması gibi haller denkleştirme isteminden bağımsız olup; bu gibi durumlar denkleştirme istemine hükmedilmesine engel oluşturmamaktadır⁸⁵.

Öte yandan somut olayın koşulları da tüm bu aşamaların bir parçası olup hakime bu noktada bir takdir yetkisi tanındığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir⁸⁶.

kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için harcanan emek ve zaman, sözleşme dışı kazanç ve kayıplar, tarafların mal varlığı ve gelir ilişkileri, kişisel durum (Yaşlılık, sağlık durumu, çalışma yeteneği), işin önemi, acentenin tek firma-çok firma acentesi olması, markanın etkisi (unvanın), rekabet yasağının ihlal edilmesi, sözleşmenin sona erme sebebi ve varsa kusur oranları gibi hususlar”. ABAD kararlarında da hakkaniyet indirimi sebepleri olarak, davalı müvekkil tarafından davacı acenteye müşteri listesinin sağlanması, acentenin feshi ihbar süresi içinde sözleşmeye aykırı satışlar gerçekleştirmiş olması gibi fiiller gösterilmiştir. Bkz. YILDIZ, s. 547.

⁸¹ YILDIZ, s. 544. Bununla birlikte, TTK md. 122/2 hükmünün gerekçesinde acente için daha yüksek oranda bir miktarın talep edilebilmesini mümkün kılan hesaplama yöntemlerinin kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu sonuç tek yetkili satıcı için de geçerlidir.

⁸² KAYA, 2018, s. 20. Acentelere ilişkin olarak doğru hesaplama yönteminin kararlara yansımadağı yönünde bkz. AYAN, 2008, s. 213.

⁸³ Bkz. Y. 19. HD, E. 2016/1758, K. 2018/127, 18.01.2018.

⁸⁴ VETSCH/VON DER CRONE, s. 93.

⁸⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 280; YILDIZ, s. 546.

⁸⁶ KAYA, 2018, s. 22.

Kuşkusuz tek yetkili satıcı da acente gibi müşterileri işletmeye bağlamak için belirli yatırımlar yapmaktadır. Nitekim bu durum dağıtım ağının genişletilmesi ve korunması bakımından gereklidir. Bununla birlikte burada kastedilen müşterilerle kurulan ilişkiler çerçevesinde yapılan işlemler için gerçekleştirilen harcamalar, olağan harcamaların üzerindeyse bu durumda da hakkaniyet incelemesinde dikkate alınması gerekecektir⁸⁷.

2. Müşteri Çevresini Devretme “Borcu”

Tek yetkili satıcılık sözleşmesinde, tek yetkili satıcısağlayıcıya ait malları kendi ad ve hesabına satmaktadır. Bu noktada, müşterilerin kimler olduğu sağlayıcı tarafından bilinmemektedir. Nitekim, sözleşme süresi boyunca müşteri bilgilerinin sağlayıcıya bildirilmesi veya müşteri çevresinin tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona ermesinin ardından sağlayıcıya devredilmesi gibi edimler esasen tek yetkili satıcılık sözleşmesinin esaslı unsurları arasında yer almamaktadır⁸⁸. Bir başka deyişle söz konusu kayıtların sözleşme şartlarında yer almaması, sözleşmeyi tek yetkili satıcılık sözleşmesi olmaktan çıkarmayacaktır.

Öte yandan, taraflar sözleşmelerine bu yönde kayıtları ekleyebileceklerdir⁸⁹. Bununla birlikte, uygulamada özel olarak bu tür düzenlemelere yer verilmediği görülmektedir⁹⁰. Ancak tek yetkili satıcı özel olarak böyle bir taahhütte bulunmamış olsa bile tarafların uygulamalarından veya sözleşmenin bütününden bu yönde bir yükümlülüğün olduğu sonucuna varılabilir⁹¹. Nitekim, sözleşmede müşteri çevresinin devredilmesine ilişkin bir ifade bulunmamakla birlikte; sağlayıcının tek yetkili satıcının müşteri bilgilerine ulaşabildiği veya tek yetkili satıcının bütün satış sözleşmelerini bildirmekle ya da sözleşme süresi boyunca müşterileri hakkında düzenli olarak bilgi vermekle yükümlü olduğu hallerde müşteri çevresini devretmeyi üstlendiği kabul edilmektedir⁹². Yine bu yönde bir sözleşmesel yükümlülük olmaması-

⁸⁷ VETSCH/VON DER CRONE, s. 88.

⁸⁸ Müşteri çevresinin devri, esas itibarıyla tek yetkili satıcının fiilen (sözleşmenin sona ermesiyle artık ürünleri temin edememesi) veya hukuken (bir rekabet yasağı anlaşması gibi) müşterilerine ürün tedarik edememesi anlamına gelmektedir. Bkz. MEYER, 1992, s. 297.

⁸⁹ Sözleşmede, en başta potansiyel müşteri çevresinin devredilmesi ve buna dair ücretin tek yetkili satıcıya ödenmesinin mümkün olduğu; bu durumlarda denkleştirme istemi hesaplanırken bu durumun da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. MEYER, 1992, s. 326.

⁹⁰ AYAN, 2008, s. 109.

⁹¹ BENEDICK/BOTTINI, s.3-4; DEMİR GÖKYAYLA, s. 259.

⁹² DEMİR GÖKYAYLA, s. 261.

na rağmen sözleşme sona erdikten sonra müşteri kitlesi sağlayıcıya devredilebilir veya tek yetkili satıcı kendisine müşterilere ilişkin bilgiler verebilir⁹³. Öte yandan özellikle tanınmış bir marka altında satılan ürünler açısından müşteri çevresini devretmeye ilişkin durumun çok fazla önem taşımadığı, sözleşmenin sona ermesiyle söz konusu müşteri geçişinin kendiliğinden gerçekleşeceği ifade edilmiştir⁹⁴.

Tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin hakkaniyete uygun olması için sözleşmeyle müşteri çevresini sözleşmenin sonunda sağlayıcıya devretme üstlenmesi ve böylece sağlayıcının bu müşteri çevresinden hemen ve kolaylıkla yararlanabilmesi gerekir. Aksi halde kendisine denkleştirme ödenmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Nitekim bu durum denkleştirme isteminin ratio legis'i ile de bağdaşmayacaktır⁹⁵.

Görüldüğü üzere, ilgili kayıtlar, sözleşmenin kurulması bakımından olmazsa olmaz değilse de tek yetkili satıcının denkleştirme isteminde bulunabilmesi için, kendi ad ve hesabına yarattığı müşteri çevresini de devretme borcu altında olması ya da fiilen devretmiş olması gerektiği ifade edilmiştir. Zira, tek yetkili satıcının (geniş anlamda) müşteri çevresini devretme borcu yoksa sağlayıcı bu müşteri çevresinden yararlanamayacağı gibi bu kapsamda herhangi bir menfaat de elde edemeyecektir. Bu bağlamda talep alışkanlıkları da dahil müşteri bilgilerinin sağlayıcı ile paylaşılmış olması gerekecektir⁹⁶. Sözleşme süresi boyunca müşteri bilgilerinin sağlayıcıya bildirilmesi de müşteri çevresinin devri anlamına gelmektedir⁹⁷. Müşteri çevresinin devredildiğinin ispat yükü ise tek yetkili satıcıdadır⁹⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi de açık hüküm bulunmamasına rağmen tek yetkili satıcının denkleştirme istemini kabul ettiği 2008 tarihli kararında, müş-

⁹³ FOUNTOLAKIS, s. 226; MEYER, 1992, s. 299; GAUTSCHI, Art. 418a/b N 12b.

⁹⁴ GAUTSCHI, Art. 418a-418b N 12b; MEYER, 1992, s. 299 ves. 310 f.

⁹⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 259, 260; KAYA, 2016, s. 281-283; KAYA, 2018, s.43; YUSUFOĞLU, s. 169. Aksi yönde bkz. Bkz. ERDEM, S. 214; POROY/ YASAMAN, s. 344; ÜLGEN/ HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 916; KAYA, Acentelik, s. 259; AYAN, 2008, s. 111 vd; DEMİR, s. 407.

⁹⁶ DEMİR, s. 407.

⁹⁷ AYAN, 2008, s. 113.

Öte yandan Alman yargı kararlarında, sözleşme ile tek yetkili satıcıya müşteriler hakkında bilgi verme yükümünün yüklenmesinin, tek yetkili satıcının “müşteri tazminatı” hakkı olup olmadığı konusunda belirleyici bir unsur olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 465.

⁹⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 266.

teri çevresinin devredilmesi konusuna özel önem atfetmiş; bu durumu esasen tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin bir karşılığı olarak ele almıştır⁹⁹.

Özellikle tek yetkili satıcının, sağlayıcının dağıtım ağına büyük ölçüde entegre olduğu hallerde bu konu daha da önem kazanmakta; yaratılan müşteri çevresi ve bunun devri daha önemli hale gelmektedir.

3. Tek Yetkili Satıcının Sağlayıcının Dağıtım Ağına Entegrasyonu (Ekonomik Bütünleşme)

Denkleştirme talebine ilişkin olarak, tek yetkili satıcının sağlayıcının satım ve dağıtım ağına entegre olması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece, tek yetkili satıcı ve sağlayıcı satılan mal ve hizmetin hedef kitlesi bakımından bütünleşmekte; sağlayıcı, sözleşmenin sona ermesinden sonra da tek yetkili satıcının oluşturduğu müşteri çevresinden yararlanmaya devam etmektedir¹⁰⁰.

Diğer taraftan özellikle karşılaştırmalı hukukta söz konusu entegrasyonun (ekonomik bütünleşmenin) yanı sıra bu entegrasyonun derecesi (veya oranı) de ön plana çıkmaktadır¹⁰¹. Zira tek yetkili satıcının, sağlayıcının dağıtım ağına büyük ölçüde entegre olduğu hallerde yaratılan müşteri çevresi kuşkusuz sağlayıcının genel portföyünde oransal olarak daha büyük yer tutmakta ve söz konusu müşteri çevresinin sözleşme sonrasında sağlayıcıya devri daha önemli hale gelmektedir¹⁰². Ayrıca, tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin özel düzenlemenin bulunmadığı İsviçre uygulamasında acentelere ilişkin hükmün kıyasen uygulanması nedeniyle bu entegrasyonun derecesi özellikle önem kazanmakta ve dikkate alınmaktadır.

⁹⁹ BGE 134 III 497 E. 4.4.2; BENEDICK/BOTTINI, s. 4;

¹⁰⁰ AYAN, 2008, s. 112; KAYA, 2018, s.43.

¹⁰¹ Denkleştirme istemine ilişkin olarak kanunda acentenin yanı sıra yalnızca tek yetkili satıcının zikredilmiş olmasının entegrasyon ölçüsü bakımından önemli olabilirse de sadece tek hak-kının tanındığı hukuki ilişkilere uygulanmasının uygun olmadığı yönünde bkz. YUSUFOĞ-LU, s. 175.

¹⁰² ALTINOK ORMANCI, s. 476.

Tek yetkili satıcının sağlayıcının dağıtım ağına dahil olmasının belirli göstergeleri vardır. Kendisinin belirli bir sözleşme bölgesinde çalışması, sözleşme sonrası rekabet yasağı, belirli miktarda stoğu hazır bulundurma yükümlülüğü, müşteri hizmetlerinin sağlayıcı ile birlikte ve belirli bir personel aracılığıyla yürütülmesi, ciro ve satışların raporlanması yükümlülüğünün bulunması, ürünlerin belirli bir marka altında satılması gibi durumlar ekonomik bütünleşmenin göstergeleri olarak gösterilmektedir. Bkz. Ayan, s. 122 ve dn. 76'da yer verilen literatür.

Bununla birlikte söz konusu entegrasyonun hakkaniyet anlamında çok önemli olmadığı, önemli olanın müşteriler yönünden yaratılan avantajlar olduğu ifade edilmiştir. Bkz. MEYER, 2017, s. 21.

Öte yandan, söz konusu entegrasyonda bir sorun bulunmamakla birlikte¹⁰³ burada sınır da aşılmamalıdır¹⁰⁴.

Tek yetkili satıcılık sözleşmesinin yapılması ile birlikte, sözleşmenin bir tarafı olan sağlayıcı, mali açıdan herhangi bir külfet altına girmeden üretmiş olduğu ürünleri pazarlayarak tüketicilerin satışına sunma imkanı yakalarken, sözleşmenin diğer tarafı olan tek yetkili satıcı ise, sağlayıcının bir çalışanı veya temsilcisi olmaksızın bağımsız bir işletmeci gibi¹⁰⁵ faaliyetlerde bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile, tek yetkili satıcının faaliyetlerini sağlayıcı adına veya hesabına yapması veya sağlayıcıyı temsil etmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Dolayısıyla, tek yetkili satıcı, sağlayıcı karşısında hukuken bağımsız bir konumdadır. Bununla birlikte, uygulamaya bakıldığında, tek yetkili satıcıların, piyasaya sağlayıcının markası adı altında girmiş olmaları sebebiyle sağlayıcının temsilcisi ve onun adına satış faaliyetlerine girişmiş bir kişi olarak algılandıkları görülmektedir¹⁰⁶. Ancak, kendi adına ve hesabına çalışan tek yetkili satıcısı sağlayıcının temsilcisi olamayacağı gibi, ondan hem hukuken hem de ekonomik olarak bağımsız bir tacir olarak karşımıza çıkar¹⁰⁷. Öte yandan, bu bağımsızlık, tek yetkili satıcılık sözleşmesine binaen, tek yetkili satıcının yaptığı/yapacağı birtakım faaliyetler ile ilgili olarak kendisine hiç bir şekilde yükümlülük yüklenemeyeceği şeklinde de anlaşılmamalıdır. Sözleşmenin sağlıklı ve devamlılığını sağlayabilme adına tek yetkili satıcının bazı ürünleri satın alması/satması ile ilgili olarak bazı kısıtlamalara da gidilebilecektir¹⁰⁸.

Faaliyetini genellikle bir ticari işletme kapsamında meslek olarak yürüten ve bağımsız bir süje olan tek yetkili satıcı, sağlayıcıya bir hizmet sözleşmesi ile bağlı değildir. Faaliyet düzenini, işletmenin organizasyonu işlemlerini ve çalışma zamanını serbestçe belirleyebilmektedir. Faaliyetini genellikle bir işletme kapsamında icra ettiği için faaliyetine bağlı getirinin sahibi

¹⁰³ MEYER, 1992, s. 312.

¹⁰⁴ MEYER, 2017, s. 21; BGE 134 III s. 497 vd.

¹⁰⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 25; ERDEM, s. 274.

¹⁰⁶ İŞGÜZAR, s. 16; YAVUZ, s. 30; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 396.

¹⁰⁷ ASLAN, s. 271. Nitekim, uygulamada tek yetkili satıcılık sözleşmelerinde genellikle, tek yetkili satıcının acente veya komisyoncudan ayırt edilebilmesini sağlayabilmek adına, yapımcıyı temsil yetkisini haiz olmadığı veya sözleşmeye konu olan ürünleri kendi ad ve hesabına dağıtmış olduğu gibi hususların açık bir şekilde yazılmış olduğu görülmektedir. Bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 48.

¹⁰⁸ TANDOĞAN, 1982, s. 6; DEMİR GÖKYAYLA, s. 46; İŞGÜZAR, s. 15-16; ERDEM, s. 274; ASLAN, s. 271.

veayrıca risk ile tüm giderlerin yükümlüsü olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁹. Tek yetkili satıcının bağımsızlığı iktisadi olmaktan ziyade esasen hukuki-
dir¹¹⁰. Dolayısıyla tek yetkili satıcının ekonomik anlamda bağımlı olabilmesi
ve bu kapsamda bazı talimatlar almış olması, tek yetkili satıcılık sözleşmesi-
nin niteliğinden kaynaklanan birtakım ekonomik ve hukuki gereklilikler
şeklinde tezahür eder ve böyle bir durum, aradaki ilişki bu şekilde devam
ettiği sürece hukuki bağımsızlık unsurunun zedelenmeyeceğini söylemek
mümkündür¹¹¹. Zira, sağlayıcı ürünlerinin bütün satış bölgelerinde aynı şart-
larda ve markası zedelenmeyecek şekilde satılmasını isteyebilir ve bu du-
rumda hukuki yararı vardır. Ancak tek yetkili satıcı, olası ekonomik riskleri
kendisi üstlendiğinden söz konusu talimatlara uyma yükümü adi temsilci
veya acenteye nazaran oldukça sınırlıdır¹¹².

4. Markanın Tanınmışlığı (Markanın Çekim Gücü/Sogwirkung der Marke)

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)'nda markanınaçık bir tanım yapılmamakla birlikte marka olabilecek işaretleri düzenleyen md. 4/1'de, esasen markanın haiz olması gereken özelliklere yer verilerek dolaylı bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre, marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.

Marka, belirli mal ve hizmetleri anonimlikten kurtararak ferdileştirmek-
te ve bu sayede tüketiciler de almak istedikleri mal ve hizmetleri başka te-
şebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilmektedir. Zaman içinde mar-
kanın “tanınmış marka”¹¹³ statüsüne gelmesi ise kuşkusuz gerek markayı ve

¹⁰⁹ POROY/YASAMAN, s. 266; ARKAN, 208; ULAŞ Dilber, **Franchising Sistemi**, Nobel, Ankara, 2013, s. 115.

¹¹⁰ KAYA, 2016, s. 6; ERDEM, s. 199; YUSUFOĞLU, s. 175.

¹¹¹ JACOBS Reto, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, AMSTUTZ Marc vd. (Hrsg.), Schulthess, Zürich, 2007, Art. 184 N 11; HUGUENIN, N 1499; SCHLUEP/AMSTUTZ, Art. 184 N 133; TANDOĞAN, 1982, s. 19; ÜLGEN vd., s. 837.

¹¹² TANDOĞAN, 1982, s. 19.

¹¹³ Tanınmış markaya ilişkin olarak gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde bir tanım yapılmamıştır. Nitekim, tanınmışlık olgusu somut olaya ve zamana göre farklılık gösterebilmektedir. Bununla birlikte WIPO ortak tavsiye metninde birtakım kriterler belirlenmiştir:

bu marka altında pazarlanan mal ve hizmetleri gerek marka hakkı sahibini farklı bir konuma taşımaktadır¹¹⁴. Ayrıca “marka” kavramının satın alma davranışları üzerindeki etkisi de yadsınamayacaktır¹¹⁵.

Tek yetkili satıcının dağıtım ağını genişletmeyi üstlendiği mal ve hizmetlerin markaları da konumuz bağlamında önem kazanmaktadır¹¹⁶. Öncelikle, halihazırda “tanınmış” bir marka altında pazarlanan mal ve hizmetler yönünden tek yetkili satıcının katkısı, hiç tanınmayan veya çok az tanınan bir marka altında pazarlanan mal ve hizmetler için yapılan katkıya nazaran kuşkusuz daha az olacaktır¹¹⁷. Zira, müşterinin ürünün dağıtımını yapan kişiden ziyade markayı önemseyeceği; markanın çekim gücü¹¹⁸ dolayısıyla markaya bağlılığın bu noktada ön plana çıkacağı açıktır¹¹⁹. Dolayısıyla bu durumun, tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin olarak hakkaniyet çerçevesinde yapılacak hesaplamada, bir “indirim” kalemi olarak dikkate alınması gerekebilecektir¹²⁰. Nitekim bu yaklaşım, Alman Eyalet Yüksek

-
- Toplumun ilgili kesiminde markanın bilinme veya tanınma derecesi,
 - Markanın kullanıldığı süre, kapsam ve coğrafi alan,
 - Markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerle ilgili olmak üzere markanın reklam ve tanıtımların ya da fuar veya sergilerde sunumlarını içeren promosyon faaliyetlerinin süresi, kapsamı ve coğrafi alan,
 - Markanın kullanımının ve tanınmışlığının göstergesi niteliğinde olacak şekildeki tescillerinin veya marka tescil başvurularının süresi ve coğrafi alanı,
 - Özellikle yetkili mercilerce markanın tanınmışlığına ilişkin verilen kararlar olmak üzere, marka haklarının başarılı bir şekilde uygulandığını gösterir kayıtlar,
 - Markaya atfedilen değer.

Markanın tanınmışlığına karar verilirken, somut olay çerçevesinde sözü edilen kriterlerin biri veya birkaçı dikkate alınabileceği gibi; farklı kriterler de göz önünde bulundurulabilir. Bu noktada önemli olan markanın tanınmışlığı ve bu tanınmışlığın sürüyor olmasıdır. Öte yandan, bir markanın tanınmış olarak kabul edilebilmesi için Türkiye’nin her yerinde ve herkesçe tanınıyor olması gerekmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. SULUK Cahit/KARASU Rauf/NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 189 vd. Kanaatimizce, tek yetkili satıcının denkleştirme tazminatı yönünden de “tanınmış marka” hususu bu çerçevede ele alınmalıdır.

¹¹⁴ SULUK vd., s. 151 vd.

¹¹⁵ AYAN, 2008, s.115.

¹¹⁶ BGE 134 III 497 E. 4.4.2; MEYER, 1992, s. 309 vd.; SCHLUEP/AMSTUTZ, Art. 184 N 177.

¹¹⁷ BGE 134 III 497 E. 4.4.2; MEYER, 1992, s. 310.

¹¹⁸ ÜLGEN vd., s.884.

¹¹⁹ BGE 134 III 497 E. 4.4.2; MEYER, 1992, s. 308; KUHN, s. 202.

¹²⁰ KAYA, 2016, s. 264; KAYA, Acentelik, s. 377-378; KARASU, s. 302; AKIN, s. 623; AYAN, 2008, s. 201; BADAĞ AYBAR, s.183-184; Aksi yönde bkz. DEMİR, s. 255; AYAN, 2008, s. 200.

Mahkemeleri'nin otomobil sektörüne ilişkin kararlarında yer bulmuştur¹²¹. Bununla birlikte bu durum tek yetkili satıcının denkleştirme isteminde bulunamayacağı veya her durumda bir indirim yapılması gerektiği anlamına gelmez. Zira bir ürün ne kadar tanınmış olursa olsun kendiliğinden satılamayacaktır. Dolayısıyla, markanın tanınmışlığı tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin reddini gerektirecek bir olgu değildir¹²². Nitekim söz konusu marka her ne kadar tanınmış olsa da müşterilerin markaya bağlanması sürekli bir yatırımı gerekli kılmaktadır¹²³. TTK md. 122/1 hükmünün gerekçesinde de ürünün markasının tanınırlığının denkleştirme istemine engel oluşturmadığı; tüm tanınmışlığa rağmen ürünlerin satılmasının dağıtıcının çabasını gerektirdiği belirtilmiştir¹²⁴. Dolayısıyla doğrudan red veya indirim yapılması şeklinde hareket etmek yerine somut olayın koşulları bir bütün olarak değerlendirildikten sonra bir sonuca varılmalıdır.

¹²¹ Kararlar için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 264 dn. 1200. Alman Federal Mahkemesi kararlarında, özellikle motorlu araç dağıtım sektörüne ilişkin kararlarda müşterilerin satın alma kararları bakımından, tek yetkili satıcının reklamlarının, satış sonrası takip ve servis faaliyetlerinin ortak etkisinin bulunduğu; malların kalitesinin müşterilerin satın alma kararları bakımından önemi olabilse de tek yetkili satıcının ortak etkisi olduğu; bu açıdan hakkaniyet çerçevesinde denkleştirme isteminden %10 ila %40 arasında (genellikle %25) bir indirim yapılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 265 dn. 1207.

¹²² MEYER, 1992, s. 309; ALTINOK ORMANCI, s. 466.

¹²³ VETSCH/VON DER CRONE, s. 88.

¹²⁴ TTK md. 122/1 hükmünün gerekçesi şöyledir: “Birinci fıkra, talebe hak kazanabilmenin şartlarını birbirine eklenir (kümülatif) tarzda belirtmektedir. Birinci bent, acentenin sağladığı, yani işletmeye bağladığı “yeni” müşterilerin, denkleştirme talebine hak kazanmanın şartı olduğunu ve bunların acente sözleşmesinin sona ermesinden sonra da işletmeye “önemli” çıkarlar sağlamakta devam etmelerinin de gerektiğini hükme bağlamaktadır. İkinci bentte yer alan (ikinci) şart işletmeye acente tarafından yeni müşteri kazandırılmış olması ve sözleşme devam etseydi acentenin, işletmeye kazandırdığı “yeni” müşteriler dolayısıyla ücret alacak olmasıdır. Sözleşmenin sona ermesi nedeniyle acente bu ücretleri yitirir. Acentelik sözleşmesine göre “yeni” müşteriler sebebiyle ücret sözleşmenin sona ermesine rağmen bir şekilde ödenmişse denkleştirme talebi ileri sürülemez. Burada ödendiği söylenen kök ücret olup, bedelin tahsiline ve garanti edilmesine ilişkin komisyonlar dikkate alınmaz. Üçüncü şart ise, talebin hakkaniyete uygun olmasıdır. Bu şart bir taraftan acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya, diğer taraftan da bir rekabet piyasasında pay alma çalışmaları ile tanımlanır. Acente bu konularda olumsuz not almamış olmalıdır. Ürünün bilinen hatta tanınan bir marka olması acentenin gayretlerinin gözardı edilmesini, “yeni” müşterilerin işletmeye gelmelerinin (yönelmelerinin) markaya bağlanmasını haklı gösteremez ve “hakkaniyet” unsurunda olumsuz sonuca varmanın gerekçesi olamaz. Rekabet piyasası günümüzde zaten markalar piyasasıdır. Güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır. Buluşma sağlanmışsa bunu sadece markaya bağlamak rekabet piyasası kurallarını önemsemek anlamına gelir. Her güçlü ve tanınmış markanın da “yeni” müşteriler edinmesi gayretle olur. Markanın tanıtılması kadar, kendisine yönelme sağlanması ve yönelmenin korunması da gayretle olur. Üçüncü şart, gayretin olduğu her halde (kural olarak) gerçekleşir; olumsuz tutum hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel kabul edilebilir.”

Kanaatimizce markanın durumunun sözleşmeye etkisinin bir diğer cephesi ise; sağlayıcının, markanın sahibi olması durumunda, sözleşmenin sona ermesinin ardından markanın kazandığı değer nedeniyle menfaat elde etmesidir. Tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona ermesinden sonra da sağlayıcı mallarını bu marka ile satmaya devam edecektir. Bu durumda da tek yetkili satıcı lehine bir ödeme yapılması hakkaniyetin gereği olacaktır¹²⁵. Zira bu halde yukarıda sözü edilen durumun tam aksine, tek yetkili satıcı faaliyetleri ile markanın tanınmışlık düzeyini arttırmış olmakta ve sağlayıcı bu durum sebebiyle tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona ermesinden sonra da menfaat elde etmeye devam etmektedir. Ayrıca, müşterilerin tek yetkili satıcının işletmesine değil, markaya yönelmesi söz konusu olmaktadır¹²⁶.

Nitekim tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin açık bir düzenleme bulunmayan ve kıyas yolunun tercih edildiği İsviçre hukuku yönünden öğretide, denkleştirmeye konu olan müşteri portföyünün, tacire (ve onun yarattığı güvene) bağlı müşteri portföyü değil; reel (gerçek- marka etrafında toplanan) müşteri portföyü olduğu ifade edilmiştir¹²⁷.

TTK md. 122/1 hükmünün gerekçesinde ise ürünün markasının tanınırlığının denkleştirme istemine engel oluşturmadığı; tüm tanınmışlığa rağmen ürünlerin satılmasının dağıtıcının çabasını gerektirdiği belirtilmiştir.

5. Müşteri Kaybı Oranı

“Müşteri kaybı oranı”, bir şirketin belirli bir dönem içinde kaybettiği müşteri oranını ifade eder ve bir şirketin belirli bir dönemde kaybettiği müşteri sayısının toplam müşteri sayısına oranını ifade eden bir ölçümdür. Bu oran, genellikle bir aylık, üç aylık veya yıllık bazda hesaplanır.

Müşteri kaybı oranının düşük olması genellikle şirketin/işletmenin müşteri memnuniyetini ve sadakatini iyi yönettiği anlamına gelir. Yüksek bir müşteri kaybı oranı ise potansiyel sorunları veya müşteri memnuniyetsizliğini gösterebilir. Şirketler genellikle müşteri kaybı oranlarını düşürmek ve müşteri sadakatini artırmak için çeşitli stratejiler uygulurlar. Bu bağlamda, müşteri memnuniyetini artırmak, müşteri ilişkilerini güçlendirmek, özel teklifler ve indirimler sunmak gibi önlemlere başvurulabilir.

¹²⁵ Bu yönde bkz. AYAN, 2008, s. 111.

¹²⁶ ALTINOK ORMANCI, s. 476.

¹²⁷ BURNAND, s. 108.

Müşteri kaybı oranı, konumuz bağlamında da öne çıkan bir kavramdır. Zira, özellikle tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin hakkaniyet denetimi uygulanırken bu kalemin de dikkate alınması gerekmektedir. Somut olayda denkleştirme istemi gündeme gelmişse tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona ermesi söz konusudur. Bu noktada, bazı müşterilerin tek yetkili satıcı ile kurulan ticari ilişkilerini sağlayıcı ile devam ettirmemeleri de ihtimal dahilindedir. Bu durum, özellikle rekabetçi pazarlar açısından ortaya çıkabilmektedir¹²⁸. Dolayısıyla, geçmiş deneyimler de dikkate alınarak her yıl belirli oranda müşterinin işletmeden koparak diğer işletmelere yöneleceği kabul edilmektedir¹²⁹.

Söz konusu orana ilişkin belirleme yapılırken, geçmiş yılların verilerine göre hareket edilerek müşteri değişim oranları hesaplanacaktır. Bu noktada ise tek yetkili satıcının oluşturduğu müşteri çevresinden elde ettiği ciroların karşılaştırılması söz konusu olacak; yıllık cirolar karşılaştırılarak bu oran hesaplanacaktır¹³⁰. Esasen bu oran, tek yetkili satıcının denkleştirme istemi yönünden yine bir indirim kalemi olarak ortaya çıkacaktır. Zira, bu istemin özünü tek yetkili satıcının kendi emeğiyle oluşturduğu müşteri çevresini devretme borcu oluşturduğundan kuşkusuz müşteri kaybı oranı burada dikkate alınmak zorundadır. Bununla birlikte, dikkat edilirse burada esas olan müşteri sayısı değil; ciro tutarlarıdır¹³¹. Bu noktada, Alman yargı kararlarında %20'lik bir kayıp oranının otomatik olarak uygulandığı ifade edilmiştir¹³².

Öte yandan, sağlayıcı, sözleşmenin sona ermesiyle yaşayacağı müşteri kaybının belirlenen oranların çok daha üzerinde olduğunu somut deliller ile ortaya koyabilirse söz konusu oranın artması da gündeme gelebilecektir¹³³. Örneğin, tek yetkili satıcının müşteri çevresini sözleşme sonrası için kendi işletmesine yöneltmesi veya sözleşmenin hemen sonrasında bu gibi faaliyet-

¹²⁸ KAYA, 2018, s. 23.

¹²⁹ AYAN, 2008, s. 178; DEMİR GÖKYAYLA, s. 269, 270; BADAĞ AYBAR Zehra, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 24, 2013/2, s. 188, 189.

¹³⁰ Acente için bu yönde bkz. AYAN, 2008, s. 187.

¹³¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 270.

¹³² KAYA, 2018, s. 23. Yazara göre, acentenin önceki yıllarda elde ettiği cirolar artış eğiliminde ise müşteri kaybı faraziyesi ile indirim yapılması gerekmeyecektir. Kanaatimizce aynı sonuç tek yetkili satıcı içinde geçerlidir.

¹³³ DOĞANAY Muhammed Zahid, “Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacığının Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 3, 2021, s. 2281, dn. 41.

lerde bulunması, sağlayıcı lehine müşteri kaybı yüzdesinde değişikliğe sebep olabilir.

6. Rekabet Yasağının (Konkurrenzverbotsklausel) İhlali

Sözleşme serbestisi kapsamında, tek yetkili satıcılık sözleşmesi çerçevesinde tek yetkili satıcının rekabet teşkil eden davranışları göstermesine engel olmak amacıyla tarafların anlaşması mümkündür. Bu yönde bir düzenleme, tek yetkili satıcılık sözleşmesinde yer alabileceği gibi, ayrı bir sözleşme yapılması şeklinde de gerçekleşebilir.

Bir rekabet yasağının varlığı halindet tek yetkili satıcı, sağlayıcının markasını taşıyan sözleşme konusu mallarla piyasada rakip konumunda bulunan başka firmalara ait malları, sağlayıcının izni olmadan satamayacak, bu yönde bir davranıştan kaçınma yükümü altında olacaktır¹³⁴. Bu yönde bir yasak ile tek yetkili satıcının asıl yükümlülüklerini yerine getirirken başka işlemlerle kaynaklarının tüketilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Zira, rekabet etmeme yükümlülüğü asli yükümlülüklerin yerine getirilmesine hizmet eden bir yan yükümlülüktür. Tek yetkili satıcının rekabet etmeme yükümünü ihlal etmesi halinde ise kuşkusuz sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin sonuçlar doğacaktır¹³⁵.

Diğer taraftan, tek yetkili satıcılık sözleşmesinin olmazsa olmaz unsuru olan tekel hakkı sebebiyle tek yetkili satıcının, kararlaştırılmamış olsa bile rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, taraflarca kararlaştırılmamış olsadahi tek yetkili satıcının rekabet etmeme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasıyla meselenin doğası gereği kendiliğinden doğmaktadır¹³⁶.

Netice itibarıyla, özel bir rekabet yasağı anlaşması veya kaydı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, rekabet yasağının ihlalinin de bir indirim kalemi olarak dikkate alınması gerekecektir. Bununla birlikte sözleşme sağlayıcı tarafından söz konusu ihlal nedeniyle feshedilmişse; bu durumda sözleşme tek yetkili satıcının kusuru nedeniyle sağlayıcı tarafından haklı sebep-

¹³⁴ TANDOĞAN, 1982, s. 21; YEŞİLTEPE, s. 65.

¹³⁵ Bkz. TBK md. 112 vd.

¹³⁶ İŞGÜZAR, s. 83; YEŞİLTEPE, 2003, s. 66; KAYA, 2016, s. 47; KAYA, Acentelik, s. 399 vd.; CAN Ozan, **Rekabet Yasağı Anlaşması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 41; ŞENOL Nilay, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 101.

lerle feshedilmiş olacağından esasen denkleştirme isteminin ileri sürülmesi mümkün değildir (TTK md. 122/3)¹³⁷.

7. Faiz İndirimi

Tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin hesaplanması dikkate alınması gereken bir diğer kalem, faiz indirimi konusudur¹³⁸. Zira tek yetkili satıcı da acente gibi, denkleştirme isteminde bulunarak yıllar içinde kazanaacağı tutarlarıpeşin olarak talep etmektedir¹³⁹. Söz konusu faiz oranına ilişkin ise belirli bir oran yoktur. Hâkimin somut olay özelinde belirli bir faiz indirimi yapabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁰.

IV. DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN HESAPLANMASINDA PROVİZYON ESASININ UYGULANMASI

Acentelik sözleşmesinden kaynaklanandenkleştirme isteminin hesaplanmasında acentenin “provizyon kaybı” esas alınmaktadır¹⁴¹. TTK md. 122/5 uyarınca, acentelik sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin tek yetkili satıcı yönünden de uygulanacağı açıkça öngörüldüğünden tek yetkili satıcının da denkleştirme istemi gündeme gelecek ve bu noktada da provizyon esası gözetilecektir¹⁴².

Acentenin denkleştirme istemine ilişkin olarak hesaplamada provizyon kaybindan hareket edilmesi söz konusudur. Durumun tek yetkili satıcılık sözleşmesine yansımaları ise şöyledir; tek yetkili satıcının denkleştirme isteminde acentelere ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulacağından tek yetkili satıcının kaybının hesaplanmasında söz konusu dağıtım ilişkisi acentelik sözleşmesi şeklinde olsaydı sağlayıcının ödemesi gereken provizyon tutarı esas alınacaktır¹⁴³.

¹³⁷ Bu yönde bkz. DOĞANAY, s. 2281, dn. 42.

Bununla birlikte doktrinde, acente rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranmasına rağmen sözleşmenin müvekkil tarafından haklı nedenle feshedilmediği durumlarda söz konusu ihlâlin indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. Bkz. KAYA, 2016, s. 264; KARASU, s. 301; KAYA, Acentelik, s. 378.

¹³⁸ KAYA, 2016, s.266; KAYIHAN, s.192.

¹³⁹ KAYA, 2018, s. 24.

¹⁴⁰ AYAN, 2008, s. 189. Yazar aynı eserinde burada ticari faizin uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. AYAN, 2008, s. 198.

¹⁴¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 272.

¹⁴² Bu noktada, dağıtım acentelik sistemi ile yürütülmüş olsaydı üreticinin müvekkil olarak ödeyecek olduğu provizyonun esas alınacağı yönünde bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 272, dn. 1239.

¹⁴³ DEMİR GÖKYAYLA, s. 272.

Öte yandan, tek yetkili satıcı acenteye nazaran farklı bir sistem ile çalıştığından olağan akış gereği farklı birtakım edimler ifa eder ve bu edimlerin karşılığını ise ayrıca (örneğin belirli indirimler şeklinde) almaktadır.

Tek yetkili satıcılık sözleşmesine bağlı esaslı yükümlerden birisi olarak karşımıza çıkan tek yetkili satıcının sözleşme konusu malların sürümünü artırmak için faaliyette bulunması zorunluluğunun bir sonucu olarak, tek yetkili satıcı ürünü satmak ve kâr elde etmek için tanıtım, reklam ve pazarlama teknikleri çerçevesinde birtakım faaliyetlerde bulunur. Bu noktada, tek yetkili satıcıdan gerek mali olarak gerekse sarfedilecek emek yönünden ürünün reklamı, tanıtımı ve pazarlanması için sıradan bir satıcının gösterdiği faaliyetten daha fazlasını göstermesi beklenmektedir¹⁴⁴. Ayrıca, tek yetkili satıcı, tek yetkili satıcılık sözleşmesi ile kendisine yüklenmiş olan satış ve sürümü artırıcı faaliyetlerde bulunma yükümlüğünü yerine getirirken bu borcunu özenle yerine getirmeli ve aynı zamanda basiretli bir tacir gibi de hareket etmelidir.¹⁴⁵

Belirtmek gerekir ki; bir acentenin yüklenmediği ancak tek yetkili satıcının yüklendiği; dağıtım riski, fiyat dalgalanma riski, stok riski, kredi riski için yapılan ödemeler veya bunlar dışında kalan birtakım özel ödemeler tek yetkili satıcıya indirim olarak yansıtılmakta; ancak bu indirim doğrudan hesaplama dikkate alınmayıp acentenin provizyon düzeyine indirilerek dikkate alınmaktadır¹⁴⁶. Esasen bu yolla, tek yetkili satıcının alım ve satım fiyatı arasındaki farkın, provizyondan yüksek olması nedeniyle çok yüksek denkleştirme istemine hükmedilmesinin engellenmiş olacağı ifade edilmiştir¹⁴⁷. Nitekim burada, sözü edilen indirimlerin yapılmasının tek yetkili satıcılık sözleşmesine başvurulmasını azaltacağı, bu durumun piyasa ve rekabet düzeyine olumsuz etkileri olacağı; ancak, denkleştirme isteminin temelinde hakkaniyetin varlığının aranması sebebiyle tek yetkili satıcı yönünden de provizyon esasının uygulanmasının yerinde olduğu belirtilmiştir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ ÜLGEN vd., s. 833.

¹⁴⁵ İNAN, s. 59; İŞGÜZAR, s. 19.

¹⁴⁶ Tek yetkili satıcının geliri, acente komisyonunun aksine sadece müşteri kazanılmasını değil; aynı zamanda satış, depolama, fiyat dalgalanmaları ve kredi riskini de kapsamaktadır. Ancak bu riskler, İsvBK. md. 418uuyarınca “müşteri çevresinin genişletilmesi” ile ilgili değildir. Bu nedenle tek yetkili satıcının müşteri tazminatı hesaplanırken bu kalemler dikkate alınmaz. Bkz. FOUNTOULAKIS, s. 226; MEYER, 1992, s. 317, 321 vd.; BENEDICK/BOTTINI, Rz 36.

¹⁴⁷ DEMİR GÖKYAYLA, s. 273 dn. 1241.

¹⁴⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 275; Nitekim ARKAN benzer yaklaşımla, tek satıcıya sağlanan fiyat indirimi ile acentenin provizyonu arasında ilişki kurularak bir belirleme yapılmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. Bkz. ARKAN, s. 244.

Diğer taraftan, bir diğer görüşe göre ise, tek yetkili satıcılık sözleşmesinde acenteye nazaran, denkleştirme isteminin hesaplanmasında özellik arz eden husus provizyon olduğundan acentenin aksine, tek yetkili satıcının geliri provizyon değil, sağlayıcıdan aldığı malın alış fiyatı ile satış fiyatı arasındaki farktan oluşmaktadır. Bu fark ise brüt gelirdir. Dolayısıyla öğretide, tek yetkili satıcının fiyat farkından oluşan söz konusu brüt gelirinden satış, depo, çalışan masrafları, kredi riski gibi faktörler düşülerek net kazancın bulunması ve bunun baz alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁹. Tek yetkili satıcının, netkarı hesaplandıktan sonra ise TTK md. 122/2 hükmü uyarınca hesaplama için tek satıcının kazancı, acentenin provizyon düzeyine indirilerek bir değerlendirme yapılacaktır¹⁵⁰.

Öte yandan, tek yetkili satıcıya hizmetleri karşılığında halihazırda ortalamasının üzerinde bir ödeme yapılmış olması durumunda da denkleştirme ödenmesi adil olmayabilir¹⁵¹.

V. DENKLEŞTİRME İSTEMİNİN ÜST SINIRI VE DİĞER HUSUSLAR

Tek yetkili satıcının, denkleştirme istemine ilişkin olarak bir üst sınır söz konusudur. TTK md. 122/2 uyarınca;

“Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.”

Bu bağlamda, öncelikle tek yetkili satıcının denkleştirme istemi yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde tam olarak hesaplanmalı, bu miktarın kanunda öngörülen üst sınırı aşan kısmı ham tutardan indirilerek nihai miktar belirlenmelidir¹⁵².

Öte yandan, tek yetkili satıcının denkleştirme istemi söz konusu sınırı naltındakalmış olabilir. Bu halde, tespit edilen bu miktar nihaî olarak kendisine ödenmelidir. Bu açıdan, özellikle uygulamamızda sıklıkla başvurulduğu

¹⁴⁹ DEMİR, s. 416; ERDEM, s. 112.

¹⁵⁰ KENDİGELEN, Abuzer, Hukuki Mütalaalar, C. XIV: 2014 - 2016, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 367; Acenteler için bu yönde bkz. KAYA, Acentelik, s. 377.

¹⁵¹ BENEDICK/BOTTINI, Rz. 29 s.5.

¹⁵² KAYA, Acentelik, s. 384 vd.

üzere, söz konusu üst sınırı belirledikten sonra çeşitli indirimler yaparak değil; tüm diğer ölçütler dikkate alınarak bir ham karşılık belirlendikten ve hakkaniyet denetimi yapıldıktan sonra elde edilen miktara kanuni üst sınırın uygulanması yoluyla sonuca ulaşılmalıdır. Aksi halde adil olmayan sonuçlara varılması kuvvetle muhtemeldir.

Tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin olarak İsviçre öğretisinde, sözleşmenin sağladığı tekel hakkının bir indirim kalemi olarak düşünülebileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, tek satıcının müşteri çevresini korumaya yönelik masrafları, özellikle tekel hakkı dolayısıyla müşteri kitlesinden elde edeceği kazanca oranla daha azdır. Söz konusu görüşün haklı yönleri bulunmakla birlikte, tekel hakkını haiz olmanın tek yetkili satıcının denkleştirme istemini ortadan kaldırdığı gibi bir sonuca da varılamaz. Nitekim, TTK md. 122/5, acente dışındaki dağıtıcıların denkleştirme isteminde bulunabilmelerini tekel hakkının varlığına bağlamıştır. Dolayısıyla hukukumuzda acente dışındaki dağıtıcılar açısından istemin şartlarından biri dağıtıcı lehine tekel hakkı tanınmış olmasıdır¹⁵³. Bununla birlikte, somut olay özelinde tekel hakkının getirdiği avantajlar (özellikle sektörden kaynaklı birtakım farklılıklar doğmakta ise) istemin hesaplanmasında kanaatimizce de dikkate alınabilir.

¹⁵³ Konuya ilişkin eleştiriler için bkz. YUSUFOĞLU, s. 177 vd. Yazar, acente dışındaki dağıtıcıların denkleştirme isteminde bulunabilmelerinin tekel hakkının varlığına bağlanmasının hükümün amacına ve kanunun ruhuna aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Acentenin veya tek satıcının ya da benzeri diğer “tekel hakkı veren” sürekli sözleşme ilişkilerinin sonunda denkleştirme tazminatı istenebilmesi, tekel hakkının varlığına bağlı olmadığı ve bağlanmaması gerektiği; bir an için tekel hakkının varlığının, denkleştirme isteminin ileri sürülebilmesi için gerekli olduğu kabul edilse dahi, TTK md. 122/5 hükmünün lafzının, tekel hakkının açıkça verilmediği/kararlaştırılmadığı sürekli sözleşme ilişkilerinde de denkleştirme isteminin ileri sürülmesine imkân tanıdığı yönünde bkz. AKAY Hasan Onur, “Türk Ticaret Kanunu m. 122/5 Çerçevesinde Sürekli Sözleşme İlişkilerinden Kaynaklı Denkleştirme İstemi Bakımından Tekel Hakkı Şartı: Farklı Bir Yorum Mümkün mü?”, **Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgin’in Anısına Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 5 vd. pp.1-17.

Esasen konumuzu oluşturan tek yetkili satıcı açısından “tekel hakkı” olmazsa olmaz unsurlardan biri olduğundan bu konuda bir tartışma yoktur. Bununla birlikte acente ve tek yetkili satıcı dışında kalan dağıtıcılar açısından söz konusu hakkın tekel hakkının varlığına bağlandığı yorumu kanaatimizce de her zaman adil olmayabilir. Bu noktada her bir somut olay özelinde konunun incelenmesi yerinde olabilecektir. Aksi yönde bkz. KAYA, 2016, s. 254 dn. 247; KAYA, Acentelik, s. 353 vd.; AYAN Özge, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, 2010, s. 108.

Nitekim, söz konusu dağıtıcı (örneğin; yetkili satıcı) fiilen tekel konumunda olabilir. Fakat sözleşme ile kendisine doğrudan tekel hakkı tanınmadığı gerekçesiyle denkleştirme isteminde bulunamayacak olması her durumda adil olmayabilecek ve bu durum kanunun lafzı ile çatışacaktır. Bu yönde bkz. YUSUFOĞLU, s. 177.

Özellikle birleşme-devralma durumlarında devralınan ortaklığın veya işletmenin mevcut dağıtım ağında acentelik, tek yetkili satıcılık gibi sözleşmesel ilişkileri bulunuyorsa ve devralan yola kendi dağıtım ağı ve ilişkileri ile devam etme niyetinde ise bu durum devralınan ortaklık veya işletmenin söz konusu sözleşmeleri sonlandırması anlamına geleceğinden denkleştirme ödemelerinin yapılması gerekecektir. Dolayısıyla birleşme-devralmaya ilişkin inceleme ve görüşmelerde (due diligence) bu durumun da dikkate alınması gerekecektir¹⁵⁴.

TTK md. 122/4 uyarınca;

“Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez.”

Dolayısıyla tek yetkili satıcının denkleştirme talebi yönünden incelenmesi gereken bir diğer konu da kendisinin bu hakkından önceden vazgeçmiş olmasıdır¹⁵⁵. İlgili hüküm uyarınca, tek yetkili satıcılık sözleşmesinde bu yönde bir hükme yer verilemeyecektir. Yine sözleşme öncesinde gizli bir anlaşma ile tek yetkili satıcılık sözleşmesinin kurulmasının denkleştirme talebinden vazgeçilmesi şartına bağlanması da hükmün dolanılması niteliğindedir¹⁵⁶. Bununla birlikte, sözleşme süresince veya sözleşmenin sona erdikten ve denkleştirme talep hakkı doğduktan sonra¹⁵⁷ bu haktan vazgeçilmesi mümkündür¹⁵⁸. Denkleştirme talebini ortadan kaldıran, önemli ölçüde sınırlayan veya talebe ilişkin hükümleri acente aleyhine değiştiren kısıtlamalar da vazgeçme kapsamında değerlendirilecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁴ HÖHN Jakob, *Einführung in die Rechtliche Due Diligence*, Schulthess, Zürich, 2003, s. 94.

¹⁵⁵ JACOBS, Art. 184N 33. Yazara göre, sözleşme ile denkleştirme isteminden önceden vazgeçilmiş ise söz konusu tek yetkili satıcılık sözleşmesine İsvBK. md. 418u hükmünün hiçbir şekilde kıyasen uygulanması mümkün değildir.

¹⁵⁶ Bkz. TTK md. 122/4 madde gerekçesi.

¹⁵⁷ Acentelik sözleşmesi açısından bkz. BGE 85 II 118.

¹⁵⁸ Bkz. TTK md. 122/4 madde gerekçesi. Bununla birlikte, yine gerekçeye göre, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılacak feragat, hile düzeyinde olmamalı ve kanunu dolanma niteliği taşınamalıdır. Dolayısıyla, ilgili kararın acentenin özgür iradesi ile mi alındığı yoksa çeşitli tehdit ve dayatmalar ile mi vazgeçtiği konusu araştırılmalıdır. Bkz. YILDIZ, s. 540. Bununla birlikte, sözleşme süresince denkleştirme talebinden vazgeçilemeyeceği, bunun ancak sözleşme sona erdikten sonra mümkün olabileceği yönünde bkz. WETTENSCHWILER, Art. 418u N 16; BENEDICK/BOTTINI, s. 5; WILLE Hans/SOMARY Tobias, *Handbuch des Vertriebsrechts*, MARTINEK §71, Rz. 78; KAYA, 2018, s. 41.

¹⁵⁹ KAYA, 2016, s. 270-271; KAYA, 2018, s. 41; ÜLGİN/ HELVACI/ KAYA/ NÖMER ERTAN, s. 887; KAYA, Acentelik, s. 398; AYAN, 2008, s. 218 vd.; KARASU, s. 308 vd.; KAYIHAN, s. 197; BADAĞ AYBAR, s. 194.

Öte yandan, hukuk seçimi, hukuk sistemi ve yer itibarıyla yetkili mahkeme belirlenmesi veya tahkim kaydı yoluyla da denkleştirme istemi bertaraf edilemez; zira hüküm emredici niteliktedir¹⁶⁰.

Nihayet, tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin ileri sürülebilmesi bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir (TTK md. 122/4)¹⁶¹. Dolayısıyla davanın bu süre içinde açılması gerekecektir. Sürenin başlangıcı ise tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona erme tarihidir. Bununla birlikte sözleşmeden doğan diğer talepler kendi zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır.

SONUÇ

Tek yetkili satıcılık sözleşmesinde, denkleştirme istemi sözleşmenin sona ermesiyle söz konusu olur ve bizzat tek yetkili satıcı tarafından yaratılan ve sağlayıcıya devredilen müşteri çevresi avantajlarından artık kendisinin yararlanamayacak olması nedeniyle ödenen ek bir karşılıktır. Diğer ifade ile, tek yetkili satıcının sözleşme süresince yürüttüğü pazarlama faaliyetleri sonucunda yarattığı müşteri çevresinden sağlayıcının sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanmaya devam etmesi nedeniyle ortaya çıkan ticari değer denkleştirilmesi söz konusu olmaktadır.

TTK md. 122’de öngörülen şartların mevcudiyeti halinde, tek yetkili satıcı için denkleştirme talebi gündeme gelecektir. Ayrıca, denkleştirme isteminin söz konusu olabilmesi açısından yine ilgili düzenleme gereği, taraflar

¹⁶⁰ KAYA, 2016, s. 270 vd.; AYOĞLU Tolga, “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 151-152, 2017, s. 9 vd. Yazara göre, TTK md. 122/4 hükmü, MÖHUK md. 6 anlamında “doğrudan uygulanan kural” niteliğindedir.

¹⁶¹ KAYA, Acentelik, s. 380. İlgili düzenlemede sürenin hukuki niteliğine dair bir açıklık olmamakla birlikte Yargıtay uygulaması bu yönde gelişmiştir. Öte yandan, acente tarafından denkleştirme talep edildiğinin müvekkile bir yıl içinde ihbar edilmesi kaydıyla sözleşmenin sona ermesinden itibaren beş yıl içinde söz konusu davanın açılabilmesi yönünde bkz. KAYA, 2018, s. 31. Yazara göre bu sonuç acenteyi koruyan hükümlerle de uyumlu olacaktır. Nitekim Alman hukukunda da bu yönde hareket edilmektedir. Yine yazara göre, söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak ikame edilmesi gerektiğinden bir yıllık sürenin dava açma ve belirsiz alacak davasında ıslah için hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi yerine ihbar süresi sayılması ve dava zamanaşımı süresinin TBK hükümlerine göre belirlenmesi daha etkin bir çözüm olacaktır. Bkz. KAYA, 2018, s. 38. Bununla birlikte Yargıtay söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak ikame edilemeyeceği içtihadını geliştirmiştir. Süreye ilişkin tercihin doğru olmadığı, sözleşmeden doğan diğer talepler için öngörülen zamanaşımı süreleri ile uyumadığı ve esasen sistemi bozduğu yönünde bkz. AYAN, 2010, s. 108. Aynı yönde DEMİR GÖKYAYLA, s. 283.

arasında acentelik veya tek yetkili satıcılık ile benzeri diğer tekelhakkı veren sürekli bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Bu noktada denkleştirme isteminde bulunan taraf, taraflar arasında bu nitelikte bir sözleşmenin varlığını ve şartların oluştuğunu ispat etme yükümü altındadır.

Denkleştirme istemine ilişkin koşullar incelendiğinde, öncelikle tek yetkili satıcının sürümü arttırma faaliyetleri çerçevesinde müşteri portföyünü genişletmiş olması gerekmektedir. Özellikle İsviçre öğretisinde, söz konusu artışın “hissedilir” düzeyde olması gerektiği; bu bağlamda % 15’lik bir artışın “hissedilir bir artış” olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu noktada durum somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Bu yönde bir oran her bir somut olayda gerçekçi veya adil olmayabilir. Nitekim bu noktada bir asgari sayıdan da söz edilemeyecektir. Tek müşterinin kazandırıldığı durumlarda dahi süreklilik ve sağlayıcıya önemli menfaatler sağlanması koşulları yönünden bir eksiklik yoksa denkleştirme istemi gündeme gelebilecektir. Ayrıca yeni müşteri kazandırılması ile tek yetkili satıcının faaliyetleri arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Sağlayıcıya yeni müşteriler kazandırıldığının ispat yükü tek yetkili satıcıdadır.

Denkleştirme talebinde bulunulabilmesi bakımından, tek yetkili satıcının yeni müşteri(ler) kazandırması olgusunun yanı sıra söz konusu müşteriler sebebiyle sağlayıcının tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyor olması gerekmektedir. Diğer taraftan “önemli menfaat” kavramı ile ne kastedildiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Özellikle yargı kararlarında önemli menfaatten kastın tahsil edilen tutarlar veya elde edilecek gelirler olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada, sağlayıcının bağlı/kardeş şirketlerinin elde ettikleri menfaatler yapılan hesaplamalarda dikkate alınmayacaktır.

Sözleşmenin acenteye yüklenemeyecek bir sebepten ötürü sona ermiş olması koşulu, tek yetkili satıcının denkleştirme talebi yönünden de aranacaktır. Bu bağlamda, sağlayıcının, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, tek yetkili satıcı sözleşmeyi feshetmişse veya tek yetkili satıcının kusuru sebebiyle sözleşme sağlayıcı tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, tek yetkili satıcı denkleştirme isteminde bulunamayacaktır. Bununla birlikte, sözleşmenin sona ermesinde birlikte (müterafık) kusur söz konusu ise bu durum da dikkate alınmalı; bu hallerde doğrudan tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin doğrudan reddedilmesi yerine istemin miktarında indirimler yapılması yoluna gidilmesi somut olay çerçevesinde daha adil olabilecektir. Bununla birlikte, müterafık kusur uygulaması, mahkemelerin taraflar

arasındaki güç dengesini dikkate alarak adil bir sonuca ulaşmasını mümkün kılarsa da hangi davranışların bu kapsamda değerlendirileceği hususunda doktrinde ve yargı kararlarında yeterince açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bu alandaki belirsizlik giderilmeden, denkleştirme miktarına dair hakkaniyetli bir değerlendirme yapılması zordur. Öte yandan, TTK md. 122/3'ün lafzı gereği, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği durumlarda ise denkleştirme talep edilebilecektir.

Tek yetkili satıcının denkleştirme isteminde bulunabilmesi için sözleşmenin sona ermesi nedeniyle bir “kayba” uğraması gerekir. Bu noktada esasen geleceğe yönelik tahminler yapılmaktadır. Denkleştirme istemi hesaplanırken sözleşmenin sona ermesinden sonra yeni müşterilerin kazanılması ihtimali bir önem arz etmez; sadece mevcut ve kazanılmış müşterilerle yapılabilecek işlemlerin yapılamaması nedeniyle uğranılan kayıptan söz edilir.

Denkleştirme isteminin olumlu karşılanması hakkaniyete de aykırı olmamalıdır. Bu noktada, hakkaniyet denetiminin yapılması ve somut olaya ilişkin pek çok durumun dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim, denkleştirme istemine ilişkin olarak başlıca sorunun denkleştirme bedelinin hesaplanması olduğu ifade edilmiştir.

Denkleştirme istemine ilişkin olarak, tek yetkili satıcının varsayımsal kaybının tespitinden sonra hakkaniyete uygunluk açısından bir denetim yapılmalıdır. Hakkaniyete uygunluk ise esasen somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Öte yandan, hakkaniyete uygunluk koşulu bağımsız bir koşuldur; denkleştirme tutarını arttıran veya azaltan haller hakkaniyete uygunluk koşulundan bağımsızdır ve onu etkilemez. Bir başka deyişle, hesaplanan tutar ne olursa olsun ödenmesi hakkaniyet gereği değilse bir denkleştirme bedeli ödenmesine hükmedilemez. Son aşamada ise, hakkaniyet kriteri ekseninde hesaplanan tutar Kanunda öngörülen üst sınıra tabi tutulur ve denkleştirme miktarı belirlenmiş olur. Hakkaniyet unsurunun gerçekleştiği noktasında davacının bir ispat yükümü yoktur; aksini ispat yükü davalıdadır.

İstemın hesaplanmasında somut olayın koşulları da tüm bu aşamaların bir parçası olup hakime bu noktada bir takdir yetkisi tanındığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Öte yandan, denkleştirme bedelinin belirlenmesinde dikkate alınan “hakkaniyet” ilkesi, uygulamada önemli belirsizliklere yol açmaktadır. Kanaatimizce, hakkaniyet denetiminin hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınması, aynı nitelikteki uyuşmazlıklarda farklı sonuçlara varılmasına sebep olmakta ve taraflar açısından adalete güveni zedelemek-

tedir. Bu nedenle, hâkimin takdir yetkisinin sınırları, nesnel ölçütlerle belirlenmeli; örneğin sektörel örnekler, dağıtıcının pazara etkisi ve yatırım düzeyi gibi somut kriterler dikkate alınmalıdır. Zira, kanunda söz konusu takdir yetkisinin sınırları belirgin olarak çizilmediğinden, uygulamada farklı mahkemeler arasında hesaplamada yeknesaklık sağlanamamaktadır. Bu durum taraflar bakımından öngörülebilirliği azaltmakta, ticari sözleşmelerde risk analizi yapmayı zorlaştırmaktadır.

Tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin hakkaniyete uygun olması için sözleşmeyle müşteri çevresini sözleşmenin sonunda sağlayıcıya devretmeyi üstlenmesi ve böylece sağlayıcının bu müşteri çevresinden hemen ve kolaylıkla yararlanabilmesi gerekir. Aksi halde kendisine denkleştirme ödenmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Nitekim bu durum denkleştirme isteminin ratio legis'i ile de bağdaşmayacaktır.

Denkleştirme talebine ilişkin olarak, tek yetkili satıcının sağlayıcının satım ve dağıtım ağına entegre olması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece, tek yetkili satıcı ve sağlayıcı satılan mal ve hizmetin hedef kitlesi bakımından bütünleşmekte; sağlayıcı, sözleşmenin sona ermesinden sonra da tek yetkili satıcının oluşturduğu müşteri çevresinden yararlanmaya devam etmektedir.

Halihazırda “tanınmış” bir marka altında pazarlanan mal ve hizmetler yönünden tek yetkili satıcının katkısı, hiç tanınmayan veya çok az tanınan bir marka altında pazarlanan mal ve hizmetler için yapılan katkıya nazaran kuşkusuz daha az olacaktır. Zira, müşterinin ürünün dağıtımını yapan kişiden ziyade markayı önemseyeceği; markanın çekim gücü dolayısıyla markaya bağlılığın bu noktada ön plana çıkacağı açıktır. Dolayısıyla bu durumun, tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin olarak hakkaniyet çerçevesinde yapılacak hesaplamada, bir “indirim” kalemi olarak dikkate alınması gerekebilecektir. Özellikle global ölçekte tanınan markalar açısından, tek satıcının müşteri bağlılığı yaratma kapasitesinin düşük olması kaçınılmazdır. Bu durumda denkleştirme bedeli belirlenirken, katkının niteliği değil yalnızca niceliği değerlendirilirse yine hakkaniyet ilkesi zedelenebilecektir. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda denkleştirme talebinin tümünden reddi değil, katkının içeriğine göre kademeli bir indirim mekanizması oluşturulmalıdır. Bununla birlikte fikrimizce bu durum tek yetkili satıcının denkleştirme isteminde bulunamayacağı veya her durumda bir indirim yapılması gerektiği anlamına da gelmemektedir. Zira bir ürün ne kadar tanınmış olursa olsun kendiliğinden satılamayacaktır. Dolayısıyla, markanın tanınmışlığı tek yetkili satıcının denkleştirme isteminin reddini gerektirecek bir olgu değil-

dir. Ayrıca belirtmek gerekir ki somut olayda ilgili markanın tanınmış marka statüsüne ilişkin olarak Fikri Mülkiyet Hukuku kuralları çerçevesinde belirlenen kriterler esas alınmalıdır.

Markanın durumunun sözleşmeye etkisinin bir diğer cephesi ise; sağlayıcının, markanın sahibi olması durumunda, sözleşmenin sona ermesinin ardından markanın kazandığı değer nedeniyle menfaat elde etmesidir. Tek yetkili satıcılık sözleşmesinin sona ermesinden sonra da sağlayıcı mallarını bu marka ile satmaya devam edecektir. Bu durumda da tek yetkili satıcı lehine bir ödeme yapılması hakkaniyetin gereği olacaktır.

Müşteri kaybı oranı da denkleştirme istemi yönünden öne çıkan bir kavramdır. Zira, özellikle tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin hakkaniyet denetimi uygulanırken bu kalemin de dikkate alınması gerekmektedir. Bazı müşterilerin tek yetkili satıcı ile kurulan ticari ilişkilerini sağlayıcı ile devam ettirmemeleri de ihtimal dahilindedir. Tek yetkili satıcının oluşturduğu müşteri çevresinden elde ettiği ciroların karşılaştırılması söz konusu olacak; yıllık cirolar karşılaştırılarak bu oran hesaplanacaktır. Esasen bu oran, tek yetkili satıcının denkleştirme istemi yönünden yine bir indirim kalemi olarak ortaya çıkacaktır.

Taraflar arasında özel bir rekabet yasağı anlaşması veya kaydı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, rekabet yasağının ihlalinin de bir indirim kalemi olarak dikkate alınması gerekecektir. Zira, tek yetkili satıcılık sözleşmesinin olmazsa olmaz unsuru olan tekel hakkı sebebiyle tek yetkili satıcının, kararlaştırılmamış olsa bile rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte sözleşme sağlayıcı tarafından söz konusu ihlal nedeniyle feshedilmişse; bu durumda sözleşme tek yetkili satıcının kusuru nedeniyle sağlayıcı tarafından haklı sebeplerle feshedilmiş olacağından esasen denkleştirme isteminin ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak burada da varsa birlikte (müterafik) kusur hususu dikkate alınmalıdır.

TTK md. 122/2 uyarınca, tek yetkili satıcının, denkleştirme istemine ilişkin olarak bir üst sınır söz konusudur. Bu bağlamda, öncelikle tek yetkili satıcının denkleştirme istemi yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde tam olarak hesaplanmalı, bu miktarın kanunda öngörülen üst sınırı aşan kısmı ham tutardan indirilerek nihai miktar belirlenmelidir. Bununla birlikte, TTK md. 122/2 hükmünün gerekçesinde acente için daha yüksek oranda bir miktar talep edilebilmesini mümkün kılan hesaplama yöntemlerinin kabul

edilebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu sonuç tek yetkili satıcı için de geçerlidir.

Birleşme-devralma durumlarında devralınan ortaklığın veya işletmenin mevcut dağıtım ağında acentelik, tek yetkili satıcılık gibi sözleşmesel ilişkileri bulunuyorsa ve devralan yola kendi dağıtım ağı ve ilişkileri ile devam etme niyetinde ise, bu durum devralınan ortaklık veya işletmenin söz konusu sözleşmeleri sonlandırması anlamına geleceğinden denkleştirme ödemeleri yapılması gerekecektir. Dolayısıyla birleşme-devralmaya ilişkin inceleme ve görüşmelerde (due diligence) bu durumun dikkate alınması gerekecektir.

Nihayet, tek yetkili satıcının denkleştirme istemine ilişkin olarak İsviçre öğretisinde, sözleşmenin sağladığı tekel hakkının bir indirim kalemi olarak düşünülebileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, tek satıcının müşteri çevresini korumaya yönelik masrafları, özellikle tekel hakkı dolayısıyla müşteri kitlesinden elde edeceği kazanca oranla daha azdır. Söz konusu görüşün haklı yönleri bulunmakla birlikte, tekel hakkını haiz olmanın tek yetkili satıcının denkleştirme istemini ortadan kaldırdığı gibi bir sonuca da varılamaz. Nitekim, TTK md. 122/5, acente dışındaki dağıtıcıların denkleştirme isteminde bulunabilmelerini tekel hakkının varlığına bağlamıştır. Dolayısıyla hukukumuzda acente dışındaki dağıtıcılar açısından istemin şartlarından biri dağıtıcı lehine tekel hakkı tanınmış olmasıdır. Gerçekten de somut olay özelinde tekel hakkının getirdiği avantajlar (özellikle sektörden kaynaklı birtakım farklılıklar doğmakta ise) istemin hesaplanmasında dikkate alınabilir. Bununla birlikte, kanaatimizce, salt tekel hakkına sahip olmak dağıtıcının pazarlama faaliyetlerinin etkisini azaltmamakta; aksine bazı sektörlerde tekel hakkı, yüksek hizmet standardı ve müşteri memnuniyeti beklentisi nedeniyle daha fazla yükümlülük doğurmaktadır. Bu nedenle söz konusu hakkın otomatik olarak bir indirim kalemi sayılması, bazı durumlarda dağıtıcının emeğinin küçümsenmesi sonucunu doğurabilir.

Netice itibarıyla, tek yetkili satıcının denkleştirme istemi, her ne kadar TTK md. 122 çerçevesinde şekillenmiş olsa da uygulamada pek çok belirsizliğe ve yoruma açık alana sahiptir. Kanaatimizce, hakkaniyet denetimi gibi subjektif ölçütlerin daha net kriterlerle somutlaştırılması, hem sağlayıcı hem de dağıtıcılar bakımından hukuki öngörülebilirliği artıracaktır. Ayrıca, markanın tanınırlığı, tekel hakkı veya müşteri portföyünün niteliği gibi faktörlerin tek tip değil, sektörel ve vakıya özgü biçimde değerlendirilmesi, dağıtım sözleşmelerinin sona ermesinden doğan uyuşmazlıkların daha adil şekilde çözümlenmesini sağlayacaktır. Bu bağlamda, mevzuatta veya yargı uygulamasında açıklık ve yeknesaklık sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca, markanın tanınırlığı veya tekel hakkı gibi faktörlerin, otomatik olarak denkleştirme bedelinde indirim sebebi olması yerine, bu hakların somut olarak dağıtım faaliyeti üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, özellikle dünya çapında bilinirliği olan markalarda bile, dağıtıcının müşteri ilişkileri ve bölgesel yatırımları, müşteri portföyünün oluşmasında belirleyici olabilir. Bu nedenle, yalnızca markanın gücüne atıf yapılarak denkleştirme bedelinin azaltılması, dağıtıcının katkısını eksik değerlendirme riskini doğurur. Müterafik kusur gibi indirim yol açan diğer unsurlar da daha açık şekilde tanımlanmalı ve Yargıtay kararlarında yeknesaklık sağlanmalıdır.

Nihayet, gerek dağıtıcının emeğini gerekse de sağlayıcının markasal katkısını dengeli biçimde değerlendiren, öngörülebilirliği artıran ve sektörel farklılıkları dikkate alan düzenlemeler yapılması ve bu yönde işleyen bir yargısal yaklaşım, bu alandaki adaletsizlikleri büyük ölçüde giderecektir.

KAYNAKÇA

- AKAY Hasan Onur, “Türk Ticaret Kanunu m. 122/5 Çerçevesinde Sürekli Sözleşme İlişkilerinden Kaynaklı Denkleştirme İstemi Bakımından Tekel Hakkı Şartı: Farklı Bir Yorum Mümkün mü?”, **Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin’in Anısına Armağan**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.1-17.
- AKIN İrfan, “Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Gelişmeler”, **AÜHFD**, C. 62, S. 3, 2013, s. 613-641.
- ALTINOK ORMANCI Pınar, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı: İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı (ATF 134 III 497 vd.) Üzerine Düşünceler”, **AÜHFD**, C. 58, S. 3, 2009, ss. 451-480.
- ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 29. Bası, BTHAE, Ankara, 2023.
- ASLAN İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, İstanbul, 2017.
- AYAN Özge, **Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008. (2008)
- AYAN Özge, “Yargıtay’ın Acentenin Denkleştirme Talebine İlişkin Kararlarının İncelenmesi”, **Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 2018.
- AYAN Özge, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 2, 2010, ss. 70-120.
- AYHAN Rıza/ÖZDAMAR Mehmet/ÇAĞLAR Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2022.
- AYOĞLU Tolga, “Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanmak Üzere Yabancı Bir Hukuk Sisteminin Seçilmesinin Denkleştirme Talebi Bakımından Etkisi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, 2017.
- BAHTİYAR Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2023.
- BADAK AYBAR Zehra, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Denkleştirme İstemi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 24, 2013/2.
- BARLAS Nami, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerinin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, Beta, İstanbul, 2001.
- BERZEK Ayşe Nur, “Tek Satıcının Tekel Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali ve Rekabet Hukuku Kuralları”, **Yaklaşım**, S. 34, 1995, s. 10-14.
- BENEDİCK Gilles/BOTTİNİ Paolo, “Die Kundschaftsentschädigung beim Alleinvertriebsvertrag”, *Jusletter*, 3. November 2008.
- BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 19. Bası, Dora, 2021.
- BURNAND Jean-Claude, “Le Contrat d’Agence et le Droit de l’Agent d’Assurances à une Indemnité de Clientèle”, thèse, Lausanne, 1975.
- BÜHLER Theodor, **Zürcher Kommentar Art. 418a-418v OR. Der Agenturvertrag**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- CAN Ozan, **Rekabet Yasağı Anlaşması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

- DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- DEMİR Koray, “Tek Satıcının Denkleştirme Talebi”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, KIRCA İsmail vd. (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 399-420.
- DOĞANAY Muhammed Zahid, “Acentelik ve Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme Alacağının Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 3, 2021.
- DREYER Dominique, Commentaire Romand CO I, THÉVENOZ Luc/WERRO, Franz (Hrsg.), 3. édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2021.
- ERDEM Ercüment, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)”, **Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e Armağan**, Beta, İstanbul, 2003, s. 273
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- FOUNTOULAKIS, Christiana “Zur Kundschaftsentschädigung bei Beendigung eines Alleinvertriebsvertragsrecht”, **recht - Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, 2008, s. 221-226.
- GAUTSCHİ Georg, **Berner Kommentar: Art. 407-424 inkl. Art. 418a-418v OR. Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag**, Stämpfli, Bern, 1964.
- GÜRZUMAR Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, Beta, 2005 s. 177 vd.
- Handelsmittler nach EG-Recht: Festgabe für Hans Joachim Meyer-Marsilius**, THÜRER Daniel/WEBER, Rolf/ZÄCH, Roger (ed.), Schulthess Verlag, Zürich, 1993.
- HÖHN Jakob, **Einführung in die Rechtliche Due Diligence**, Schulthess, Zürich, 2003.
- HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht. Besonderer Teil**, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.
- İNAN Nurkut, “Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler”, **Batider**, C. 17, S. 2, 1993, s. 55-77.
- İŞGÜZAR Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 1989.
- JACOBS Reto, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, AMSTUTZ Marc vd. (Hrsg.) Schulthess, Zürich, 2007.
- KARASU Rauf, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Acen-tanın Denkleştirme Talebi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 4, 2008.
- KAYA Arslan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi - Acentelik (TTK m. 102-123)**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2016. (2016)
- KAYA Arslan, “Acentelik ve Tek Satıcılık ile Benzeri Tekel Hakkı Veren Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Sona Ermesi Halinde Denkleştirme İstemi”, **Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler - Tartışmalar) 12 Ekim 2018**, KENDİGELEN Abuzer vd. (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. (2018)

- KAYA Mustafa İsmail, **Acentelik Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014. (Acentelik)
- KAYIHAN Şaban, **Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi**, 5. Baskı, Umuttepe Yayınları, Ankara, 2018.
- KENDİGELEN, Abuzer, **Hukuki Mütalaalar**, C. XIV: 2014 - 2016, İstanbul, On İki Levha, 2018
- KIRCA Çiğdem, **Franchise Sözleşmesi**, BTHAE, Ankara, 1997.
- KUHN Moritz, “Der Alleinvertriebsvertrag (AVV) im Verhältnis zum Agenturvertrag (AV)”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, FORSTMOSER Peter vd. Schulthess, Zürich 1989.
- LANGER, Dirk “Contrat de Représentation Exclusive”, **Push-Service Entscheide**, 2008.
- MARTINEK Michael, “Grundlagen des Vertriebsrechts”, **Handbuch des Vertriebsrechts**, MARTINEK Michael/SEMLER Franz-Jörg/FLOHR Eckhard (Hrsg.), 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2016.
- MATHYS Beat, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, AMSTUTZ Marc vd. (Hrsg.), Schulthess, Zürich, 2007.
- MEYER Christian Alexander, “Agentur- und Vertriebsvertragsbeendigung in der Schweiz”, **ZVertriebsR**, 1/2017.
- MEYER Christian Alexander, **Der Alleinvertrieb: ein Handbuch für den Praktiker**, 2. Auflage, Sogetes-Verl. St. Gallen, 1992.
- NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2023.
- PÄRLİ Kurt, **Basler Kommentar: Obligationenrecht I**, WIDMER LÜCHINGER, Corinne/OSER, David, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020, Art. 418u Nr. 1
- POROY Reha/YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- SCHLUEP Walter R./AMSTUTZ Marc, **Basler Kommentar: Obligationenrecht I**, HONSELL Heinrich vd. (Hrsg.), 4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2007.
- SCHLUEP Walter R., “Innominatverträge”, **SPRVII/2**, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1979, s. 761-974.
- STREBEL Mario/KOCH Fabian, “Besondere Aspekte bei der Beendigung des Vertriebsvertrages”, **Jusletter**, 15. Oktober 2018.
- STREIFF Ullin/PELLEGRİNİ Bruno/ KAENEL Adrian von, **Vertragsvorlagen**, 4. Auflage, Schulthess, Zürich, 2008, s. 264
- SULUK Cahit/KARASU Rauf/NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 189 vd.
- ŞENOL Nilay, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

- TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, C. I/1, 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- TANDOĞAN Haluk, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, **Batider**, C. 9, S. 4, 1982.
- TEKİL Fahiman, **Ticari İşletme Hukuku**, 1997.
- TEKİNALP Ünal, “Türk Hukukunda Acentenin Portföy Akçası Talebi”, **Ali Bozer’e Armağan**, BTHAE, Ankara, 1998.
- TEOMAN Ömer, “Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanağı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X**, BTHAE, Ankara, 1993, s. 25-40.
- ULAŞ Dilber, **Franchising Sistemi**, Nobel, Ankara, 2013.
- UZUNALLI Sevilay, “Sözleşmeyi Fesheden Acentenin Denkleştirme İstemine Hak Kazanması”, **Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi**, (2019) 5 (1), s. 115-130.
- ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KENDİGELEN Abuzer/KAYA Arslan/NOMER ERTAN Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- VETSCH Johannes/VON DER CRONE Hans Caspar, “Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen”, **SZW/RSDA**, 1/2009.
- VON DER CRONE Hans Caspar, **Rahmenverträge: Vertragsrecht, Systemtheorie, Ökonomie**, Schulthess, Zürich, 1993.
- WETTENSCHWILER Suzanne, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, HONSELL Heinrich vd. (Hrsg.), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- WILLE Hans/SOMARY Tobias, **Handbuch des Vertriebsrechts**, MARTINEK Michael (Hrsg.), 4. Aufl., C.H. Beck, München, 2016.
- YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 18. Bası, Beta, 2022.
- YEŞİLTEPE Salih Önder, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2003.
- YILDIZ Burçak, “Acentenin Denkleştirme İstemi Hakkındaki Yargı Kararlarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 2, 2022, ss. 534-548.
- Yusufoğlu, Fülürya, “Denkleştirme Talebinin Kıyasen Uygulanması İçin Gereken Kıyas Şartları Işığında Tekel Hakkı Vermeyen Sürekli Sözleşme İlişkilerine Uygulanması Sorunu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11 Sayı: 137-138 Yıl: 2016, s. 159-188.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0653> (Erişim Tarihi: 28.03.2025)
- ZEHNHÄUSERN Urs, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, AMSTUTZ Marc vd. (Hrsg.) Schulthess, Zürich, 2007.

TEK BAŞINA VELAYETE SAHİP KİŞİNİN ÖLÜMÜNDEN SONRASI İÇİN ÇOCUĞUN KORUNMASI VE YASAL TEMSİLİNE YÖNELİK İRADESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Gülen Sinem TEK**^(**)

Öz: Evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesi tek başına velayete sahiptir. Evlilik birliği içinde doğmuş olsa da çocuğun velayetinin farklı sebepler ile tek bir ebeveynde olduğu durumlar ile de karşılaşılmaktadır. Tek başına velayete sahip ebeveyn, özellikle muhtemel bir ölüm tehlikesi ile karşı karşıya olduğunda, kendi ölümünden sonra çocuğun korunması ve yasal temsili ile kimin ilgileneceği hususlarında endişelenebilir. Zira kendi ölümünden sonra aile mahkemesi, çocuğun üstün menfaatini dikkate alarak ya çocuğa vasi atayacak ya da çocuğun velayetini diğer ebeveyne verecektir. Hakim bu değerlendirmeyi yapar iken çocuğun velisinin iradesini de dikkate alır. Bu husus anne ve babaya TMK m. 415 ile tanınan yetkiden kaynaklanır ve anne ve babanın kişilik haklarının bir uzantısıdır. Veli iradesini sözlü veya yazılı olarak, hatta vasiyetnamesine koyacağı bir hüküm ile iletebilir. Bu irade çocuğa vasi atanmasına yönelik ise, vasi seçimine ilişkin tercihini de ihtiva edebilir. Ölümünden sonra çocuğun korunması ve yasal temsili ile sorumlu olacak kişiye yönelik bazı talimatları da olabilir. Ne TMK m. 337/II çerçevesinde, çocuğun velayetinin diğer ebeveyne bırakılması veya çocuğa vasi atanmasına ilişkin karar verecek aile mahkemesi hakimi, ne de vasi atanmasına karar verilmiş ise bu vasiyi belirleyecek olan sulh mahkemesi hakimi bu irade beyanı ile bağlı değildirler. Yine de bu iradeden ayrılacaklar ise, gerekçelerini ortaya koymaları aranır.

Anahtar Kelimeler: Velayet, Vesayet, Ebeveyn Vasiyeti, Çocuğun Üstün Menfaati, Vasi Seçimi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 25.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 30.04.2025

^(**) Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: sinem.tek@bau.edu.tr

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5878-1397>.

THE WILL OF THE PERSON WITH SOLE PARENTAL AUTHORITY FOR THE PROTECTION AND LEGAL REPRESENTATION OF THE CHILD AFTER HIS/HER DEATH

Abstract: The mother of the child born out of wedlock has exclusive custody. There are situations where one parent holds sole custody of a child born during the marriage for different reasons. The parent granted sole custody might worry about who will handle the child's protection and legal advocacy following his/her death, particularly in light of a potential threat to life. Following their death, the family court will either designate a guardian for the child or award custody to the other parent, considering the child's best interests. In conducting this assessment, the parent's wishes are also considered. This problem arises from the power assigned to the parents by art. 415 of the Civil Code. It serves as an expansion of the personal rights of the parents. The parent with sole custody can express his/her wishes either verbally or in writing, or even via a clause in a testament. If this will is intended for selecting a guardian for the child, he/she may also express his/her preference concerning the guardian choice. They might also have certain directives for the individual tasked with the child's protection and legal representation following their passing. Neither the family court judge who will decide on leaving the custody of the child to the other parent or appointing a guardian in the framework of art. 337/II of the Civil Code, nor the judge of the court of peace who will determine the guardian are bound by this declaration. Nevertheless, they must put forward their reasons for departing from this will.

Keywords: Custody, Guardianship, Parental Testament, Best Interests of the Child, Choice of Guardian.

GİRİŞ - VELAYETİN TEK BAŞINA KULLANILDIĞI HALLER VE SORUNUN TAKDİMİ

Türk hukukunda ergin olmayan çocuğun¹ velisi anne ve babasıdır ve anne ve baba evli iseler, velayeti² birlikte kullanırlar. Anne ve babanın evli olmalarına rağmen velayetin sadece bir ebeveyn³ tarafından kullanılması da mümkündür. TMK m. 336/II gereği, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmiş ise hakim, velayeti eşlerden birine verebilir. Aynı zamanda, çocuğun kişi varlığını korumaya yönelik diğer tedbirlerin yetersiz kalması halinde, anne veya babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması gibi bir sebep ile velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi veya çocuğa yeterli ilgi göstermemesi ya da ona karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savsaklaması nedeni ile de velayet bu ebeveyninden hakim kararı ile kaldırılabilir (TMK m. 348). Bu hallerde velayete sahip diğer anne veya baba tek başına veli olmaya devam eder.

Evlilik birliği eşlerden birinin ölümü ile sona erdiğinde sağ kalan eş, evliliğin iptali veya boşanma halinde ise, hakim velayeti kendisine bıraktığı eş tek başına veli olacaktır⁴.

¹ Kısıtlanarak anne ve babasının velayetine bırakılan ergin çocuklar (TMK m. 335/II) bu çalışmanın kapsamının dışındadır.

² Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak velayetin hak olduğu vurgulanmamıştır. Farklı hükümlerde, velayetin bir hak olarak görüldüğü sezdirilmektedir. Bu hükümlere boşanma davasında çocuklar bakımından ana ve babanın “haklarını” düzenleyen TMK m. 182 veya “velayet hakkına” sahip kişinin rızası dışında hakim karar verinceye kadar çocuk ile kişisel ilişki kurulamayacağına ilişkin TMK m. 326 örnek gösterilebilir. Buna karşılık TMK m. 348/I, b. 1'deki koşullar altında “velayet görevini” gereği gibi yerine getirmemek velayetin kaldırılma sebebi olarak sayılmıştır. TMK m. 335 ve devamında düzenlenen velayet hükümlerinde de çocuğun kişi varlığının ile malvarlığının korunmasına ve çocuğun temsiline yönelik yetki ve görevler iç içe geçtiğinden, velayetin bir hak-yüküm olduğuna ilişkin öğretide ileri sürülen görüşe katılmaktayız. Bu görüş için bkz. BAKTİR ÇETİNER Selma, **Velayet Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2000, s. 29 vd.; SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2005, s. 250; USTA Sevgi, **Velayet Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 24-25.

³ “Ebeveyn” Türk Medeni Kanunu'nda yer almayan bir ifade olsa da, ilerideki açıklamalarımızda anne ve baba terimlerinin sıklıkla kullanılacak olması karışıklığa yol açacağından, metinde sadeleştirme amacı ile tercih edilmiştir.

⁴ Her ne kadar çocuğun üstün menfaati çerçevesinde şekillenen yargı kararlarında, anne ve baba arasında iyi bir iletişim olan hallerde boşanma sonrasında da anne ve babanın ortak velayete sahip olabileceğine hükmediliyor ise de, boşanma sonrası ortak velayetin kural halini almadığını vurgulamak gerekir. Karş. Evliliğin boşanma ile sona erdiği hallerde ortak velayetin asıl olduğu ancak zorunlu olmadığına ilişkin GENÇCAN Ömer Uğur, **Aile Mahkemeleri Davaları**, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022, s. 1310. Bununla birlikte İsviçre hukukunda 1 Temmuz 2014'te yürürlüğe giren değişiklik ile (RO 2014 357) kural halini almıştır. Açık bir kanun hükmü olmadıkça, boşanma sonrası ortak velayetin kural olduğu sonucuna varılması kanaatimizce mümkün değildir.

Evlilik birliği dışında doğmuş çocuklarda ise velayet anneye aittir (TMK m. 337/I). Baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olsa da, anne çocuğun tek başına velisidir⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, evlilik dışında doğmuş, dolayısıyla annenin tek başına velayete sahip olduğu çocuklar bakımından; anne küçük, kısıtlı veya ölmüş ise ya da velayet kendisinden kaldırılmış ise hakim çocuğun menfaatine göre vasi atayabileceği veya velayeti babaya verebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere hüküm, tek başına velayete sahip annenin artık velayeti kullanamayacağı hallerde hakime bir takdir yetkisi tanımış; çocuğun menfaatini dikkate alarak çocuğa bir vasi atanmasını veya aralarında soybağı kurulmuş ise⁶ çocuğun velayetinin babaya verilmesini düzenlemiştir. Bu hükmün özel bir uygulaması, TMK m. 183'te görülmektedir. Boşanma sonrasında çocukların haklarına ilişkin olan hüküm, tek başına velayete sahip ebeveynin başkası ile evlenmesi, başka yere taşınması veya ölmesi durumu için hakim re'sen veya ebeveynlerden birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alabileceği düzenlenmektedir. Bu noktada TMK m. 337/II'nin kıyasen uygulanması ile çocuğun velayetini diğer ebeveyne vermesi veya çocuğa bir vasi ataması söz konusu

Boşanma sonrasında ortak velayete hükmedilmiş ise, anne veya babanın ölümü üzerine sağ kalan ebeveynin TMK m. 336/III'ün kıyasen uygulanması ile velayeti devam eder. Ortak velayet halinde bir ebeveyn ölümünden sonra çocuğun velayetinin sağ kalan ebeveyne bırakılmasını engelleyemez. Böyle bir hal için vesayet kurumu öngörülmemiştir, diğer eşin kendiliğinden tek başına velayete sahip olması kanun koyucunun belirlediği çözümdür. HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, 4. Auf., Helbing Lichtenhahn, Basel, 2010, BSK I-SCHWENZER, art. 297 ZGB, N. 1; PETERHANS Katharina, "Wunschvormund für seine Kinder festlegen?", **AJP** 2018, s. 4. Yine de boşanma sonrasında ortak velayete hükmedilip, çocuğun birlikte yaşadığı velinin ölümü üzerine, sağ kalan velinin çocuğun bakımını üstlenmede isteksizlik göstermesinin, daha hafif önlemlerin işe yaramadığı/yaramayacağı görülebiliyor ise, velayetin kaldırılma sebebi olarak dikkate alınıp çocuğa vasi atanacağına ilişkin bkz. HEGNAUER Cyril, "Elterliche Sorge beim Tod eines geschiedenen Elters, Art. 134 Abs. 3 ZGB", **ZVW** 2000, s. 59.

⁵ Evlilik birliği içinde doğan ancak açılan soybağının reddi davası üzerine babalık karinesi çürütülerek koca ile arasındaki soybağı geriye etkili olarak sonlandırılan çocuğun da tek başına velisi annesidir. Soybağı reddedilmiş çocuğun velayetinin TMK m. 337/I gereği annesinde olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 2. HD, 18.06.2015, E. 2014/25930, K. 2015/13100 (Yargıtay Karar Arama).

⁶ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku**, 19. Baskı, Filiz, İstanbul, 2024, N. 1689; ERDEM Mehmet/MAKARACI BAŞAK Aslı, **Aile Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 453. Evlilik birliği dışında doğan, annesi küçük olan ve babası ise arasında soybağı kurulmamış bulunan küçüğe vasi atanması için sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunulacağına ilişkin bkz. Yarg. 17. HD, 28.01.2014, E. 2013/19136, K. 2014/846; Yarg. 17. HD, 23.10.2013, E. 2013/12854, K. 2013/14137 (Yargıtay Karar Arama).

olabilecektir⁷. Hakimin velayetin diğer ebeveyne verilmesi ile çocuğa vasi atanması arasında, çocuğun menfaatinin gözeterek bir seçim yapılması gerekir.

Hakim, çocuğun menfaatinin velayetin diğer ebeveyne verilmesini mi yoksa çocuğa vasi atanmasını mı gerektirdiğini değerlendirirken, birçok kıstası dikkat alacaktır. Çalışmamız çerçevesinde, bu kıstaslar genel olarak incelendikten sonra, bu kıstaslardan biri olarak tek başına velayete sahip olan kişinin irade beyanı değerlendirilecektir. Annenin velayeti kullanamamasının geçici olması ihtimali⁸ ile konunun uzatılmaması için kapsam sınırlandırılması uygun görülmüş ve sadece tek başına velayete sahip olan ebeveynin ölümü halinde, çocuğun korunması ve yasal temsiline ilişkin irade beyanının hakimin kararına olası etkisi değerlendirilmiştir. Çalışmamızda ilk olarak TMK m. 337/II'de öngörülen şartlar, özellikle çocuğun vasi atanması veya velayetin diğer ebeveyne verilmesindeki üstün menfaatinin hangi kıstaslara göre belirleneceği ortaya koyulacak (I), ardından tek başına velayete sahip

⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 757; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 178 vd.; HEGNAUER, 2000, s. 58; KOÇOĞLU Safa, **Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları**, Beta, İstanbul, 2018, s. 108 vd.; ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan, Ankara, 2015, s. 784. Boşanma davası sonucunda velayet kendisine bırakılmış ebeveynin ölümü üzerine, diğer ebeveyne velayetin doğrudan verilemeyeceğine ilişkin bkz. Wallis, Kantonsgericht, 23.11.1984, ZWR 1984, s. 110.

⁸ Türk Medeni Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrası dahilinde, anne küçük veya kısıtlı ise, velayetin babaya verilmesinden ise çocuğa vasi atanmasının daha uygun olduğu görüşü hakimdir. Anne küçük ise veya öngörülebilir bir gelecekte kısıtlılık halinden çıkabilecek ise, annenin velayeti kullanamaması geçici bir durum arz eder. Bir kere velayet babaya verildikten sonra, velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep olmadıkça annenin tekrar veli olmasının çok güç olduğuna dikkat çekilerek, annenin küçüklük veya kısıtlılık durumundan çıktığında çocuğa karşı yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirebileceği düşünülüyor ise, çocuğa vasi atanmasının daha uygun olacağına ilişkin bkz. BAYGIN Cem, **Soybağı Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 270; BSK I-SCHWENZER, art. 298 ZGB, N. 5; MEIER Philippe, "Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental", **RDT** 2001, s. 67; MEIER Philippe/STETTLER Martin, **Droit Civil IV/2, Les effets de la filiation (art. 270 à 327 CC)**, 2e éd., Editions universitaires, Fribourg, 2002, N. 121; ÖZTAN, s. 1092-1093; REYHANİ YÜKSEL Sera, **Velayet Hakkının Anayasal Sınırları**, Legal, İstanbul, 2016, s. 48. Nüfus müdürlüğünce evlilik dışı dünyaya gelen ve annesi küçük olan çocuğa TMK m. 337/II gereği vasi atanması veya velayetin babaya verilmesi için yapılan ihbar sonucu açılan davada, annenin dava tarihi itibarı ile ergin olması nedeni ile davanın konusuz kaldığına ilişkin bkz. Yarg. 2. HD, 01.06.2017, E. 2017/1261, K. 2017/6631; Yarg. 8. HD, 16.01.2018, E. 2017/7759, K. 2018/419 (Yargıtay Karar Arama). Velayetin kaldırılması sebebinin kalıcı olduğu anlaşılmadıkça aynı gerekçe ile çocuğa vasi atanmasının tercih edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. BSK I-SCHWENZER, art. 298 ZGB, N. 7; PICHON-NAZ Pascal/FOËX Bénédicte, **Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, CR-VEZ, art. 298 CC, N. 4. Ancak, velayetin kaldırılması sebebinin kalıcı olduğuna kanaat getirilir ise, aile mahkeme hakimi vasi atamak yerine velayeti babaya vermeyi de değerlendirecektir.

ebeveynin iradesinin şekli ve kapsamı genel bir çerçeve içinde ele alınacak (II) ve son olarak ise, çocuğun üstün menfaatinin belirlenmesinde tek başına velayete sahip olan kişinin iradesinin etkisi incelenecektir (III).

I. VASİ ATANMASI VEYA VELAYETİN SAĞ KALAN EBEVEYNE VERİLMESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN MENFAATİNİN BELİRLENMESİ

A. Vasi Ataması-Velayetin Sağ Kalan Ebeveyne Verilmesindeki Öncelik Sırası

1. Hükmün Kanunda Düzenleniş Şekli

Tek başına velayete sahip olan ebeveynin ölmesi halinde, TMK m. 337/II'ye göre hakim çocuğun menfaatinin dikkate alarak “vasi atar veya velâyeti [diğer ebeveyne] verir”⁹. Lafzi bir yorum yapılacak olur ise, kanun koyucunun önce vasi atamayı, sonrasında ise velayeti diğer ebeveyne vermeyi kaleme aldığı, dolayısıyla çocuğun menfaati dikkate alındığında vasi atamanın velayetin diğer ebeveyne verilmesi karşısında öncelikli olduğu sonucuna varılması muhtemeldir. Nitekim eski İsvMK m. 298/II'nin Almanca metninde¹⁰, aynı bizim düzenlememizde olduğu gibi, evlilik dışı doğan çocuklar bakımından annenin küçük, kısıtlı veya ölü olması ya da velayet kendisinden alınmış bulunması halinde hakimin çocuğun menfaatine göre vasi atayacağı veya velayetin babaya verilmesine hükmedileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında gerçekten de vasi atanmasının velayetin babaya verilmesinden önce kaleme alınmış olmasının, kanun koyucunun bu çözüme daha büyük değer atfettiği; hatta onu velayetin babaya verilmesi karşısında öncelediği yorumu yapılmıştır¹¹. Kaldı ki velayetin sağ

⁹ Hüküm evlilik dışında doğmuş çocuğun velisinin annesi olduğunu öngörmektedir. İkinci fıkra da, ilk fıkraya uygun olarak annenin ölmesi durumunda hakimin çocuğun menfaatine göre, “vasi atar veya velâyeti babaya verir” düzenlemesi yer alır.

¹⁰ TMK m. 337/II'yi karşılayan eski İsvMK m. 298/II'nin 1 Temmuz 2014 yürürlüğe giren değişiklikler (RO 2014 357; FF 2011 8315) öncesindeki metni aktarılmaktadır. Hükmü karşılayan yeni hüküm İsvMK m. 297/II'de, İsviçre vesayet hukuku reformuna uygun şekilde yeniden kaleme alınmıştır. Buna göre çocuk koruma makamı, tek başına velayete sahip olan ebeveynin ölümü üzerine velayeti sağ kalan ebeveyne verecek veya çocuğa bir vasi atayacaktır.

¹¹ 1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren değişiklik uyarınca (RO 1999 1118 1142; FF 1996 I 1) eski İsvMK m. 298'deki sıralamanın değiştiği, önce babaya velayetin verileceği, sonra çocuğa vasi atanacağını kaleme alındığı; kanundaki bu sıra değişikliğine bir anlam verilmesi gerektiğini ileri süren Breitschmid, dolaylı olarak kanunun eski kaleme alınış şeklinde çocuğa vasi atanmasının öncelendiğini ortaya koymaktadır: BREITSCHMID Peter, “Kind und Scheidung des

kalan ebeveyne verilmesi, boşanma kararının velayete ilişkin bölümünün değiştirilmesi anlamına da geleceğinden, bu ihtimalde çocuğa vasi atanmasının tercih edilmesi gerektiği de iddia edilmiştir¹². 5 Haziran 1974 tarihli, İsviçre Medeni Kanunu’nun soybağı hükümlerinin değiştirilmesine yönelik kanun tasarısı gerekçesinde, çocuğa vasi atanmasının velayetin babaya verilmesine karşısında öncelenmesi teklif edilmiş ise de¹³, bu öneri yasalaşmamış ve bu iki seçenek arasında eşitlik olacağı kabul edilmiştir¹⁴. Ayrıca, hükmün Fransızca ve İtalyanca metinlerinde tam tersi bir sıralama yer almaktadır; önce velayetin babaya verilmesi, sonra vasi atanması kaleme alınmıştır. Dolayısıyla madde metnindeki sıralamanın yazınsal düzlemde kaldığını, yoksa bu sıralamaya hukuki bir değer atfedilemeyeceğini kabul etmek daha doğru olacaktır¹⁵.

Bir ara çözüm olarak, çocuğun vesayet altına alınması ve diğer ebeveynin çocuğa vasi atanması, böylece ebeveynin vesayet ve denetim makamlarının kontrolüne tâbi tutulması da tartışılmıştır¹⁶. Bu yaklaşım haklı olarak kabul edilmemiştir. Öncelikle, yasal düzenlemeler açıktır; TMK m. 335/I sadece anne ve babayı çocuğun velisi olarak işaret etmiş¹⁷, TMK m. 335/II

Elternehe”, **Das neue Scheidungsrecht, Referate der Tagung vom 17./18. März 1999**, Schulthess, Zurich, 1999, s. 103.

¹² HEGNAUER Cyril, “Fragen zum Kindesrecht - Wiederherstellung der elterlichen Gewalt”, **ZVW** 1978, s. 46.

¹³ FF 1974 II s. 76-77.

¹⁴ FF 1976 II s. 980. Kanunun hazırlık çalışmalarına atıfta bulunularak, vasi atanması halinin çocuğu daha iyi koruyacağı düşünüldüğü için velayetin babaya bırakılmasının önünde kaleme alındığı, ancak en nihayetinde hangi seçeneğin kabul edileceğinin çocuğun üstün menfaati çerçevesinde şekilleneceğine ilişkin bkz. Neuchâtel, Tribunal cantonal, 15.07.1996, RNJ 1996, s. 40

¹⁵ MEIER, 2001, s. 67; SCHNYDER Bernhard, **Die ZGB Revision 1998/2000**, Schulthess, Zurich, 1999, s. 109, dn. 483.

¹⁶ Azınlıktaki bir görüş olarak aktaran SCHNYDER Bernhard/MURER Erwin, **Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung, Das Vormundschafrecht, I. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB**, 3. Auf., Stämpfli, Bern, 1984, art. 385 ZGB, N. 47. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki bir kararına göre, akıl zayıflığı sebebi ile kısıtlanmış, aile evinde yaşayan ve zaman zaman annesinin işlerini gördüğü bir birey bakımından, evdeki büyük düzensizlik ve inanılmaz pislik dikkate alındığında aileye yabancı bir vasinin göreve devam etmesi gerektiğine, ne var ki evdeki yaşam ortamı düzelmiş olsaydı ev halkından birinin de vasi atanabileceğine ilişkin bkz. ATF 61 II 157 = JdT 1936 I 216.

¹⁷ Annesinin çocukları büyük babaya terk ederek gittiği, çocukların büyük baba ile yaşadığı ve onun bakımında olduğu uyuşmazlıkta davacı büyük babaya velayetin verilmesinin isabetsizliğine ilişkin bkz. Yarg. 2. HD, 12.03.2015, E. 2014/20740, K. 2015/4216 (GENÇCAN, 2022, s. 1316.)

ile vasi atanmasına gerekli görülmedikçe kısıtlanan ergin çocuğun da anne ve babasının velayeti altında olacağı vurgulanmıştır. TMK m. 404, velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağını düzenleyerek iki kurum arasındaki farklılığı ortaya koymuştur. Aynı zamanda vasi atanmasında eşin ve yakın hısımların öncelik hakkı bulunduğu ilişkin TMK m. 414'ün, TMK m. 415 ile birlikte okunduğunda anne ve babayı kapsamadığı anlaşılmaktadır. Söz edilen yaklaşım sistem ile de uyumlu değildir. Zira, sağ kalan ebeveyn ya çocuğa bakım verme becerisine sahiptir ve böylece çocuğun velayeti bu ebeveyne verilir; ya da bu beceriden yoksundur ve çocuğa vasi atanması gerekir. Yoksa velayet ve vesayet görevlerinin karışması engellenmelidir¹⁸.

2. Mahkeme Uygulamasından Kaynaklanan Sıralama

Türk Medeni Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrası gereği, “[a]na küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir”.

Hükmün kaleme alınış tarzına rağmen, aslında burada duruma göre kademeli olarak iki farklı mahkemenin vereceği iki farklı kararın olduğunu belirtmek gerekir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4 gereği¹⁹, Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabının vesayete ilişkin üçüncü kısmı hariç olmak üzere, aile hukukundan doğan davalar aile mahkemelerinde görülür. Dolayısıyla, TMK m. 337/II hükmünün kıyasen uygulanması ile, tek başına velayete sahip anne veya babanın ölmesi durumunda velayetin sağ kalan ebeveyne mi verileceği, yoksa çocuğa bir vasi mi atanacağı kararını aile mahkemesi hakimi verecektir. Aile mahkemesi hakimi, çocuğun üstün yararı çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda çocuğa vasi atanması gerektiğine hükmeder ise, hükmün kesinleşmesi üzerine durumu çocuğun yerleşim yerindeki vesayet makamına, yani sulh hukuk mahkemesine bildirecektir²⁰. Aile mahkemesi hakiminin vasi atanması kararı vermesi üzerine, bu vasinin kim olacağı sulh hukuk mahkemesi hakimince belirlenecektir. Her ne kadar Türk Medenî Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 7/II ile aile hukukundan doğan vesayet işleri için Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Gö-

¹⁸ Aynı yönde MEIER, 2001, s. 70.

¹⁹ RG no. 24997, 18.01.2003.

²⁰ Bkz. 2003/5960 sayılı Türk Medenî Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 8-9, RG no. 25195, 10.08.2003.

rev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7'ye atıf yapılmış idiyse de, hükmün aile mahkemesinin vesayet makamı olabileceğine ilişkin ikinci fıkrası, 5133 sayılı Kanun m. 3 ile yürürlükten kaldırılmıştır²¹.

Bu yasal düzenleme karşısında, tek başına velayete sahip ebeveyninin ölümü üzerine artık velisi bulunmayan çocukların korunması ve yasal temsili için iki farklı uygulama geliştirilmiştir:

İlk uygulama TMK m. 404'teki küçüklerin vesayet altına alınmasına ilişkin hükme dayanır. Tek başına velayete sahip ebeveynin ölümü üzerine durum, genellikle nüfus müdürlüğünce yetkili vesayet makamı olan küçüğün yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine ihbar edilir (TMK m. 411). Sulh hukuk mahkemesi, çocuğun sağ olan bir ebeveyninin bulunup bulunmadığını araştırır. Diğer ebeveynin sağ olduğunun tespiti halinde, aile mahkemesinde velayetin tevdi davası açması için kendisine kesin süre tanınır ve aile mahkemesinin kararı bekletici mesele yapılır. Bu ebeveynin kendisine tanınan süre içinde velayetin tevdi davası açmaması veya açtığı davanın reddi ihtimalinde, sulh hukuk mahkemesince çocuğa vasi atanır²².

²¹ RG no. 25439, 20.04.2004.

²² Bu görüşte GENÇCAN Ömer Uğur, **Velâyet Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023, s. 1113. “[...] *Aslolan velayet olduğuna göre, sulh hukuk mahkemesi tarafından davanın, babaya ihbar edilmesi, beyanın alınması, onun tarafından velayetin kendisine verilmesi yönünde dava açılması halinde sonucunun beklenmesi, velayeti baba talep etmediği takdirde davanın sonuca bağlanması*” gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 20. HD, 24.10.2016, E. 2016/8985, K. 2016/9464 (Yargıtay Karar Arama). Evlilik dışında doğmuş ve annesi küçük olan çocuğa vasi atanması veya velayetin babaya verilmesi hususunun tartışılması görevinin sulh hukuk mahkemesinde olduğu ve bu durumun aksini gösterir bir düzenlemenin Türk Medeni Kanunu’nda yer almadığına ilişkin bir karar için bkz. Yarg. 20. HD, 15.10.2015, E. 2015/9038, K. 2015/9255 (Yargıtay Karar Arama). Boşanma sonrasında velayeti babasına bırakılan ve babasının iş kazası sebebi ile ölümü sonucu destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunan çocuk bakımından: “[...] *Sağ kalan eşe mahkemece tebligat çıkarılıp verilen kesin sürede velayetin kendisine verilmesi için mahkemeye başvurusu istenir. Mahkemece sağ kalan eşe velayetin verildiği takdirde davada temsil eksikliği tamamlanmış olur. Sağ kalan eş kendisine verilen kesin sürede velayet için mahkemeye başvurmaz ise, davaya bakan mahkemenin TMK m. 404/1 gereğince çocuklara vasi atanması için sulh hukuk mahkemesine başvurusu gerekir. Sulh hukuk mahkemesinin atadığı vasi ile açılan davaya devam edilir*”. Yarg. 3. HD, 10.11.2015, E. 2014/20603, K. 2015/17570 (Lexpera). Sadece ölüm hali için değil, evlilik dışı doğan çocuğun annesinin velayetten kaynaklanan görevlerini ağır şekilde savaştırmaması ve çocuğu tanıyan babanın da düzenli bir hayatı ve gelirinin bulunmaması sebebi ile, annedeki velayetin kaldırılması ve çocuğa vasi atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulması gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 2. HD, 22.03.2012, E. 2011/13649, K. 2012/6740 (Yargıtay Karar Arama). Yine evlilik birliği dışında doğan ve annesi küçük olan çocuk için “[...] *sulh hukuk mahkemesi tarafından davanın, babaya ihbar edilmesi, beyanın alınması, onun tarafından velayetin kendisine verilmesi yönünde dava açılması halinde sonucunun beklenmesi, velayeti baba talep etmediği takdirde davanın sonuca bağlanması*” gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 20. HD, 14.11.2016, E. 2016/11066, K. 2016/10711 (Yargıtay Karar Arama).

Kanunda öngörülen sisteme daha uygun ve usul ekonomisi bakımından da daha elverişli olan ikinci uygulama gereği ise, öncelikle aile mahkemesi hakiminin çocuğa vasi mi atanacağı yoksa velayetin diğer ebeveyne mi verileceğine ilişkin bir karar vermesi gerekmektedir; velayetin diğer ebeveyne verilmemesi halinde, vasi atanması için sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunulacaktır. Bu uygulama, çocuğun velayet hakkına sahip ebeveyninin öldüğünü öğrenen nüfus müdürlüğünün sistemde çocuğun diğer velisinin hayatta olduğunu belirlemesi üzerine, aile mahkemesine ihbarda bulunması ile mümkün olabilmektedir. Velayetin sağ olan ebeveyne geçirilmesi veya çocuğa vasi atanmasına yönelik kararı aile mahkemesi verecek, bu kararı verir iken çocuğun üstün menfaatini dikkate alacak ve çocuğa vasi atanmasının daha uygun olacağına hükmeder ise, bu vasinin belirlenmesi için durumu yetkili vesayet makamına ihbar edecektir. Bu karardan sonra vesayet makamı çocuğa vasi atayacaktır²³. Dolayısıyla yasal sisteme daha uygun gördüğümüz bu uygulama çerçevesinde, zorunlu olarak sağ kalan ebeveyne velayetin verilmesi, çocuğa vasi atanması karşısında öncelenmiş olmaktadır.

²³ Boşanmadan sonra velayeti babaya verilmiş çocuğun babasının ölmesi üzerine nüfus müdürlüğü, sulh hukuk mahkemesine vasi atanması için ihbarda bulunmuş olsa da, sulh hukuk mahkemesinin görevli olmadığı; nüfus kayıtlarından hayatta olduğu anlaşılan anneye velayetin verilmesi ihtimalinin öncelikle aile mahkemesince incelenmesi gerektiği, gerekirse aile mahkemesinin vasi atanması için sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunacağına ilişkin bkz. Yarg. 20. HD, 10.12.2015, E. 2015/10942, K. 2015/12393 (Yargıtay Karar Arama). Velayetin aile mahkemesinin görev alanına, vesayetinin ise sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girdiği; boşanma sonrası velayet kendisine bırakılan annenin ölümü üzerine nüfus müdürlüğünün babanın hayatta olduğunu görmesi gerektiğine ve velayetin babaya verilmesinin uygunluğunun ihtisas mahkemesi olan aile mahkemesince incelenmesi, gerekirse dosyanın aile mahkemesi tarafından sulh hukuk mahkemesine gönderilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 20. HD, 10.12.2015, E. 2015/10941, K. 2015/12394 (Yargıtay Karar Arama). Yine, evlilik birliği dışında doğmuş ve annesi küçük olan çocuk bakımından velayetin çocuğu tanıyan babaya verilmesinin aile mahkemesinin görev alanına girdiği, aile mahkemesince velayetin babaya tevdi uygun görülmez ise dosyanın sulh hukuk mahkemesine gönderileceği hususunda bkz. Yarg. 20. HD, 29.05.2015, E. 2015/1276, K. 2015/5065 (Yargıtay Karar Arama). “[...] Velayetin anneden kaldırılıp, babaya verilmesinde sakınca bulunan hallerin saptanması halinde ise Aile Mahkemesi çocuğun vesayet altına alınması konusunda Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunacaktır”. Yarg. 17. HD, 21.09.2012, E. 2012/9335, K. 2012/9759 (Yargıtay Karar Arama). “[...] Velayetin tevdi hususu Aile Mahkemesinin görev alanı içerisinde bulunduğundan öncelikle bu husus Aile Mahkemesince değerlendirilecek, küçüğün babasının velayeti altına konulması Mahkemece uygun görülürse Aile Mahkemesince bu konuda karar verilecek aksi takdirde TMK. 337 maddesi gereğince küçüğe vasi tayin edilmek üzere dosya Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilecektir”. Yarg. 17. HD, 25.12.2014, E. 2014/22680, K. 2014/19548 (Yargıtay Karar Arama). Evlilik dışı doğan ve annesi küçük olan çocuğun velayetinin anneden kaldırılıp babaya verilmesi sakıncalı ise, aile mahkemesinin sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunacağına ilişkin bkz. Yarg. 17. HD, 21.05.2012, E. 2012/4786, K. 2012/6498 (Yargıtay Karar Arama).

Mahkeme uygulaması bu öncelemeyi zorunlu kılmasaydı dahi, çocuğun bakımı, eğitimi, mallarının yönetimi, hukuki işlemlerde temsiline esas olarak velisi tarafından üstlenildiği sistemde, bu görevlerin çocuk ile yakınlığı en yoğun olan kişiye bırakılması daha doğrudur²⁴. Çocuğun en yakın hısımları olan sağ kalan ebeveyni mevcut iken, velayetin ona verilmesinin vasi atanması karşısında önceliğinin olması gerektiği de haklı olarak ileri sürülmektedir²⁵. Yine de sağ kalan ebeveynin salt çocuk ile arasındaki biyolojik ve hukuki bağa dayanan bir öncelik iddiasının da olamayacağına dikkat çekmek gerekir. Durum, çocuğun üstün menfaati değerlendirilerek sonuca bağlanacaktır. Özellikle, çocuğun üstün menfaati gözetildiğinde vasi atanması ile velayetin diğer ebeveyni bırakılması arasında eşitlik varsa, vesayet kurumunun ikincilliği ilkesi dikkate alınmalı ve velayetin diğer ebeveyni verilmesi kabul edilmelidir²⁶.

B. Çocuğun Menfaatinin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınacak Kısıtlar

Hakimin, vasi atama veya velayeti sağ kalan ebeveyni kararını verirken²⁷ çocuğun üstün menfaatini değerlendirmesi gerekmektedir. Bu değer-

²⁴ “[...] Ana veya babası sağ olan çocuğun velayet altında tutulması, velayetin bunlardan birine verilmesi asıldır. Ancak, ana veya babanın velayet görevini yapamayacak olması veya çocuğun velayet altında bulunmasının, çocuğun fikri, bedeni, sağlık veya eğitsel gelişimi yönünden üstün yararına aykırı düşeceğinin anlaşılması halinde, çocuk velayet altına alınmayıp, kendisine bir vasi de atanması mümkündür”. Yarg. 2. HD, 30.06.2015, E. 2015/12335, K. 2015/14059 (GENÇCAN, 2022, s. 1316).

²⁵ BK-SCHNYDER/MURER, art. 368 ZGB, N. 11-12; HEGNAUER Cyril, “Das Wohl des Mündels als Maxime der Vormundschaft”, **ZVW** 1984, s. 82; MEIER Philippe, “La position des tiers en droit de la tutelle - une systématisation”, **RDT** 1996, s. 85; MEIER, 2001, s. 66; MEIER/STETTLER, N. 117-118. TMK m. 337/II ile sağ kalan ebeveyni öncelik hakkı tanınmadığı ancak aile ilişkileri lehine bir taviz verildiğine ilişkin bkz. CR-VEZ, art. 298 CC, N. 2. Kanaatimizce her iki halde de aile mahkemesi hakimi çocuğun üstün menfaati çerçevesinde bir denetleme yapacağından, öncelik veya taviz nitelendirmesi pratik bir fark yaratmamaktadır.

²⁶ BK-SCHNYDER/MURER, art. 368 ZGB, N. 20-23 ve art. 385 ZGB, N. 34; MEIER, 2001, s. 68. Kısıtlanan ergin çocuklar bağlamında, hakimin vasi atanmasını gerekli görmedikçe anne ve babanın velayetinin devam edeceğini öngören TMK m. 335/II hükmünün vesayet ikincilliğini açıkça ortaya koyduğuna ilişkin bkz. SEROZAN, s. 257.

²⁷ Tek başına velayete sahip anne veya babası ölmüş çocuğun hakimin kararını vereceği süreçte korunması ve temsil edilmesi gerekir. Bu noktada, TMK m. 420’nin kıyasen uygulanması ile çocuğa geçici süre ile bir temsilci atanacaktır. BK-SCHNYDER/MURER, art. 386 ZGB, N. 128; MEIER, 2001, s. 69. Boşanma sonrasında velayet kendisine bırakılan annenin ölmesi üzerine babanın velayetin kendisine verilmesi için açtığı davada, anneanne ve dede ile yaşayan çocuğun davada temsili için kayyım atanacağına ilişkin bkz. Yarg. 2. HD, 05.12.2011, E. 2011/10402, K. 2011/20812 (GENÇCAN, 2022, s. 1318); 2. HD, 31.10.2011, E. 2011/5033,

lendirme, boşanma davası dolayısıyla çocuğun velayetine hükmedilirken²⁸ yapılan değerlendirmeye oranda daha geniş kapsamlıdır²⁹. Değerlendirmede esas alınacak kıstas şu şekilde listelenebilir³⁰:

Dikkate alınması gereken ilk kıstas, sağ kalan ebeveynin talebi ve çocuğu hayatına kabul etme arzusudur. Babanın, annenin ölümü üzerine velayet davası açarak veya TMK m. 337/II çerçevesinde açılmış davaya müdahil olarak³¹, çocuğun velayetinin kendisine verilmesini talep etmesi veya pasif kalarak hakime böyle bir talep yöneltmemesi, verilecek karar bakımından önem taşır. Sağ kalan ebeveynin çocuğun velayetini kendisine verilmesini talep etmemesi, çocuğa karşı ilgisizliğinin göstergesi olarak yorumlanmaya müsaittir. Hakim, velayetin kendisine bırakılmasını istemeyen ebeveynin bu iradesine rağmen çocuğun velayetini kendisine bırakmayacaktır. Ancak, sağ

K. 2011/17626 (GENÇCAN, 2022, s. 1319). Bu temsilcinin atanmış olması, hakim velayetin sağ kalan ebeveynine verilmesinden ise çocuğa vasi atanmasını tercih edeceğinin göstergesi olmadığı gibi; TMK m. 420/I çerçevesinde hakim kıyasen alacağı önlem çocuğun velayete sahip olmayan ebeveyn ile bir süre beraber yaşaması da olabilecektir. MEIER, 2001, s. 70. Hatta bu son önlem, hakim TMK m. 337/II çerçevesindeki kararı vermeden çocuk ile sağ kalan ebeveynin ilişkisini gözlemlemesi bakımından yararlı dahi görülebilir.

²⁸ Boşanma davası sırasında da velayetin kimse bırakılacağına hükmedilirken de hakim geniş bir takdir yetkisi bulunur. Çocuk ile ilgili yaşı, cinsiyeti, alışmış olduğu çevre, dini, sağlığı, boşanma sonrası aile ortamında yaşama imkanı gibi kıstasların yanında anne ve babanın çocuk ile şahsen ilgilenmeleri, çocuğa yönelik ilgileri, sosyo-kültürel durumları gibi ebeveyn ilişkisi kıstaslar da değerlendirilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYÜZ Emine, **Çocuk Hukuku**, 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2018, s. 232; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 754; MEIER/STETTLER, N. 40 vd; YÜCEL Yeliz, **Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı**, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 84, 89. Bununla birlikte görüleceği üzere, TMK m. 337/II çerçevesinde yapılan araştırma çocuk ile ebeveynini aşar genişliktedir.

²⁹ Uygulamada her zaman bu kadar geniş kapsamlı bir değerlendirme yapılmadığını da itiraf etmek gerekir. Bununla birlikte evlilik dışı doğan ve annesinin terk ettiği çocuğun velayetinin kendisine verilmesi için babanın açtığı davada, annenin hayatını düzene koyup bir yıl sonra dönmese rağmen, annenin velayeti, babanın velayeti ve çocuğa vasi atanması seçeneklerini karşılaştıran ve babanın doğumundan itibaren çocukla ilgilenmesini velayetin kendisine verilmesi için yeterli gören bir karar için bkz. Regierungsrat Bern, 20.10.1971, ZVW 1972, s. 81 vd.

³⁰ Genel itibarı ile bkz. JORIO Tino, **Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht**, Dissertation, Rechtsfakultät der Universität Freiburg, 1977, s. 223-224; MEIER, 2001, s. 71.

³¹ Boşanma davası sonrasında çocuğun velayetinin kendisine bırakılan ebeveynin ölümü üzerine diğerinin velayetin kendisine verilmesi için dava açma hakkı TMK m. 183'te düzenlenmiştir. Ne var ki evlilik dışı doğan çocuklar bakımından bu yönde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK m. 337/II çerçevesinde velayetin tevdi davasının açılacağı kabul edilmektedir. Evlilik dışında doğmuş ve babasının tanıdığı çocuk bakımından, babanın velayetin kendisine verilmesi yönündeki isteği ile hakim re'sen harekete geçeceğine ilişkin bkz. Yarg. 17. HD, 14.12.2012, E. 2012/6935, K. 2012/14101 (Yargıtay Karar Arama).

kalan ebeveyn velayetin kendisine geçirilmesini istemiş ise, bu talepteki amacının da dikkate alınması gerekir. Çocuğun üstün menfaati ile bağdaşmayan, özellikle sağ kalan ebeveynin iştirak nafakası ödeme borcundan kurtularak masraflarını azaltma veya yalnızlığını giderme niyeti velayetin kendisine verilmesi bakımından hukuken korunmaya değer bir menfaat olarak nitelendirilemez³². Bununla birlikte, talepte bulunan bu ebeveynin çocuk ile kişisel olarak ilgilenme iradesi ve ona kişisel olarak bakım verme becerisi de göz önünde bulundurulacaktır. Bakım becerisi değerlendirmesinde, ebeveynin mizaç, kişilik ve ahlâki değerleri yol gösterici olsa da, çocuğun bakımını sürekli olarak bir üçüncü kişiye bırakmayacak olması asıl önemli kıstastır³³. Bu noktada velayetin hayatta olan ebeveyne verilecek olması, aynı zamanda velayetin denetlenemeyeceği anlamına geldiğinden³⁴, sağ kalan ebeveynin öncelikle çocuğun velayetini isteme niyeti, bu niyetin dayandığı sebep ve velayeti talep eden ebeveynin çocuğa gerçekten tek başına bakma becerisine sahip olup olmadığı iyice araştırılmalıdır.

İlk kıstas ile ilintili ikinci kıstas, tek başına velayete sahip ebeveyn sağ iken, ölümü üzerine velayetin kendisine verilmesini talep eden ebeveynin çocuk ile kurduğu ilişkinin yoğunluğu ve niteliğidir. Velayete tek başına sahip ebeveynin hayatta olduğu sürece diğer ebeveynin çocuk ile kişisel ilişki hakkını düzenli olarak kullanması ve iştirak nafakası borcunu düzgün ifa etmesi³⁵, çocuğun ihtiyaçlarını sürekli şekilde karşılayabilecek beceriye sahip olduğuna işaret eder.

³² AKYÜZ, s. 236.

³³ Evlilik dışı doğan çocuğun annesi ve çocuğu tanıyan babasının bir süre birlikte yaşamalarından sonra annenin çocuğu terk etmesi üzerine çocuğa babaannenin bakması, bu arada evlenen babanın çocuk ile sürekli ilişkisini sürdürmesi ve yargılama sürecinde de çocuğu yanına alması dolayısıyla, çocuğun velayetinin babaya verilmesine hükmedilen bir karar için bkz. Yarg. 2. HD, 28.06.2016, E.2016/13524, K. 2016/12659 (Yargıtay Karar Arama); annenin ölümünden sonra teyze ile yaşayan çocuk ile düzenli şekilde ilgilenen babaya velayetin verilmesine ilişkin bkz. Yarg. 2. HD, 28.02.2017, E. 2016/24197, K. 2017/2117 (Yargıtay Karar Arama).

³⁴ JORIO, s. 225; MEIER, 2001, s. 71. Karş. Boşanma sonrası velayete tek başına sahip olan annenin ölümü üzerine, çocuğun geçici olarak aile yanına yerleştirilmesi sürecinde babanın işbirliğine yanaşmadığı görülerek çocuğa bir vasi atanmasına karar verilmiş ise de, babanın bu karara itirazı sonucunda koruma tedbirleri alınıp çocuğun velayetinin babaya verilmesine, böylece baba ile çocuğun yabancılaştırılmamasına ilişkin bkz. Bezirksrat Zürich, 12.02.1981, ZVW 1981, s. 148 vd.

³⁵ Buna karşılık korunan menfaatler farklı olduğundan, boşanma sonrasında iştirak nafakasının düzgün ödenmemesi, babanın çocuk ile kişisel ilişki hakkının kaldırılmasında bir sebep olmayacağına, zira çocuğun üstün yararına dayanmadığına ilişkin bkz. Genève, Cour de justice, 20.11.1981, SJ 1982, s. 104 vd.

Üçüncü kıstas olarak, sağ kalan ebeveynin yeni bir aile kurmuş olması ihtimalinde, yeni eşin karma aile kurma ve çocuğu aileye kabul etme isteği dikkate alınacaktır³⁶. Karma ailenin istikrarı, anne ve/veya babaları ortak olmayan çocukların birbiriyle ilişkileri değerlendirilmeye muhtaçtır. Bu noktada, velayetin diğer ebeveyne verilmesine hükmedilmeden önce sağ kalan ebeveynin yeni eşinin de dinlenilmesi gerekecektir³⁷. Yine bu çerçevede çocuğun sağ kalan ebeveynin yeni eşi ile kurduğu ilişkiye bakılmalıdır; bu ilişkinin süresi ve yoğunluğu, çocuğun karma aile ile bağ kurma, bu aileye aidiyet geliştirme olasılığını büyük ölçüde ortaya koyacaktır³⁸.

Dördüncü kıstas, hayatta olan ebeveynin yerleşim yerini değiştirme, özellikle yurt dışına taşınma planının olmasıdır. Bu durum tek başına velayetin kendisine verilmesini reddetmek için bir sebep teşkil etmese de, çocuğun yeni yerleşim yerine alışabilmesi ve istikrarsız bir ortamda daha fazla yaşamaması istenir. Bu değerlendirme yapılırken, çocuğun yaşı dikkate alınacak önemli bir etmen olacaktır³⁹. Bununla beraber çocuğun mevcut yaşam çevresinde kalmasını gerektiren özel bir kırılgan durumu, örnek olarak fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığı ya da öğrenme güçlüğü de hakimın kararını etkileyecek unsurlardır.

Beşinci kıstas, TMK m. 337/II çerçevesinde vasi atama veya velayetin sağ kalan ebeveyne verilmesi haline ilişkin çocuğun iradesidir. Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun hukuki dinlenilme hakkını düzenlemektedir. Sözleşme, usulüne uygun yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir sözleşme olduğundan, AY m. 90 gereği kanun hükümlerinden de önce uygulama alanı bulacaktır. BMÇHS m. 12/I uyarınca, “[t]araflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar”.

Bununla birlikte, bu açıklıkta olmasa da TMK m. 339/III, anne ile babanın önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tuta-

³⁶ AKYÜZ, s. 236; REYHANİ YÜKSEL, s. 49.

³⁷ MEIER, 2001, s. 72, sn. 43.

³⁸ AKYÜZ, s. 236; BSK I-SCHWENZER, art. 298 ZGB, N. 6; BÜCHLER Walter/SPÜHLER Karl, **Berner Kommentar, Das Familienrecht, 1. Abteilung Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte, Die Ehescheidung, Artikel 137-158 ZGB**, 3. Auf., Stämpfli, Bern, 1980, art. 157 ZGB, N. 124; HEGNAUER, 1978, s. 48; MEIER, 2001, s. 72-73.

³⁹ MEIER, 2001, s. 72.

caklarını; TMK m. 450/I de vasiinin önemli işlerde karar vermeden önce görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olması kaydı ile vesayet altındaki çocuğun görüşünü olanak ölçüsünde alması gerektiğini düzenlemektedir. Böylece çocuğun dinlenilmesi hakkının Türk hukukunda yasal bir dayanağa sahip olduğu da kabul edilmelidir. Çocuğun dinlenilmesi ile de, bir yandan çocuğun kişi varlığına verilen değer gösterilir iken; diğer yandan çocuk ile ilgili davalarda delilleri serbestçe araştırma görevi olan hakimin uyuşmazlığı daha iyi anlaması sağlanmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla aile mahkemesi hakimi TMK m. 337/II kapsamında çocuğa vasi atanmasının mı yoksa velayetin sağ kalan ebeveyne verilmesinin mi daha uygun olacağını belirler iken çocuğu dinleyecek; vasi atanmasına hükmetmiş ise, sulh hukuk mahkemesince vasi atanması kararı verilirken çocuk yine hukuki dinlenilme hakkını kullanabilecektir⁴¹.

Son olarak dikkate alınacak kıstas ise, ölen ebeveynin iradesidir. Dikkate alınacak bu iradenin, çocuğun üstün menfaatinin belirlenmesindeki genel çerçevesi ve etkisi devam eden başlıklar altında incelenmiştir.

II. ÇOCUĞUN ÜSTÜN MENFAATİNİN BELİRLENMESİNDE ÖLEN VELİNİN İRADESİNİN GENEL ÇERÇEVESİ

Tek başına velayete sahip kişinin, ölümünden sonra TMK m. 337/II kapsamında alınacak vasi atanması veya velayetin diğer ebeveyne bırakılması kararı hakkında iradesini beyan etmiş olması mümkündür. Bu yetki TMK m. 415'te düzenlenen hakkın kullanılmasının bir görünümüdür. İlgili hüküm uyarınca “[h]aklı sebepler engel olmadıkça, vasilîge, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana veya babasının gösterdiği kimse atanır”⁴².

⁴⁰ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. II**, Vedat, İstanbul, 2009, s. 1219; ÖZTAN, s. 1030; USTA, s. 146. Bununla birlikte hakimin çocuğu dinlemesi, çocuğun görüşleri ile bağlı olduğu anlamına da gelmez. Hakim karar verir iken çocuğun üstün menfaatini temel kriter olarak göz önünde tutacaktır.

⁴¹ Çocuğun kendisini ilgilendiren önemli konularda kararının alınmasının her türlü idari ve adli makamı bağladığına ilişkin bkz. HEGNAUER, 1984, s. 83. “[...] Bu bakımdan inceleme tarihinde yaşı itibarıyla idrak çağına gelen ortak çocuğun; mahkemece bizzat veya istinabe suretiyle eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek velayet hakkındaki tercihi” kendisinden sorulmalıdır: Yarg. 2. HD, 28.02.2017, E. 2016/19999, K. 2017/2107 (Yargıtay Karar Arama); Yarg. 2. HD, 07.09.2015, E. 2015/5227, K. 2015/15046 (GENÇCAN, 2022, s. 1321).

⁴² İsviçre Medeni Kanunu'nda 1 Ocak 2013'te yürürlüğe giren değişiklik sonrası (RO 2011 725: FF 2006 6635), TMK m. 415'i karşılayan eski İsvMK m. 381 yürürlükten kaldırılmıştır. Erginlerin korunmasına, özellikle kayyım atanmasına ilişkin hükümlerin kıyasen çocuk koruma

Dolayısıyla bu yönde bir irade belirtmek ebeveynin ölümünden sonra da, çocuğuyla geçirdiği ortak hayat ve çocuğun iyiliğine ilişkin görüşü doğrultusunda çocuğun gelişimini korumak için en uygun çözümü sunma hakkından kaynaklanır⁴³. Velayetin kendisi devre ve miras ile intikale müsait değil ise de, çocuğun iyiliğini gözeterek ve vesayet makamının denetimine tâbi bir şekilde velayetten kaynaklanan bir yetkinin ölümünden sonra etkili olacak şekilde kullanılması mümkündür⁴⁴.

Tek başına velayet hakkına sahip kişinin TMK m. 337/II'nin uygulanmasına yönelik beyanı, hakime çocuğun üstün menfaatini belirlerken yol gösterecek kıstaslardan biri olacaktır. Bu noktada ölen velinin iradesini ne şekilde beyan edeceği ve irade beyanının kapsamına hangi hususların dahil olacağını ele almak gerekir.

A. İrade Beyanının Şekli

Tek başına velayete sahip olan ebeveyn ileri seviyede ölümcül bir hastalığa yakalanmış ise, risk düzeyi yüksek bir meslek ile iştigal ediyor ise, tehlikeli bir coğrafyada uzun süreli bir seyahate çıkacak ise veya ekstrem sporlar ile ilgileniyor ise, ölümü halinde çocuğunun durumunu düşünmesi ve

makamlarınca da uygulanacağına ilişkin İsvMK m. 327c/II'nin yaptığı atıf çerçevesinde, vasi atanırken yine anne ve babanın dinleneceği sonucuna varılmaktadır. Erginlerin korunmasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulama alanı bulacağı gerekçesi ile, çocuğa vasi atanırken annesini dinlemeyen kanton mahkemesi kararının bozulmasına ilişkin bkz. Federal Mahkeme, 5A_869/2015, 18.03.2016 (Swisslex).

⁴³ BAUMANN Werner, "Die Bestellung des Vormundes nach Art. 380 und 381 ZGB", **ZVW** 1958, s. 8; EGGER August, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band Das Familienrecht, Dritte Abteilung: Die Vormundschaft (art. 360-456)**, 2. Auf., Schulthess, Zurich, 1948, art. 381 ZGB, N. 8; MEIER, 2001, s. 73-74. Bununla birlikte TMK m. 415 çerçevesinde görüş bildirme hakkı, velayet diğer ebeveyne verilir veya vasi atanırken uygulama alanı bulur. Vasi görevi bırakmış ise, yeni bir vasi atanacağı zaman da bu görüş dikkate alınabilecektir. Ne var ki, görev süresi sona eren bir vasi vasilik görevine devam etmek istiyor ise ve o zamana kadar görevini layığı ile yerine getirmiş ise, çocuğun menfaati vasiinin değiştirilmemesi yönünde olacaktır. Kaldı ki süre uzatımı için yeniden anne ve babanın iradesinin dikkate alınması, vasiinin konumunu ebeveyne karşı zayıflatır. Her görev süresi bitiminde TMK m. 415 uygulanmamalı, çocuğun üstün menfaati yeni bir vasi seçimini gerektirdiği hallerde, TMK m. 415 hükmüne yeniden müracaat edilmelidir. HEGNAUER, 1984, s. 88.

⁴⁴ Yoksa bu belirleme ile vesayet makamının vasi atama kararını sınırlamak mümkün değildir: DISCHLER Ralph, **Die Wahl des geeigneten Vormunds**, Universitätsverlag, Fribourg, 1984, N. 381; MEIER, 2001, s. 74. Benzer bir menfaat organ ve doku naklinde de görülür. Organ ve doku nakline yönelik irade beyanında bulunmayan kişinin, bir kaza sonucunda ölmesi üzerine organlarının bir başkasına nakledilmek üzere alınırken yakınları olan anne ve babasının rızasının sorulmasının, anne ve babanın kişilik haklarından kaynaklandığına ilişkin bkz. ATF 101 II 177 = JdT 1976 I 361. Organ ve doku nakline ilişkin kanun çıkarıldıktan sonra, yakınların rızasının yine kendi kişilik haklarından kaynaklandığına ilişkin bkz. BGE 123 I 112.

özellikle kendi ölümünden sonra çocuğunun korunması ve yasal temsiline ilişkin bir irade beyan etmesi mümkündür. Bu irade beyanın şekli incelenir iken, İsviçre hukukunda uygulanan ve Türk hukukunda da uygulanması mümkün olan ebeveyn vasiyetine özel olarak yer verilecektir.

1. İrade Beyanının Şekle Tâbi Olmaması Esası

Tek başına velayete sahip olan kişinin, ölümü halinde çocuğun korunması ve yasal temsiline yönelik iradesini sözlü veya yazılı şekilde ifade etmiş olması mümkündür⁴⁵. İlk olarak, diğer aile üyeleri ve hatta çocuk ile bu hususta konuşmuş olabilir. Aile üyelerine, çocuğa ve hatta diğer ebeveyne mektup, e-posta, kısa mesaj göndermek gibi yazılı bir bildirimde bulunmuş olabilir.

Diğer ebeveyne yazılı bildirimler çerçevesinde, irade beyanının anlaşmalı boşanma protokolünde de yer alması düşünülebilir. Böyle bir halde, velayete sahip kişinin ölümü üzerine çocuğun korunması ve yasal temsiline yönelik iradesinin anlaşmalı boşanma protokolünün ihtiyari içeriğine dahil olması mümkündür⁴⁶. Boşanma protokolü kapsamında çocuğun velayetinin eşlerden birine bırakılması kararlaştırılmış ise, bu eş ölümü halinde çocuğa vasi atanması yerine velayetin diğer ebeveyne bırakılması hususunda iradesini ortaya koymuş olabilir. Diğer bir ihtimal ise eşler ortak velayeti benimsemiş olup, ikisinin de ölümü üzerine çocuk hâlâ küçük ise, çocuğa kimin vasi olmasını istediklerine yönelik bir hüküm öngörmeleridir. Bununla birlikte velayetin kendisine bırakılacağı kararlaştırılan eş, ölümü halinde çocuğa vasi atanmasına yönelik bir irade bildirmek ister ise, muhtemelen anlaşma sağlanamayacak ve dava çekişme esasına dayalı boşanmaya çevrilecektir. Bu iradeyi anlaşmalı boşanma protokolüne yansıtmak yerine, velayet kendisine bırakılacak eşin, ölümünden sonra çocuğun korunması ve yasal temsiline yönelik iradesini başka şekilde beyan etmesi yerinde olur.

⁴⁵ MEIER, 2001, s. 77; MEIER Philippe, “Le «testament parental»”, *Journée de droit successoral* 2024, Stämpfli, Berne, 2024, s. 30; ÖZTAN, s. 1306; ROSSEL Virgil/MENTHA Fritz-Henri, *Manuel du droit civil suisse T. I*, 2e éd., Payot, Lausanne-Genève, 1922, N. 803. Hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yazılı şekilde yapılması gerektiğine, hatta mümkün ise vasiyetname şeklinde yapıp resmi bir makama (Türk hukuku açısından notere) teslim edilmesinin daha yerinde olacağına ilişkin görüş için bkz. PETERHANS, s. 4. Genel olarak bu beyanın herhangi bir şekil şartına tâbi olmadığı belirttikten sonra ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmasını öneren yazarlar için bkz. BAUMANN, s. 7, 8; BKSCHNYDER/MURER, art. 380/381 ZGB, N. 87; BSK I-HÄFELI, art. 380/381 ZGB, N. 9.

⁴⁶ Hakimin boşanma sırasında çocuğun velayetine hükmeder iken geniş bir takdir yetkisi olduğunu ve çocuğun üstün yararı çerçevesinde karar vereceğini ifade etmek gerekir. Bu noktada anne ile babanın boşanma protokolünde çocuğun velayetine yönelik anlaşma hakimi bağlamaz; hakim bu anlaşmayı yine çocuğun üstün yararı çerçevesinde denetleyecektir. REYHANİ YÜKSEL, s. 46.

Çocuğun tek velisi ayrıca bu iradesini vasi olmasını istediği kişiye yazılı bir talimat ile yöneltmiş ve karşı taraftan olumlu bir cevap almış olabilir⁴⁷. Hatta kimseye iletmesine gerek olmaksızın bu yöndeki iradesini beyan ettiği bir belge, sosyal medya gönderisi ve bir sonraki başlıkta ele alınan bir vasiyetname hazırlamış olabilir.

2. Ebeveyn Vasiyeti Uygulaması

Vasiyetnameler ve miras sözleşmelerinin kapsamında, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olmayan, vasiyetçinin farklı hukuk alanlarına ilişkin irade beyanlarına da yer verilebildiği görülmektedir. Örnek olarak, bir erkeğin vasiyetnamesinde evlilik dışı doğan çocuğunu tanıdığını beyan etmesi (TMK m. 295/I), bir çocuğa yapılan kazandırmanın anne ve babasının yönetimi dışında bırakıldığının bildirilmesi (TMK m. 358) veya organ bağışında bulunulması⁴⁸ mümkündür. Bu çerçevede, tek başına velayete sahip olan kişinin ölümünden sonra çocuğunun korunması ve yasal temsiline yönelik iradesini vasiyetname ile bildirmesi de kabul edilmektedir. İsviçre uygulamasında, velinin vasiyetnamesinde beyan ettiği bu iradesi, ebeveyn vasiyeti olarak adlandırılmaktadır⁴⁹.

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olmayan bu irade beyanının, vasiyetçinin iradesinin aile mahkemesi ve duruma göre vesayet makamına iletilmesini konu alan bir yüküleme şeklinde de kurgulanabileceği ifade edilmektedir⁵⁰.

Ebeveyn vasiyeti, şekli anlamda bir vasiyetname ile yapılacaktır. Dolayısıyla bu vasiyetname resmi şekilde yapılabileceği gibi, tek başına velayete

⁴⁷ Her ne kadar İsviçre hukukunda vesayet makamına bir mektup gönderilmesinin mümkün olduğu ifade edilmekte ise de (MEIER, 2001, s. 78), bu yöntemin Türk uygulaması bakımından kabulü kanaatimizce mümkün değildir.

⁴⁸ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m. 14/I (RG no. 16655, 03.06.1979).

⁴⁹ “*Testament parental*”, “*testamento genitoriale*”, “*Sorgerechtsverfügung*”. Kavram için bkz. MEIER, 2001, s. 79; MEIER, 2024, s. 20.

Ebeveyn vasiyetinin İsviçre hukukunda özel olarak düzenlenmediğine ilişkin bkz. ROSSEL/MENTHA, N. 803. Anne ve babanın vasi seçimine ilişkin iradesini vesayet makamına ancak bir vasiyetname veya noter senedi yoluyla iletebileceğine ilişkin Fransız MK m. 403/II ve İtalyan MK m. 348/I; bir vasiyetname, noter senedi veya sulh hukuk mahkemesi önünde yapılacak beyan ile iletebileceğine ilişkin Belçika MK m. 392/I; anne ve babanın vasiyetname yoluyla ölümleri halinde çocukları için bir vasi tayin edebilecekleri veya belirli kimseleri vasilikten dışlayabileceklerine ilişkin §1782 BGB ebeveyn vasiyetinin Fransa, İtalya, Belçika ve Almanya’da tanındığını göstermektedir.

⁵⁰ MEIER, 2024, s. 34.

sahip olan ebeveynin el yazısı ile veya sözlü olarak da yapılabilir (TMK m. 531). Bununla birlikte ebeveyn vasiyetinin bir miras sözleşmesi kapsamında yer alması da mümkündür. Ne var ki bu halde miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğini oluşturacak ve vasiyetçinin karşı tarafın rızası gerekmeksizin bu tasarruftan dönmesi mümkün olacaktır⁵¹.

Ebeveyn vasiyeti ile veli, ölümünden sonra çocuğun korunması ve yasal temsiline yönelik bir irade beyanında bulunmuş ve ayrıca vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin etmiş ise; vasiyeti yerine getirme görevlisinin vasiyetçinin son arzularını yerine getirmek ile görevli olduğu dikkate alındığında⁵², vasiyetnamenin içeriği ile ilgili aile mahkemesine ve/veya sulh hukuk mahkemesine başvurabileceği kabul edilmelidir.

B. İrade Beyanının Kapsamı

Her ne kadar irade beyanında bulunan kişi bu beyanın içeriğinin hukuki değerlendirmesini yapamayacak olsa da, bu beyanın kapsamı farklı unsurları ile aile mahkemesi hakimi ve sulh hukuk mahkemesi hakimini ilgilendirebilir. Dolayısıyla kapsam olarak aile mahkemesi hakiminin dikkate alacağı ve sulh hukuk mahkemesi hakiminin dikkate alacağı irade beyanlarını birbirinden ayırmak gerekir.

1. Aile Mahkemesi Hakiminin Dikkate Alacağı İrade Beyanı Kapsamı

Tek başına velayete sahip ebeveyn, aile mahkemesine kendi ölümünden sonra çocuğa vasi atanması veya çocuğun velayetinin diğer ebeveyne bırakılmasına ilişkin iradesini iletebilir. İlk olarak, çocuk evlilik birliği dışında doğmuştur ve velayete sahip olan anne, çocuk ile arasında soybağı tesis edilmiş olan baba ve çocuk bir aile hayatı sürmekte olabilirler. Bu hal bakımından Türk hukuku tartışmalı olmak ile birlikte ortak velayete izin verme-

⁵¹ DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku**, 19. Bası, Filiz, İstanbul, 2023, N. 609; İMRE/ Zahit/ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 17. Basım, Der, İstanbul, 2024, s. 182; STEINAUER Paul-Henri, **Le droit des successions**, 2e éd., Stämpfli, Berne, 2015, N. 523 ve N. 733, dn. 1.

⁵² DURAL/ÖZ, N. 747; GEISER Thomas/WOLF Stefan, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchulT ZGB**, 7. Auf., Helbing Lichtenhahn, Basel, 202, BSK II-LEU, art. 518 ZGB, N. 3; İMRE/ERMAN, s. 167; STEINAUER, N. 1171. Hatta düzenlenmiş bir vasiyetname olmasa dahi, mirasbırakanın kişisel belgelerinden ölümünden sonra çocuğun korunması ve yasal temsiline ilişkin iradesini tespit eden vasiyeti yerine getirme görevlisinin de yine mahkemeye başvurabileceği yönünde bkz. MEIER, 2001, s. 79; MEIER, 2024, s. 35.

diğinden⁵³, baba çocuğun velisi olamamaktadır. Ne var ki anne ölümünden sonra çocuğa vasi atanmasından ise, halihazırda aile birliği oluşturdıkları babaya velayetin verilmesi yönündeki iradesini ortaya koyabilir. Boşanan eşlerin anlaşmalı boşanma protokolüne, tek başına velayete sahip olan ebeveynin ölümü halinde, diğerinin velayet hakkını alacağına yönelik bir hükmü koymaları da bu kapsamda görülecektir.

Ne var ki uygulamada genellikle aksi ihtimal ile karşılaşılmakta; tek başına velayete sahip olan ebeveyn, çocuğun velayetinin diğer ebeveyne bırakılmasından ise bir vasi tayini yönünde görüş bildirmektedir. Bu kişinin sadece velayetin diğer ebeveyne verilmemesini istemesi de, çocuğa vasi atanması yönündeki iradesini örtülü olarak ortaya koymaktadır. Velayete sahip ebeveyn diğer ebeveyni ve/veya onun aile üyelerini çocuğun bakımında etkili olmaktan alıkoymak için bu yolu benimsemektedir.

Tek başına velayete sahip kişinin çocuğun velayetinin diğer ebeveyne verilmesi veya çocuğa vasi atanması yönündeki iradesini beyan ederken bir gerekçe ileri sürmesi gerekmez. Ne var ki özellikle vesayetin ikincilliği dikkate alındığında, velayete sahip kişinin vasi atanmasının çocuğun üstün menfaatine daha uygun olduğuna ilişkin nedenleri ortaya koyması yerinde olur⁵⁴. Bu çerçevede, diğer ebeveynin uyuşturucu bağımlılığı veya aile içi

⁵³ TMK m. 337 hükmünün olumsuz bir çözüm öngördüğü ve ortak velayete izin vermediği görüşü için bkz. BAYGIN, s. 271; ÖZTAN, s. 1092 vd.; REYHANİ YÜKSEL, s. 49. TMK m. 337 hükmünün ortak velayet bakımından bir boşluk barındırdığını ve çocuğun üstün menfaati gerektiriyorsa, hakimın evlilik dışı doğmuş bir çocuk için de anne ve babasının ortak velayetine hükmedebileceğini ilişkin görüş için bkz. ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 453; SEROZAN, s. 254-255. Yargıtay önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, yabancı hukuka tâbi kişilerin evlilik dışı ilişkilerinden olan çocuklarının ortak velayetinin tanınması Türk kamu düzenine aykırı görülmemiş ise de (Yarg. 2. HD, 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737, GENÇCAN, 2022, s. 1314-1315) Türk hukukuna tâbi iki Türk vatandaşının evlilik dışı ilişkilerinden olan çocukları için ortak velayete hükmedilen bir karara henüz denk gelinmemiştir.

⁵⁴ Cenevre Kanton Mahkemesi önüne gelmiş bir uyuşmazlık kapsamındaki ebeveyn vasiyetinin gerekçesi örnek gösterilebilir. (C) ile evlilik dışı ilişkisinden (B)'yi dünyaya getiren (A), kendisi (B) ergin olmadan ölür veya kalıcı olarak ayırt etme gücünü kaybeder ise, çocuğun velayetinin onu tanıyan baba (C)'ye verilmemesi gerektiğini; kendi annesi, ablası veya erkek kardeşinin çocuğa vasi atanmasını istediğini beyan etmiştir. Ebeveyn vasiyetinin giriş kısmında, (C)'nin boşandığı eşinden 18 ve 20 yaşında iki kızının olduğunu ve kızlarıyla birlikte yaşadıklarını, kızların (C)'nin manipülasyonları sonucunda kendi annelerine yabancılaştığını, anneleri ve anne tarafındaki akrabalarıyla görüşmeyi reddettiklerini, kendisinin de bu aile ile birlikte yaşadığını dokuz yılın son derece zehirli ve gergin bir ortamda geçtiğini, (C)'nin sürekli kendisini aşağıladığını, hamileliği sırasında ve doğumdan sonra kendisi ile ilgilenmediğini, doğumdan birkaç gün sonra kızlardan birinin kendisini bebeği ile evden kovmasına tepkisiz kaldığını ve kendi ailesinin yanında sığındığını gerekçe olarak göstermiş; (C)'ye velayetin bırakılması halinde (B)'nin kendi ailesi ile görüşmesini engelleyeceği ve (B)'ye bırakacağı malla-

şiddet geçmişi, velayet hakkından kaynaklanan görevleri gereği gibi yerine getiremeyeceğine yönelik ciddi işaretler olarak görülebilecektir. Ancak, salt boşanma sürecinin sancılı geçmiş olması, çocuğun üstün menfaatinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir kıstas olamaz.

2. Sulh Mahkemesi Hakiminin Dikkate Alacağı İrade Beyanı Kapsamı

Tek başına velayet hakkına sahip ebeveynin, velayetin diğer ebeveyne verilmemesi yönündeki iradesi aile mahkemesince çocuğun üstün yararı ile uyumlu görüldüğünde, çocuğa vasi atanması için sulh mahkemesine ihbarda bulunulacaktır. Vesayet makamı sıfatı ile çocuğa vasi atanması sırasında, velayete sahip ebeveyn yine seçilecek vasiye yönelik irade beyanında bulunmuş olabilir⁵⁵.

Seçilecek vasiye yönelik irade iki farklı yöntem ile beyan edilebilir. Tek başına velayete sahip ebeveyn, sadece bir vasi önerisinde bulunarak bu önerisinin gerekçelerini açıklayabilir. Vasi olarak belirlenen kişi aile çevresinden uzaklaştıkça gerekçelendirmenin daha detaylı olması aranacaktır⁵⁶. Kaldı ki vasi olarak önerilen bu kişinin adı, soyadı, adresi, doğum tarihi, çocuk ile olan bağı yansıtılarak belirlenmesi gerekir. Vasi adayının ölümü, fiil ehliyetini kaybı, vasilik görevini reddetmesi gibi risklere karşı birden çok vasi adayı önerisinde de bulunabilir. Önerdiği ilk vasi adayının vasi atanmaması hali için ikinci vasi adayını yedek olarak belirleyebileceği gibi, önerdiği bütün vasi adaylarının birlikte vasilik yapmasını da talep edebilir. İkinci yöntem ise, büyük anne ve büyük baba gibi belirli bazı kişilerin veya sağ kalan ebeveynin aile üyeleri gibi belirli bir gruba tâbi kişilerin vasiliğinin veto edilmesidir⁵⁷. Bu durumda tek başına velayete sahip kişi birebir vasi önerisinde bulunmasa da, veto ettiği kişi veya grup haricinde bir vasi seçilmesi gerektiğine yönelik iradesini ortaya koymaktadır. Her iki yöntemde de önerilere bazı vade veya koşulların eklenmesi mümkündür. Örnek olarak, vasi olmasını istediği (A)'nın ilerlemiş yaşını dikkate alarak, ancak çocuk 12 yaşını doldurmadan vasilik görevini yapabileceğine veya vesayet altına alınamak çocuk ile aynı mahallede yaşamaya devam edecek ise (B)'nin vasi

rı yönetirken önemli bir menfaat çatışması yaşayacağı endişelerini ortaya koymuştur. Canton de Genève, 13.01.2022, DAS 14/2022 (https://entscheidsuche.ch/docs/GE_Gerichte/GE_CJ_006_C-27355-2020_2022-01-13.html, erişim tarihi.: 25.03.2025).

⁵⁵ MEIER, 2024, s. 27.

⁵⁶ MEIER, 2024, s. 39; PETERHANS, s. 5.

⁵⁷ BK-SCHNYDER/MURER, art. 380/381 ZGB, N. 89; DISCHLER, N. 370, dn. 462.

atanmasını istediğine yönelik beyanda bulunabilir. Her ne kadar bu irade gerekçe bildirilmeksizin beyan edilebilecek ise de, vasi olarak önerilen kişi ile çocuk arasında güven bağının oluştuğunun, bu kişi ile uzun süredir tanışıklığın olduğunun ve/veya çocuğa kalacak mirası iyi yönetim becerisine sahip olduğunun ortaya konulması, hakimnin bu irade beyanını dikkate alması bakımından etkisini arttıracaktır⁵⁸.

Tek başına velayete sahip olan ebeveyn, vasiinin kimliğine yönelik bir görüş bildirdikten sonra veya hiç bu yönde bir irade beyanında bulunmaksızın, vasiye yönelik talimatlarda bulunabilir⁵⁹. Bu talimatlar çocuğun mevcut okuluna devam ettirilmesi, bir engellilik durumu söz konusu ise ihtiyaçlarına uygun okulun belirlenmesi gibi eğitime; tek başına velayete sahip ebeveynin kendi ailesi ile çocuğun ilişkilerinin devam ettirilmesi gibi ailevi ve sosyal ilişkilerine; mevcut hekimi veya terapisti ile çalışmaya devam edilmesi gibi sağlığına; çocuğun mallarının idaresine; çocuğun başladığı sanatsal veya sportif faaliyetlerin desteklenmesine yönelik olabilir.

III. ÇOCUĞUN ÜSTÜN MENFAATİNİN BELİRLENMESİNDE ÖLEN VELİNİN İRADESİNİN ETKİSİ

A. Mahkemelerin İrade Beyanını Değerlendirirken Dikkate Alacağı Hususlar

1. Tek Başına Velayete Sahip Olan Kişinin İradesinin İncelenmesi

Tek başına velayete sahip ebeveynin, ölümünden sonra çocuğun korunması ve yasal temsiline yönelik irade beyanı gerek aile mahkemesi, gerek sulh hukuk mahkemesi tarafından hüküm kurulur iken dikkate alınacak bir kıstas olsa da, bağlayıcı değildir. Mahkemeler bakımından gözetilecek temel kriter, çocuğun üstün yararı olacaktır⁶⁰. Ne var ki çocuğun üstün yararının belirlenmesinde bu irade beyanından da yararlanılır.

Aile mahkemesi veya sulh hukuk mahkemesi hakimi, bu irade beyanını değerlendirirken öncelikle ciddi, açık ve çelişkisiz olduğunu denetlemelidir. Bu çerçevede baskıdan uzak şekilde, hızlı ilerleyen bir ölümcül hastalık haberinin alınması gibi öngörülebilir bir ölüm tehlikesi halinde ve ölümden

⁵⁸ MEIER, 2024, s. 27-28.

⁵⁹ MEIER, 2024, s. 28.

⁶⁰ BSK I-SCHWENZER, art. 297 CC, N. 4; MEIER, 2024, s. 37; PETERHANS, s. 5.

kısa süre önce beyan edilmiş, objektif kıstasların ve gerekçelerin ortaya konulduğu bir irade beyanı mahkemeler bakımından yol gösterici olacaktır⁶¹.

Mahkemelerin dikkat edeceği ikinci husus, irade beyanının güncelliğidir. Her ne kadar tek başına velayete sahip kişinin, kendi ölümü sonrası çocuğun korunması ve yasal temsiline yönelik iradesini uzun süre önce belirtmiş olması tek başına bu iradenin geçerliliğini etkilemeyecek ise de, aynı iradenin devam ettiğinin gerek aile mahkemesi hakimi, gerek sulh hukuk mahkemesi hakimi tarafından araştırılması gerekir. Özellikle boşanmadan kısa bir süre sonra kaleme alınmış, çocuğa vasi atanmasına ilişkin bir irade beyanının, sonrasında anne ve baba arasındaki ilişkinin iyileşmesi üzerine artık etkili olmadığı sonucuna varılacaktır⁶².

Ölen velinin, vasiye yönelik talimatlarının ise⁶³, hukuka ve ahlâka uygun olduğunun, rahatsız edici veya imkansız olmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Bu noktada çocuğa bırakılan miras payının çocuğun özel okulda eğitim görmesi veya bir yaz değişim programı ile yurt dışında eğitim almasına ayrılmasına yönelik talimat, miras payına isabet edecek değere göre vasiye yöneltilebilecek geçerli bir talimat olabileceği gibi imkansız da görülebilir. Bununla birlikte talimat vasiinin yetki alanını önemli ölçüde sınırlıyor veya çocuğun iradesine ve kişilik haklarına hâlel getiriyor ise, hukuka ve ahlâka aykırı görülecektir⁶⁴.

⁶¹ Bu beyanın mümkün ise çocuğun beyanı ile de desteklenmesinin, teknik ayrıntılardan ziyade yaşamak istediği yerin sorulmasının olumlu olacağına ilişkin bkz. MEIER, 2001, s. 78. Ne var ki gerek aile mahkemesi hakimi, gerek sulh hukuk mahkemesi hakimi çocuğu dinleyeceklerinden bu aşamanın gereksiz, hatta çocuk açısından rahatsız edici olacağı kanaatindeyiz. Tek başına velayet hakkına sahip ebeveynin yazılı bir irade beyanı hazırlar iken çocuğun da yazılı irade beyanını kendisinininkine ekleyerek çocuğu gereksiz bir endişeye sevk edeceğine ve böyle bir ek uygulamanın aranmaması gerektiğine inanıyoruz.

⁶² MEIER, 2024, s. 39. Dini pratiklere uyan Hristiyan ailelerin çocukları için seçtiği vaftiz anne ve vaftiz babaların da, dini rollerinin yanı sıra, çocuğun ebeveyninin zamansız ölümü halinde çocuğun bakımını üstlenmek gibi sosyal bir görevlerinin de bulunduğu düşünülür. Her ne kadar ölen ebeveynin çocuğu için bir vaftiz anne ve baba seçtiğinde, bu kişilerin kendi ölümü sonrasında çocuğun vasisi olmalarını istemiş olduğu düşünülebilir ise de, iradesini açıkça ortaya koymadıkça bu iradenin güncel olmadığı ve TMK m. 414'teki diğer hısımların öncelik hakkı karşısında vaftiz anne ve babanın vasi atanamayacağı sonucuna varılmalıdır. Tek başına velayete sahip ebeveynin çocuğun vaftiz anne ve babasının vasilik görevini üstlenmeleri istemesi durumunda, bu iradesini açıkça ortaya koyması aranacaktır. MEIER, 2001, s. 76.

⁶³ Yukarıda bkz. II. B. 2. Sulh Mahkemesi Hakiminin Dikkate Alacağı İrade Beyanı Kapsamı.

⁶⁴ MEIER, 2024, s. 36-37.

2. Diğer İlgililerin İradelerinin Değerlendirilmesi

Tek başına velayete sahip ebeveynin ölümü üzerine öncelikle aile mahkemesi, hem çocuğu hem de velayet davası açan veya re'sen açılmış davaya müdahil olan diğer ebeveyni dinleyecektir⁶⁵. Aile mahkemesi hakiminin çocuğun velayetinin diğer ebeveyne verilmesi yerine çocuğa vasi atanması yönünde hüküm oluşturduğu hallerde, sulh hukuk mahkemesinin dinleyeceği kişi çevresinin daha geniş olduğunu ifade etmek gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 415. maddesi uyarınca, “[h]aklı sebepler engel olmadıkça, vasilığe, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana veya babasının gösterdiği kimse atanır”. Dolayısıyla tek başına velayete sahip ebeveyn haricinde, velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin ve çocuğun da dinlenmesi gerekmektedir⁶⁶.

Çocuk sadece TMK m. 415'te öngörülmüş olduğu için değil, genel olarak BMÇHS m. 12'nin doğrudan uygulanabilir kuralı gereği ile de hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Aile mahkemesi önünde çocuğu, velayetinin sağ kalan ebeveyne mi verilmesi veya kendisine bir vasi mi atanmasını istediği hususunda dinleyecek iken; vesayet makamı gerek ölen velinin belirlediği vasi adayı, özellikle bu vasi adayı ile olan bağı hakkında çocuğu dinleyecek, gerek ölen velinin vasiye yönelik çocuğun yaşam çevresi, eğitimi, sağlığı gibi konularda talimatları var ise, bu talimatlara ilişkin de olgunluğu ölçüsünde görüşünü soracaktır. Vesayet mahkemesi, çocuğun iradesini yaşı ve ayırt etme gücünü de dikkate alarak, çocuğun üstün menfaati çerçevesinde değerlendirmesi gerekir⁶⁷. Ayrıca çocuğa, ölen velisinin iradesinden bağımsız olarak vasisinin kim olmasını istediği de sorulmalıdır. Çocuk ile ölen ebeveynin iradeleri çatıştığında ise, çocuğun üstün menfaati değerlendirilerek çocuğun belirlediği kişinin veya tarafsız bir vasinin atanması yerinde olacaktır⁶⁸.

İkinci olarak, yine TMK m. 415'te öngörüldüğü üzere hayatta kalan ebeveyn dinlenecektir. Hüküm, velayet hakkından bağımsız olarak anne ve babanın dinleneceğini düzenlemiş, çocuklarının vasisine ilişkin görüş bildirme haklarının kişilik haklarından kaynaklandığı düşüncesi pekiştirilmiş-

⁶⁵ Yukarıda bkz. I. B. Çocuğun Menfaatinin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınacak Kıstaslar.

⁶⁶ AKYÜZ, s. 321.

⁶⁷ AKYÜZ, s. 322; MEIER, 2001, s. 77.

⁶⁸ Birden fazla uygun vasi adayının arasından, çocuğun belirlediği kişinin seçileceğinin, zira vasilik kurumunun en çok çocuk ile vasi arasında güven ilişkisi tesis edilebildiğinde verimli olduğuna ilişkin bkz. BAUMANN, s. 8.

tir. Sağ kalan ebeveyn aile mahkemesi önünde velayetin kendisine verilmesini istemiş veya hiç böyle bir talep ileri sürmemiş olabilir. Aile mahkemesinin talebini reddetmesi veya bu yönde bir talep olmadığından vasi atanmasına hükmedip vesayet makamına ihbarda bulunması fark etmeksizin, diğer ebeveyn TMK m. 415 çerçevesinde vasiliğe yönelik görüş bildirecektir. Sağ kalan ebeveyn aile mahkemesinden velayetin kendisine verilmesini istemiş ancak talebi reddedilmiş ise, kimin vasi olmasını istediğine yönelik önerisinin vesayet makamınca sıkı bir değerlendirmeye tâbi tutulması lazımdır. Zira, sağ kalan ebeveynin kendine yakın, üzerinde hakimiyet kurabileceği ve çocuk ile ilişkisini kendi çıkarlarına uygun şekilde manipüle edebileceğini düşündüğü bir kişiyi vasi adayı olarak göstermesi ihtimal dahilindedir.

Son olarak TMK m. 415'te sayılmamış olsa dahi, tek başına velayet hakkına sahip ebeveynin vasi olarak gösterdiği kişinin de dinlenmesi gerekir. Bu kişinin dinlenmesi sonucunda ölen velinin iradesinin çocuğun menfaati ile ne derece uyumlu olduğu anlaşılacaktır⁶⁹.

B. Verilecek Karar ve Kararda Değişiklik İmkânı

1. Verilecek Karar, Özellikle Vasi Atanması

Yukarıda işaret edilen kıstasları⁷⁰ uygulayan aile mahkemesi hakimi, çocuğun velayetinin sağ kalan ebeveynine verilmesine hükmedebilir. Bu halde uyuşmazlık vesayet makamı önüne gitmeyecektir. Ne var ki, aile mahkemesince çocuğa vasi atanmasına karar verilmiş ise, ölen ebeveynin vasi tayini-ne yönelik iradesinin TMK m. 415 dahilinde değerlendirilmesi gerekir.

Vesayet makamı, TMK m. 415 çerçevesinde, kendisine yöneltilen vasi önerisi ile bağlı olmamak ile beraber, haklı sebepler engel olmadıkça bu öneriyi uygulayacaktır⁷¹. Özellikle bildirilen vasi adayı, çocuğun iyiliğini

⁶⁹ Hatta çocuğa geçici bir temsilci atanmış ise, geçici temsilcinin dinlenilmesinden sonra, ölen velinin vasi olarak belirlediği kişinin dinlenilmesinin daha uygun olacağına ilişkin bkz. MEIER, 2001, s. 77.

⁷⁰ Bkz. I. B. Çocuğun Menfaatinin Değerlendirilmesinde Dikkate Alınacak Kıstaslar. Evlilik dışı bir çocuk dünyaya getiren (T), kendisine bir şey olursa teyze (U)'nun çocuğa vasi olmasını istediğini beyan etmiştir. (T)'nin trafik kazasında ölümü üzerine baba (R) çocuk ile yoğun olarak ilgilenmiş ve çocuğun velayeti (R)'ye verilmiştir. (U)'nun itirazı üzerine Federal Mahkeme, yakınların vasi atanmasında bir öncelik hakları bulunsa da, bu hakkın çocuğun üstün yararı çerçevesinde kullanılacağına vurguda bulunur. Velayete tek başına sahip olan ebeveynin gösterdiği vasi adayı, sırf aday gösterilmesine dayanıp başka gerekçe ileri sürmeden çocuğun velayetinin babaya verilmesine karşı çıkamaz. Federal Mahkeme, 5A_439/2009, 14.09.2009 (Swisslex).

⁷¹ BSK I-HÄFELI, art. 380/381 ZGB, N. 8; MEIER, 2001, s. 74; MEIER, 2024, s. 38; ÖZTAN, s. 1305-1306; PETERHANS, s. 5; ZK-EGGER, art. 381 ZGB, N. 9.

önemseyen, onunla duygusal bağ geliştirmiş biri ise, bu iradede uzaklaşmak için bir sebep bulunmaz⁷². Bu noktada vasinin çocuğa birebir kendisinin bakmasının da gerekmediği, çocuğun aile yanına veya kuruma yerleştirilmesinin mümkün olduğu da dikkate alınmalıdır.

Vesayet makamının önerilen kişinin vasilik görevini üstlenmek için genel becerilerinin yanı sıra, çocuğun özel gereksinimlerini karşılayabilme becerisine de sahip olduğunu kontrol etmesi gerekir⁷³. Vasi olarak önerilen kişinin, çocuğun ahlâki gelişimini ve mesleki eğitimini devam ettirebilecek ve mallarını yönetecek becerilere sahip olması lazımdır. Ayrıca, çocuk ile arasında mevcut güven bağı aranır. Bu kriterlere sahip olmayan vasi adayının vasiliğine haklı sebeplerin engel olduğu sonucuna varılacaktır. Ölen velinin vasi adayının vasiliğini engelleyen haklı sebepler kişisel, mesleki veya ekonomik temelli olabilir. Özellikle önerilen kişinin yetersiz bakım becerisi, çocuğa oranla çok yaşlı olması, çocukla arasındaki gerilimler, çocuğun mallarını yönetme hususundaki art niyeti, anne ve baba arasındaki geçmiş ihtilaflara karışmış olması, çocuğa tamamen yabancı bir yere taşınma riski veya sağ kalan ebeveyn ile mesafeli bir ilişki yürütememesi vasiliğini engelleyecek haklı sebep olarak dikkate alınacaktır⁷⁴. Vasiliğini engelleyecek haklı sebepler değerlendirilirken eğitimi, mesleği, sosyal statüsü, cinsiyeti, sağlık durumu ve hatta bazı hallerde dininin de çocuk ile arasında menfaat çatışması yaratma ihtimalinin bulunduğu sonucuna varılabilir. Aynı zamanda bu kişi çocuk ile uygun bir mesafeye kuramayacak, gerektiğinde otorite kullanamayacak bir yapıda ise yine vasiliği uygun görülmemektedir⁷⁵.

⁷² AKYÜZ, s. 422; MEIER, 2001, s. 75; ZK-EGGER, art. 381 ZGB, N. 4; HEGNAUER, 1984, s. 87. Bu son yazar, aynı zamanda vasi adayının bilgili ve tecrübeli olmasının yeterli olmayacağını, çocuğun iyilik halinin korunabilmesi için sabır, dirayet, incelik, kararlılık ve hoşgörü yeteneği ile anne ve babanın doğal olarak sahip olduğu çocuk ile bağ kurma becerisini de göstermesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca anne ve/veya babanın çocuklarını kendi istedikleri şekilde eğitecek kişiyi daha iyi belirleyebileceğine, devletin müdahalesi ile çocuğun yararına uygun olarak devam ettirilen eğitime karışılmaması gerektiğine ilişkin bkz. AKYÜZ, s. 321.

⁷³ BK-SCHNYDER/MURER, art. 379 ZGB, N. 57; BSK I-HÄFELI, art. 379 ZGB, N. 11 vd.; MEIER, 2001, s. 74-75. Vasilik becerileri incelenirken, çocuğun üstün yararının birincil kriter olacağına ilişkin bkz. MEIER, 1996, s. 87.

⁷⁴ AKYÜZ, s. 320-321; BAUMANN, s. 6-7; MEIER, 2001, s. 75. Vesayet altındaki çocuğun ağabeyinin, yakın hısımları olan vasiyi etkileyerek miras paylaşımını geciktirdiği bir vakıa aktarımı için bkz. BAUMANN, s. 5.

⁷⁵ AKYÜZ, s. 320. Vasinin, vesayet altındaki çocuğun hoşuna gitmeyecek önlemleri alma becerisine de sahip olması gerektiği hususunda bkz. BAUMANN, s. 4-5. Kanaatimizce de, sağlıklı sınırların koyulabilmesi çocuğun üstün menfaatine dayanır.

Bütün bu hallerde hakim, ölen ebeveynin vasilığe yönelik irade beyanından neden ayrıldığını gerekçeleri ile ortaya koymalıdır.

Benzer bir değerlendirme, velayete sahip olan ebeveynin belirli bir kişiyi veya bir kişi grubunu vasilik çevresinden uzaklaştırdığında da yapılacaktır. Ebeveynin bir kişiyi veya bazı kişileri vasilikten dışlama iradesi, bu kişi veya kişilerin TMK m. 413/I çerçevesinde vasilik görevini yapabilecek yetenekte olmadığı yorumunun yapılmasına sebep olur⁷⁶. Vesayet makamı kural olarak başka bir vasi bulunabildiği müddetçe bu veto hakkına saygı duymalıdır. Bu noktada ebeveynin son arzusunun yerine getirilmesi önemli bir risk arz etmez⁷⁷. Yine de keyfi veya art niyetli vetoların dikkate alınmaması lazımdır; bu noktada vesayet makamının TMK m. 415'teki anne ve babanın vasiye yönelik iradesini dikkate alacağı kuralından ayrılabileceği kabul edilir⁷⁸.

Ölen velinin belirlediği vasi adayının vasilığına haklı bir engel bulunduğunu tespit eden vesayet makamı, vasiyi kendisi tayin edecektir. Bu çerçevede, vasilik görevini yerine getirmede yetkin birisi araştırılacaktır. Bu araştırma yapılır iken, TMK m. 414'teki yakınların öncelik hakkı dikkate alınır. İlgili hüküm uyarınca, haklı sebepler engel olmadıkça ve vasilik koşullarına sahip olmaları kaydı ile, çocuğun yakın hısımlarından biri vasilik görevine atanacaktır. Bu atamada yerleşim yerinin yakınlığı⁷⁹ ve kişisel ilişkiler de

⁷⁶ ÖZTAN, s. 1306.

⁷⁷ MEIER, 2024, s. 41.

⁷⁸ BK-SCHNYDER/MURER, art. 380/381 ZGB, N. 89; FALB Fritz, "Zum Vorrecht des nahen Verwandten bei der Bestellung des Vormundes (Art. 380 ZGB)", *ZVW* 1948, s. 14; MEIER, 2001, s. 75-76.; MEIER, 2024, s. 41.

⁷⁹ Zug idari makamlarının önüne gelen bir uyuşmazlıkta, boşanma sonrasında velayeti anneye bırakılan çocuğun annesinin bir süre sonra uyuşturucu çevrelerine girmesi ve çocuğu ile ilgilenmemesi sebebi ile velayeti anneden kaldırılır, çocuk aile yanına yerleştirilir ve bir sosyal hizmet uzmanı çocuğa vasi olarak atanır. Anneanne karara itiraz ederek yakın hısımların olması gerekçesi ile çocuğun vasisinin kendisi olması gerektiğini ileri sürer; anne de anneannenin vasi atanması şartı ile kendisinden velayetin kaldırılmasına razı geldiğini ifade eder. Anneannenin mirası annenin ölümünden sonra çocuğa intikal edeceği için, çocuğun eğitimi ile birebir ilgilenmek istemektedir. Sunulan uzman raporunda, mevcut vasisinin profesyonel olarak bu işi yaptığı ve çocuğun hem anne ve anneanesi ile hem de baba ve babaannesini ile ilişki kurmasına tarafsız biri olarak imkan sağladığı, çocuğun yanına yerleştirildiği aile ile anneannenin çocuğun gideceği okula ilişkin fikir ayrılığının olduğu, her ne kadar anneanne çocuğun okulunun değiştirilmesini istiyor ise de, kendi mesleki faaliyetini bırakmak istemediğinden çocuğu yanına almak istemediği ve okulun çocuğun birlikte yaşadığı ailenin yerleşim yerine çok uzak olduğu ortaya konulmuştur. Bunun üzerine makam, öncelikle annenin velayetin kaldırılmasına anneannenin vasi atanması şartı ile razı geldiği yönündeki beyanına hiçbir hukuki değer atfedilemeyeceğini vurgular. Yine makama göre, (eski) İsvMK m. 380-381 (TMK m. 414-415)'in vasi seçimine yönelik bir hüküm olsa da va-

değerlendirilecektir. Kanun koyucu yakın hısımların vasi seçiminde öncelik hakkını öngörerek, bu kişilerin çocuk ile mevcut bir güven bağlarının bulunduğu veya yabancı bir kişiye oranla daha rahat bağ kurabilecekleri fikrine dayanmaktadır⁸⁰. Yine de hüküm, yakın hısımların vasilik becerisine sahip olduğu yönüne bir karine getirmez, çocuğun üstün yararı TMK m. 414'ün uygulanmasında da her zaman dikkate alınacaktır⁸¹. Dolayısıyla üçüncü bir kişi çocuğun korunması ve temsiline daha fazla beceri sahibi ise, çocuğun üstün yararı yakın hısımlardan ziyade üçüncü kişinin vasi atanmasını gerektirir; TMK m. 414'teki öncelik hakkı bütün adayların eşit seviyede beceri göstermeleri ihtimalinde uygulanacaktır⁸².

2. Kararda Değişiklik İmkânı

Aile mahkemesi sağ kalan ebeveyne velayetin verilmesine karar vermiş ise, bu karara karşı kanun yolları haricinde bir itirazda bulunulamaz. Sağ kalan ebeveyn artık çocuğun tek başına velisidir. Vesayet makamlarının denetimine tâbi olmaksızın velayetten kaynaklanan haklarını kullanacak ve görevlerini yerine getirecektir. Çocuk ergin olmadan bu kişi ölür, fiil ehliyetini kaybeder veya kendisinden velayet kaldırılır ise, ilgili makamlar, özellikle nüfus müdürlüğü durumu vesayet makamına ihbar ederek çocuğa bir vasi atanmasını sağlayacaklardır⁸³.

silik becerilerine yönelik bir karine getirmemektedir. Çocuğa çok uzakta oturan anneannenin mesafe sebebi ile gereği gibi vasilik yapamayacağına, anne ve babanın yanı sıra her iki büyükannein de çocuk ile ilişkilerini düzenleyebilen tarafsız bir vasinin, çocuğun üstün menfaatini daha iyi yönetebileceğine ilişkin bkz. Regierungsrat des Kantons Zug, 20.10.1993 = ZVW 1994, s. 210 vd. Bununla birlikte, vasi adayının çocuk ile ilişkisinin yerleşim yeri yakınlığından daha önemli olduğu hakkında bkz. FALB, s. 14-15.

⁸⁰ BAUMANN, s. 2; DISCHLER, N. 369; FALB, s. 13.

⁸¹ DISCHLER, N. 371. Hükümün bir “uygunluk karinesi” öngördüğüne ilişkin bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 2025. Yakın hısımların vasilik yaptığı hallerde, yabancı bir vasiye oranla çocuğa karşı daha katı bir tutum sergileyebildikleri, hatta miras beklentisi de devreye girdiğinde, çocuğa olması gerekenden daha fazla tasarruf yaptırabildiklerine ilişkin bkz. STAUFFER Gertrud, “Faut-il choisir le tuteur parmi les proches parents ou alliés?”, *RDT* 1958, s. 12-13. Roma hukukunda yakın hısımların vasilikteki önceliğinin çocuğun değil, vasinin yararına olduğu; zira bu şekilde vasinin kendi miras menfaatini daha rahat koruma imkânına kavuştuğuna ilişkin bkz. FALB, s. 12.

15 yaşındaki bir çocuğa öğretmen amcasının vasi atandığı, ancak bir buçuk yılın sonunda amcanın çocuğu eğitemediği gerekçesi ile vasilğin sonlandırılması için mahkemeye başvuru olduğu, halbuki uyumsuzluğun temelinde çocuk ile yengesi arasındaki gerilim olduğu ve çocuğun bu gerilimi vasisi olan amcasına aktaramadığı bir vakıa örneği için bkz. STAUFFER, s. 12.

⁸² DISCHLER, N. 372; FALB, s. 16-17.

⁸³ MEIER/STETTLER, N. 122.

Bununla birlikte aile mahkemesi çocuğa bir vasi atanmasına hükmetmiş ise, vesayet makamına yapılan ihbar üzerine, vesayet makamı çocuğa bir vasi atayacaktır. Vesayet makamı çocuğun menfaatini gözeterek ölen velinin vasi seçimine engel haller olduğunu belirlemiş ve başka birini vasi atamış ise, TMK m. 422/II çerçevesinde ilgili herkes bu karara itiraz edebilir. İlgili çevresine, sağ kalan ebeveyn, mirasçılar, yakınlar ve hatta vasiyeti yerine getirme görevlisinin dahil olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Hatta ölen ebeveynin vasi olarak belirlediği kişinin de, çocuğun üstün yararına dayanarak vesayet makamının vasi seçimine itiraz edebileceği kabul edilmektedir. Yine de anne, baba ve çocuk haricindeki üçüncü kişilerin bu karara itirazları haklı menfaatlerini ispatlamalarına bağlıdır. Bu haklı menfaat mevcut veya beklenen bir hakka dayanabileceği gibi, çocuk için vasilikten beklenen menfaatin yerine gelmeyecek olmasının ortaya konulması da olabilir⁸⁵. Vesayet makamı bu itirazı yerinde görür ise, itirazın kabulüne ilişkin kararının gerekçelerini ortaya koyarak ölen velinin belirlediği kişiyi vasi atayacaktır⁸⁶.

Tek başına velayete sahip olan kişinin vasiye yönelik ilettiği ve vesayet makamınca da uygun görülen talimatlarına vasiinin uymaması halinde, her ilgili TMK m. 461/I uyarınca vesayet makamına şikayette bulunabilecektir⁸⁷.

⁸⁴ Bununla birlikte, söz konusu itiraz hakkının çocuğa vasi atanması kararına ilişkin verilebileceğini; çocuğun mevcut bir vasisi var ise bu kişilerin dava takip yetkisinin mevcut olmadığını ifade etmek gerekir. Federal Mahkeme önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesinden günler içinde velayet kaldırılmış; anne ve babaya ziyaret hakkı tanınarak çocuk bir aile yanına yerleştirilmiş ve çocuğa bir vasi atanmıştır. Bir yıl sonra ölen annenin atadığı vasiyeti yerine getirme görevlisi, çocuğun mevcut vasisi ile birlikte vasilik görevini üstlenmek için dava açar. Annenin çocuğa bıraktığı mallardan İsviçre’de olanları çocuğun mevcut vasisinin, İtalya’da olanları ise annenin vasiyeti çerçevesinde kendisinin yönetmesi gerektiğini ileri sürer. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin iddiasına göre, anne ile aralarındaki duygusal bağ nedeni ile anne kendisini çocuğun mallarının eş yöneticisi olarak belirlemiştir. Annenin vasiyeti yerine getirme görevlisini vasiyetnamesinde çocuğun eş vasisi olarak mallarını yönetmek ile görevlendirmesini, çocuk ile aralarında menfaat çatışması olarak değerlendiren kanton mahkemesi, çocuğun mevcut vasisinin tek başına görevini devam ettireceğine hükmetmiştir. Federal Mahkeme ise bu gerekçeye ekleme yapmış ve çocuğa zaten bir yasal temsilci atandıktan sonra bu yasal temsilcinin görevinin değiştirilmesi yönünde bir itiraz bakımından vasiyeti yerine getirme görevlisinin dava takip yetkisinin bulunmadığını vurgulamıştır. Federal Mahkeme, 5A_363/2020, 14.09.2021 (Swisslex).

⁸⁵ MEIER, 1996, s. 89. Bir önceki dipnotta verilen karar bakımından, vasiyeti yerine getirme görevlisinin, görevi karşılığında elde edeceği ücret haklı menfaat olarak görülmemiştir.

⁸⁶ MEIER, 2024, s. 42.

⁸⁷ MEIER, 2024, s. 29-30. Bu talimatların velayet kendisine bırakılan diğer ebeveyne yönelmiş olması ihtimalinde tek çözüm, TMK m. 346 çerçevesinde çocuğun korunması için aile mahkemesine başvurmak olacaktır. Ne var ki bu ihtimalde, ölen velinin talimatlarına uyulmamasının çocuğun menfaati ve gelişmesini tehlikeye düşürdüğünün ispatlanması gerekir.

Çocuk vesayet altına alınmış ancak durum değişmiş ise, örnek olarak evlilik birliği dışında doğan çocuk babası tarafından tanınmış ise veya velayete sahip olmayan ebeveyn ile daha yakın bir ilişki kurmaya başlamış ise, ebeveyn velayetin kendisine verilmesini talep edebilir. Aile mahkemesi nezdinde görülecek değişiklik davası olumlu sonuçlanır ise, velayet davacı ebeveynye verilerek vesayet sonlandırılacaktır⁸⁸.

SONUÇ

Tek başına velayete sahip ebeveyn, ölümünden sonrası için çocuğunun korunmasına ve yasal temsiline yönelik endişeler taşıyabilir. Sözlü veya yazılı şekilde, kendi ölümü üzerine çocuğun velayetinin diğer ebeveyne bırakılması veya çocuğa vasi atanmasına yönelik irade beyanında bulunabilir. Öncelikle bu hususu görecektir olan aile mahkemesi hakimi, bu beyan ile bağlı değildir. Ne var ki çocuğun üstün yararı belirlenir iken, tek başına velayete sahip olan ebeveynin ölümünden önce ortaya koyduğu bu iradesini de değerlendirecektir. Çocuğun velayetinin diğer ebeveyne verilmesine karar verilir ise, bu ebeveyn artık çocuğun korunmasından ve yasal temsilinden tek başına sorumlu olacaktır. Bu ebeveyn ölmedikçe, kısıtlanmadıkça veya velayet kendisinden kaldırılmadıkça aile mahkemesi kararı etki doğuracaktır. Ancak, aile mahkemesi hakimi çocuğa vasi atanmasına hükmeder ise, durumu vesayet makamı olan çocuğun yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine bildirecektir. Sulh hukuk mahkemesi hakiminin, yine çocuğun üstün yararı çerçevesinde bir vasi ataması yapması gerekir. Tek başına velayete sahip olan ebeveynin sulh hukuk mahkemesi hakimine de kimin vasi olmasını istediği veya vasi çevresinden dışlanmasını istediğini iletmış olması mümkündür. Her ne kadar vesayet makamı bu beyan ile yine bağlı olmasa da, TMK m. 415 çerçevesinde bu beyana mümkün olduğunca uyacaktır. Velinin vasi seçimine haklı bir sebep engel teşkil ediyor ise, özellikle çocuğun isteği ile ölen velisinin iradesi çelişmiş ise bu beyana uygun hüküm kurulmaması gerekir. Hakim bu noktada gerekçe vererek neden bu irade beyanını uygulamadığını kararına yansıtacaktır. Aynı zamanda veli, kendi ölümünden sonra çocuğun yaşam çevresi, ailevi ve sosyal ilişkileri, eğitimi gibi konularda birtakım talimatlarda da bulunmuş olabilir. Çocuğun velayeti diğer ebeveyne

⁸⁸ Evlilik birliği dışında doğan ve annesinin ölümü üzerine anneannesinin vasi atandığı çocuğu babasının tanınması ile velayetin doğrudan babaya geçmeyeceği, babaya süre verilerek velayetin tevdi için dava açmasının sağlanması ve verilecek karara göre vesayet kaldırılması hususunda karar verilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Yarg. 18. HD, 06.05.2014, E. 2014/3905, K. 2014/8413 ve E. 2014/3904, K. 2014/841 (Yargıtay Karar Arama).

verilmiş ise, bu talimatlara uyulmasının beklenmesi mümkün değildir. Ancak, bu talimatlara uyulmaması çocuğun korunmasını gerektiren bir hal yaratır ise, aile mahkemesi o noktada müdahale edebilir. Vasiye yöneltilen talimatlardan ise hakimün uygun göreceğı vasiye iletilecektir, vasiñin bu talimatlara uymaması vasiñin işleme karşı vesayet makamına yapılacak şikayetin konusunu oluşturabilir. Çocuğa bir vasi atanmasına hükmedilmiş ancak sonrasında hayatta kalan ebeveyn ile çocuk arasında daha yakın bir bağ kurulmuş ise, hayatta kalan ebeveyn açacağı bir velayet davası ile velayetin kendisine verilmesini ve çocuk bakımından vesayetin sonlandırılmasını sağlayabilir.

KAYNAKÇA

- AKYÜZ Emine, **Çocuk Hukuku**, 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2018.
- BAKTİR ÇETİNER Selma, **Velayet Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2000.
- BAUMANN Werner, “Die Bestellung des Vormundes nach Art. 380 und 381 ZGB”, **ZVW** 1958, ss. 1-11.
- BAYGIN Cem, **Soybağı Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2010.
- BREITSCHMID Peter, “Kind und Scheidung des Elternehe”, **Das neue Scheidungsrecht, Referate der Tagung vom 17./18. März 1999**, Schulthess, Zurich, 1999, ss. 95-140.
- BÜCHLER Walter/SPÜHLER Karl, **Berner Kommentar, Das Familienrecht, 1. Abteilung Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte, Die Ehescheidung, Artikel 137-158 ZGB**, 3. Auf., Stämpfli, Bern, 1980.
- DISCHLER Ralph, **Die Wahl des geeigneten Vormunds**, Universitätsverlag, Fribourg, 1984.
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku**, 19. Baskı, Filiz, İstanbul, 2024.
- DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku**, 19. Baskı, Filiz, İstanbul, 2023.
- EGGER August, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band Das Familienrecht, Dritte Abteilung: Die Vormundschaft (art. 360-456)**, 2. Auf., Schulthess, Zurich, 1948 [atf: ZK-EGGER, art. ... ZGB, N. ...].
- ERDEM Mehmet/MAKARACI BAŞAK Aşlı, **Aile Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.
- FALB Fritz, “Zum Vorrecht des nahen Verwandten bei der Bestellung des Vormundes (Art. 380 ZGB)”, **ZVW** 1948, ss. 12-17.
- GEISER Thomas/WOLF Stefan, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchulT ZGB**, 7. Auf., Helbing Lichtenhahn, Basel, 2023 [atf: BSK II-YAZAR, art. ... ZGB, N. ...].
- GENÇCAN Ömer Uğur, **Aile Mahkemeleri Davaları**, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- GENÇCAN Ömer Uğur, **Velâyet Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023.
- HEGNAUER Cyril, “Fragen zum Kindesrecht - Wiederherstellung der elterlichen Gewalt”, **ZVW** 1978, ss. 46-48.
- HEGNAUER Cyril, “Das Wohl des Mündels als Maxime der Vormundschaft”, **ZVW** 1984, ss. 81-90.
- HEGNAUER Cyril, “Elterliche Sorge beim Tod eines geschiedenen Elters, Art. 134 Abs. 3 ZGB”, **ZVW** 2000, ss. 57-59.
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas, **Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB**, 4. Auf., Helbing Lichtenhahn, Basel, 2010 [atf: BSK I-YAZAR, art. ... ZGB, N. ...].
- İMRE Zahit/ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, 17. Basım, Der, İstanbul, 2024.

- JORIO Tino, **Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht**, Dissertation, Rechtsfakultät der Universität Freiburg, 1977.
- KOÇOĞLU Safa, **Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları**, Beta, İstanbul, 2018.
- MEIER Philippe, “La position des tiers en droit de la tutelle - une systématisation”, **RDT** 1996, ss. 81-110.
- MEIER Philippe, “Le sort de l’enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental”, **RDT** 2001, ss. 61-83.
- MEIER Philippe, “Le «testament parental»“, **Journée de droit successoral 2024**, Stämpfli, Berne, 2024, ss. 19-57.
- MEIER Philippe/STETTLER Martin, **Droit Civil IV/2, Les effets de la filiation (art. 270 à 327 CC)**, 2e éd., Editions universitaires, Fribourg, 2002.
- OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan C. II**, Vedat, İstanbul, 2009, ss. 1219-1242.
- ÖZTAN Bilge, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan, Ankara, 2015.
- PETERHANS Katharina, “Wunschvormund für seine Kinder festlegen?”, **AJP** 2018, ss. 3-5.
- PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédict, **Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-359 CC**, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010 [ATIF: CR-YAZAR, art. ... CC, N. ...].
- REYHANİ YÜKSEL Sera, **Velayet Hakkının Anayasal Sınırları**, Legal, İstanbul, 2016.
- ROSSEL Virgil/MENTHA Fritz-Henri, **Manuel du droit civil suisse T. I**, 2e éd., Payot, Lausanne-Genève, 1922.
- SCHNYDER Bernhard, **Die ZGB Revision 1998/2000**, Schultess, Zurich, 1999.
- SCHNYDER Bernhard/MURER Erwin, **Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung, Das Vormundschafrecht, I. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB**, 3. Auf., Stämpfli, Bern, 1984 [atif: BK-SCHNYDER/MURER, art. ... ZGB, N. ...].
- SEROZAN Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2005.
- STAUFFER Gertrud, “Faut-il choisir le tuteur parmi les proches parents ou alliés?”, **RDT** 1958, ss. 11-13.
- STEINAUER Paul-Henri, **Le droit des successions**, 2e éd., Stämpfli, Berne, 2015.
- USTA Sevgi, **Velayet Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- YÜCEL Yeliz, **Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı**, On İki Levha, İstanbul, 2018.

BAYİLİK İLİŞKİSİ KAPSAMINDA SAĞLAYICININ BAYİ ÇALIŞANLARININ İŞÇİLİK ALACAKLARINDAN SORUMLU TUTULMASI^(*)

Dr. Öğr Üyesi **Ömer UĞUR^(**)**

Öz: Üretilen mal ve hizmetlerin son kullanıcıyla ulaştırılması amacıyla yapılan dağıtım sözleşmelerine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Dağıtım sözleşmelerinden biri olan bayilik sözleşmesi ile sağlayıcı ile bayi arasında kurulan ilişki bazı mahkeme kararlarında alt işverenlik ilişkisi olarak nitelendirilmiş ve bayi çalışanlarının işçilik alacakları için sağlayıcının bayi ile birlikte sorumluluğuna gidilmiştir. Çalışmamızda öncelikle bahsi geçen kararlar ışığında bayi ile sağlayıcı arasındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi niteliği taşıyıp taşımadığı incelenmiş, ardından sağlayıcının bayi işyerinin yönetimine müdahalesi nedeniyle işçilik alacaklarından birlikte sorumlu tutulması ihtimali değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler sırasında bayilik ilişkisinin nitelikleri göz önünde bulundurulmuş ve sağlayıcının bayi işyerinin işleyişine ne ölçüde karışabileceği yorumlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bayilik Sözleşmesi, Tek Satıcılık, Alt İşverenlik, İşçilik Alacakları, Birlikte Sorumluluk.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.10.2024 - Makale Kabul Tarihi: 24.06.2025.

^(**) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: omerugur.imu@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7481-112X>.

SUPPLIER'S LIABILITY FOR THE EMPLOYMENT ENTITLEMENTS OF THE DEALER'S EMPLOYEES UNDER A DEALERSHIP RELATIONSHIP

Abstract: Distribution agreements, which are made in order to deliver goods and services to the end user, are frequently seen in practice. The relationship established between the supplier and the dealer with the dealership agreement, which is one of the distribution agreements, has been characterized as a sub-employment relationship in some court decisions and the supplier has been held liable together with the dealer for the employees' labour receivables. In our study, firstly, it is examined whether the relationship between the dealer and the supplier has the characteristics of a sub-employment relationship in the light of the court decisions, and then the possibility of holding the supplier jointly liable for labour receivables due to the intervention of the dealer in the management of the dealer's workplace is evaluated. During these evaluations, the qualifications of the dealership relationship were taken into consideration and the extent to which the supplier may interfere in the operation of the dealer's workplace was interpreted.

Keywords: Dealership Agreement, Sole Dealership, Sub-Employment Relationship, Labour Receivables, Joint Liability.

GİRİŞ

Ticari hayatın gerekleri doğrultusunda uygulamada çok sık karşılaşılan ilişkilerden biri olan bayilik ilişkisi, sağlayıcının dağıtım ağı kurmak yerine ürettiği mal veya hizmetin sürümünü bayiler üzerinden gerçekleştirdiği, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesine dayanan bir ilişkidir. Bayilik sözleşmesi neticesinde ortaya çıkan imaj birliği bayi işçilerinin bayi işverenin işçisi değil de sağlayıcının işçisi gibi görünmesine neden olabilir. Buna karşılık çalışmamızda inceleneceği üzere bayi ile sağlayıcı arasında oluşturulan imaj birliği bayilik sözleşmesinin doğal bir sonucudur.

Mahkeme kararlarına yansıyan çeşitli olaylarda mahkemelerin özellikle imaj birliğini gerekçe göstererek taraflar arasındaki ilişkiyi alt işverenlik ilişkisi olarak nitelendirdiği görülmektedir. Buna karşın bu niteleme yapılırken mahkemeler alt işverenlik ilişkisinin unsurlarının somut olayda mevcut olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapmaksızın sonuca gitmişlerdir. Çalışmamızda öncelikle bayilik ilişkisi ve özellikleri incelenecek, ardından sağlayıcı ve bayinin bayi çalışanlarının işçilik alacaklarından birlikte sorumlu tutulması için olası gerekçeler değerlendirilecektir. Ancak makalenin konusunun sınırlandırılabilmesi amacıyla bu değerlendirmeler alt işverenlik ilişkisi iddiası ve sağlayıcının bayi işvereni yerine geçerek bayi işyerinin yönetimine müdahale etmesi hali ile sınırlandırılmıştır.

I. BAYİLİK İLİŞKİSİ VE ÖZELLİKLERİ

Bayilik ilişkisi bayilik sözleşmesi kapsamında kurulan ve sağlayıcının ürün ve hizmetlerinin kurulan dağıtım ağı içinde satılmasını hedefleyen bir ilişkidir. Bu bağlamda öncelikle dağıtım ağına ilişkin sözleşmelere kısaca değinilecek, ardından bayilik sözleşmesi ve bu sözleşmenin franchise sözleşmesi ile mukayesesi üzerinde durulacaktır.

A. Dağıtım Ağına İlişkin Sözleşmeler

Sanayi devrimi ile kurulan büyük üretim tesisleri sayesinde piyasaya arz edilen mallarda niceliksel olarak büyük bir artış sağlanmış ve bu artış üreticileri malların sürümünün gerçekleştirilmesi noktasında yeni yollar aramaya itmiştir. Sağlayıcının ürünleri üretmesi yeterli olmayıp üretilen ürünlerin sürümünün sağlanması için güçlü bir dağıtım ağına da sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte ürünlerin ulaştırılmak istendiği yerlerde bizzat üretici tarafından dağıtım ağının kurulması ve bu ağın verimli bir şekilde

sürdürülebilmesi kolay değildir¹. Bu zorluklar karşısında sağlayıcılar tarafından sıklıkla tercih edilen yöntem, dağıtım sözleşmeleri yoluyla dağıtım ağının kurulmasıdır.

Dağıtım, üretimi takip eden ve mal veya hizmeti son kullanıcıya ulaştırılmasını hedefleyen bir faaliyettir². Dağıtım sözleşmeleriyle üretilen malların alıcılara ulaşması sağlanır. Bu kapsamda sağlayıcı mallarını dağıtıcıya ve dağıtıcı da tüketiciye satar³. Bir diğer deyişle dağıtım sözleşmeleri kurdukları örgütsel sistemle köprü görevi görürler⁴. Acentelik, komisyon ve franchising sözleşmeleri dağıtım sözleşmeleri olarak sınıflandırılmaktadır⁵. Yine bayilik sözleşmesi de dağıtım sözleşmelerinden biridir⁶. Öğretide bir görüşe göre dağıtım metotları üç kuşağa ayrılır: Birinci kuşakta şube, ticari temsilci, simsar, komisyoncu; ikinci kuşakta acente; üçüncü kuşakta ise bayilik, tek satıcılık ve franchising yer alır⁷. Aşağıda değineceğimiz üzere tek satıcılık, bayiliğin bir alt türüdür. Franchising modeli ise bayilikle benzer özellikler içermektedir. Bu nedenle çalışmamızda bayilik sözleşmesine odaklanılmakla birlikte franchise sözleşmesine de değinilecektir.

1. Bayilik Sözleşmesi

Bayilik sözleşmesi Türk mevzuatında esaslı unsurları düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir⁸. Bu yönüyle isimsiz sözleşmeler arasında yer alır⁹.

¹ ŞENOL, A. Nilay, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 1; NURCU, Elif İlkay, **Bayilik Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 15.

² SAK, Burak, **Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 5.

³ KARAUZ, Agah Kürşat, **Akaryakıt Bayilik Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 51.

⁴ TOPÇUOĞLU, Metin, “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar”, **Rekabet Dergisi**, S. 18, 2004, s. 5; SARIAKÇALI ALKAÇ, Sezin Ezgi, **Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 14.

⁵ ŞENOL, s. 4; DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 6; KARAUZ, ss. 52-53; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 19; SAK, s. 6.

⁶ ŞENOL, s. 4; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Bayilik Sözleşmesinde Bayinin Asgari Satın Alma Yükümü”, **Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 79; DEMİR GÖKYAYLA, s. 6; KARAUZ, ss. 52-53; NURCU, s. 23; SAK, s. 6.

⁷ SAK, ss. 8-10.

⁸ ŞENOL, s. 29; KARAUZ, s. 61; NURCU, s. 21; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 121; KIRCA, Çiğdem, **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 90.

Sözleşmenin karma veya kendine özgü sözleşme olduğu konusunda ise öğretide farklı görüşler mevcuttur⁹. Bayilik sözleşmesi sayesinde sağlayıcı, üretmiş olduğu mal veya hizmetin dağıtılmasıyla ilgili birçok konuda belirleyici konumda kalmakla birlikte ticari riski bayiye yükleyebilmektedir¹¹. Esasen bayilik sözleşmesi bir çerçeve sözleşme niteliğinde olup kurulan borç ilişkisi kapsamında ileride yapılacak satış sözleşmeleri ile bayilik ilişkisi tamamlanır¹². Buna karşın taraflar arasında bayiliği düzenleyen çerçeve sözleşme olmaksızın yalnızca satış sözleşmesi mevcutsa taraflar arasındaki ilişki bayilik ilişkisi olarak nitelendirilemeyecektir¹³.

Bayilik sözleşmesi, bayiye tekel hakkı verilmesi halinde tek satıcılık sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır¹⁴. Bir diğer ifadeyle tekel hakkına sahip bayi, tek satıcı kabul edilmektedir. Bu nedenle öğretide tek satıcılık sözleşmesi hakkında yapılan değerlendirmeler uygun düştüğü ölçüde bayilik sözleşmesi için de geçerli sayılacaktır.

Kanunda düzenlenmiş bir tip sözleşme olmayan bayilik sözleşmesi için öğretide farklı tanımlara yer verilmiştir. Şenol'un tanımına göre *“bayilik sözleşmesi çerçeve niteliğinde, sürekli öyle bir sözleşmedir ki; üretici malların tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede satmak üzere bayiye göndermeyi, buna karşılık olarak bayi de üreticinin dağıtım ağına dahil olarak sözleşme konusu mal veya hizmeti kendi adına ve hesabına satmak ve bu mal*

⁹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 30; ŞENOL, s. 32; KARAUZ, ss. 83-84; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 121; SAK, s. 23; KIRCA, s. 90.

¹⁰ Görüşler ve değerlendirmeler için bkz: ŞENOL, ss. 33-34; KARAUZ, s. 83 vd. SARIAKÇALI ALKAÇ, ss. 121-125.

¹¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 1; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 48.

¹² ŞENOL, s. 22; DEMİR GÖKYAYLA, ss. 21-23; GÜMÜŞ, s. 79; KARAUZ, ss. 63-64; NURCU, s. 32; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 60; SAK, s. 48.

¹³ NURCU, s. 32; DEMİR GÖKYAYLA, s. 23.

¹⁴ ŞENOL, s. 8; DEMİR GÖKYAYLA, s. 9; KARAUZ, s. 60; DAĞ, Kübra, **Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 14; NURCU, s. 31; ARSLAN, Aziz Serkan, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2008, s. 19; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 20; SAK, s. 27. Tek satıcılık ve bayilik sözleşmesi ortak özelliklere sahip olsa da tekel hakkının bayilik sözleşmesinde zorunlu unsur olmaması, sürüm artırma yükümlülüğünün bayilik sözleşmesinde belirsiz olması, bayinin başka firmalara ait ürünleri satması mümkün değilken tek satıcının aksine düzenleme ile bu izne sahip olabileceği gerekçeleriyle aynı veya benzer sözleşme olmadıkları görüşü için bkz: KAYA, Servet, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Lykeon, Ankara, 2019, ss. 66-67; OLGAC, Samet Can, **Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 47-48.

ile hizmetlerin sürümünü arttıracak faaliyetlerde bulunmak yükümlülüğünü üstlenir¹⁵.” Buna karşın tanımda yer alan “*belirli bir bölgede satmak*” ifadesini tek satıcılık sözleşmesinin özelliği olduğundan isabetsiz gören *Sariakçalı Alkaç*’a göre “*bayilik sözleşmesi çerçeve niteliğinde, sürekli öyle bir sözleşmedir ki; sağlayıcı, malların tamamını veya bir kısmını satmak üzere bayiye göndermeyi; buna karşılık olarak bayi de, sağlayıcının dağıtım ağına dahil olarak, sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satma ve bunların sürümünü arttıracak faaliyetlerde bulunma yükümlülüğünü üstlenir¹⁶.*”

Verilen tanımdan da anlaşılacağı üzere bayilik sözleşmesi kapsamında bayi, satışını üstlendiği malları kendi ad ve hesabına satar¹⁷. Bu yönüyle bayi komisyoncu ve acenteden ayrılır. Zira komisyoncu kendi adına ancak başkasının hesabına; acente ise müvekkilinin adı ve hesabına hareket etmektedir¹⁸. Yine bayi, bağımsız bir işletme olarak sözleşme konusu malların satışı bakımından ekonomik riski kendisi üstlenmektedir¹⁹.

Bayi sağlayıcıdan bağımsız bir organizasyona sahip olsa da sağlayıcının dağıtım ağıyla bütünleştiği için sağlayıcının “*dağıtım örgütünün*” bir parçası gibi görünür²⁰. Fakat bayinin sağlayıcının markasını tabelasında kullanması, sağlayıcının ürünlerini satıp bu ürünler için destek sağlaması tüketici tarafında bayinin adeta sağlayıcının bir şubesi olduğu algısı yaratması bayinin kendi ad ve hesabına çalışan bağımsız bir işletme olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir²¹.

Bayilik sözleşmesinde acente veya komisyonculuk sözleşmesinden farklı olarak sağlayıcı ve müşteriler arasında doğrudan bir sözleşmesel ilişki kurulmamaktadır²². Zaten bayi, acente veya komisyoncudan kendi adına ve hesabına hareket edebiliyor olması nedeniyle ayırt edilmektedir.

¹⁵ ŞENOL, s. 11.

¹⁶ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 37.

¹⁷ ŞENOL, s. 22; DEMİR GÖKYAYLA, s. 24; KARAUZ, s. 67; DAĞ, s. 18; NURCU, s. 34; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 43 vd.

¹⁸ ŞENOL, s. 23; KARAUZ, ss. 75-76; NURCU, s. 34; DEMİR GÖKYAYLA, ss. 46-47; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 45, 91, 103.

¹⁹ KARAUZ, s. 67; NURCU, ss. 33-34; SAK, s. 78.

²⁰ DEMİR GÖKYAYLA, s. 25; KARAUZ, s. 67; DAĞ, s. 18.

²¹ NURCU, s. 35.

²² DEMİR GÖKYAYLA, s. 26.

2. Franchise Sözleşmesi

Dağıtım sözleşmelerinden bir diğeri bayilik sözleşmesiyle benzer unsurlar barındıran franchise sözleşmesidir²³. Hatta bu benzerliğin ilk bakışta ayırt edilmesi güç olabileceği dahi söylenmektedir²⁴. Nitekim her iki sözleşmede de kendi adı ve hesabına çalışan bağımsız satıcı sürümü artırma yükümlülüğü altında sağlayıcının tanıtıcı işaretlerini kullanarak sağlayıcının sürüm organizasyonu içinde yer almaktadır²⁵. Her ne kadar çalışma konumuz bayilik sözleşmesi kapsamında kurulan ilişkilerle sınırlı olsa da dağıtım faaliyetini konu alması nedeniyle benzer sayılabilecek franchise sözleşmesine de değinmekte fayda vardır. Nitekim sağlayıcı ve dağıtıcı arasındaki ilişkinin çok daha yoğun görünümde olduğu franchise sözleşmeleri, sağlayıcı ve bayi arasındaki ilişkide sağlayıcının bayiye müdahalesine hangi noktaya kadar izin verilebileceğinin belirlenmesinde örnek teşkil edebilecektir.

Ulaşım imkanlarının geçmişe kıyasla çok arttığı günümüz dünyasında insanlar alışkanlıklarını bulundukları farklı konumlarda da aramaktadırlar²⁶. Halihazırda müşteriler tarafından beğenilmiş olan bir ticari sistemin bir bütün olarak farklı yerlerde uygulanması bu ihtiyaca hizmet edecektir. Bununla birlikte hiç denenmemiş bir ticari sisteme göre halihazırda başarılı şekilde işleyen bir ticari sistemin kullanılması ticari riski de azaltacaktır.

Dağıtım ağının yeknesak bir sistem halinde farklı lokasyonlarda kurulması franchise sözleşmeleriyle mümkündür. Eren franchise sözleşmesini “ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında, franchise verenin franchise alana, kendi imaj, isim, marka ve işareti altında, mevcut pazarlama ve organizasyon sistemlerini, ticari ve teknik deneyim ve bilgilerini kullanmak suretiyle mal ve hizmet edimlerinin satım ve sağlanmasına, pazar sürümlerinin artırılmasına ilişkin belirli bir iş konseptinden yararlanma hakkını sürekli olarak devretmeyi üstlendiği kendine özgü isimsiz bir sözleşmedir” şeklinde tanımlamıştır²⁷. Gürzumar’a göre ise franchise sözleşmesi “franchise-verenin, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise-alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme

²³ ŞENOL, s. 47; KIRCA, s. 90.

²⁴ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 107.

²⁵ KIRCA, ss. 90-91.

²⁶ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 105.

²⁷ EREN, Fikret, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, s. 69.

organizasyonuna (yani sözkonusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise-alanın ise, hem (sözkonusu sistemin içerdiği ve franchise-verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri / sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise-verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir²⁸.”

Hem franchise alan hem de bayinin kendi nam ve hesaplarına çalışıyor olmaları franchise sözleşmesi ile bayilik sözleşmesini birbirine benzer kılmaktadır²⁹. Ancak franchise sözleşmesinde bayilik alana göre franchise alan sağlayıcının satış sistemi, konsepti ve dağıtım organizasyonu ile çok daha bütünleşmiş durumdadır³⁰. Franchise sözleşmesine bakıldığında franchise alan ile franchise veren arasında bayilik sözleşmesine göre çok daha sıkı bir iş birliği ile karşılaşılmaktadır. Nitekim franchise sözleşmesinde franchise verenin sistemini uygulayan franchise alanın olumlu veya olumsuz eylem ve işlemlerinin sonuçları bütün sistem üzerinde etkisini gösterir. Bu durum sözleşmenin tarafları ve hatta franchise verenin sistemine katılan diğer franchise alanlar arasında menfaat birliği oluşturmaktadır³¹. Franchise sözleşmelerinde dağıtım ağına dahil olma hali o kadar yoğundur ki franchise alan adeta bir şube görünümündedir³². Hatta franchise verenin yoğun kontrol yetkisi nedeniyle franchise alanın işçi veya işçi benzeri çalışan olup olmadığı tartışma konusu olmuştur³³.

Franchising sözleşmelerinde bir ticari sistemin bütün olarak franchise alan tarafından uygulanması söz konusu olduğu için franchise alan franchise verenden know-how, çalışanların eğitimi, pazar araştırmaları, işletme muhasebesine ilişkin teknik bilgiler gibi konularda destek talep edebilmektedir³⁴.

²⁸ GÜRZUMAR, Osman Berat, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması**, Beta, İstanbul, 1995, s. 10.

²⁹ EREN, s. 77; ŞENOL, s. 48; KARAUZ, s. 78; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 109.

³⁰ ŞENOL, s. 48; EREN, s. 77; KIRCA, s. 96.

³¹ EREN, s. 74.

³² KIRCA, s. 95; SAK, s. 79.

³³ Tartışmalar için bkz.: EROL, Abdullah, **Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021, ss. 83-95.

³⁴ KARAUZ, s. 79.

Sözleşmede kararlaştırılması halinde bu taleplerin bayi tarafından ileri sürülebileceği de kabul edilmektedir³⁵.

Franchise sözleşmelerinin bir diğer önem arz eden yanı sisteme dahil olanlar arasında “imaj birliği” yaratmasıdır. Zira franchise sözleşmesi kapsamında işletmeler aynı marka, sembol, reklam, müşteri çevresi ve müşteri güveni gibi olguları kullanır³⁶. Bayilik sözleşmelerinde de imaj birliği bulunmaktadır ancak daha esnektir³⁷.

Franchise sözleşmelerinde de franchise alanın bağımsız olması gerekmektedir de bu bağımsızlık bayiye kıyasla daha sınırlıdır³⁸. Öyle ki franchise sözleşmesinde franchise verenin franchise alanın yönetimine dahi karışabildiği belirtilmektedir³⁹. Franchise alan, faaliyetlerini hem kendi kullanımına sunulan sistemin ilkelerine, hem de franchise veren tarafından belirlenen ilkelere uygun şekilde yürütmek zorundadır. Nitekim franchise alan sürümü artırma borcunu ancak bu şekilde gereği gibi yerine getirebilmiş olacaktır⁴⁰. Bu kapsamda franchise alan, franchise verenin denetimlerine de katlanacaktır⁴¹. Yine aynı doğrultuda franchise verenin düzenlediği eğitimlere franchise alan ve/veya personelinin katılımının zorunlu olduğu belirtilmektedir⁴². Bayilik sözleşmesinde sağlayıcının talimatları sözleşmenin amacının gerektirdiği hususlarla sınırlı olabilecekken franchise sözleşmesinde franchise veren hizmetlerin standartlaştırılması amacıyla çok daha geniş alanda müdahale imkanına sahiptir⁴³.

Çalışmamızda taraflar arasında kurulan bayilik sözleşmesinin hükümlerinin haksız rekabet teşkil edip etmediği ya da genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığı üzerinde durulmayacaktır. Şüphesiz bu tartışmalar büyük önem arz etmektedir. Ancak konunun iş hukuku boyutu incelenirken sözleşmede yer alan hükümlerin geçersiz nitelikte olmasına rağmen fiilen uygulanmış olması sağlayıcının sorumluluğuna gitmek için yeterli olacaktır.

³⁵ KARAUZ, s. 79.

³⁶ EREN, s. 74; KIRCA, s. 95; SAK, ss. 79-80; YÜCEL BODUR, Mehtap, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik**, Beta, İstanbul, 2018, ss. 214-215.

³⁷ ŞENOL, s. 48; KARAUZ, s. 78.

³⁸ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 109.

³⁹ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 109; KIRCA, s. 96.

⁴⁰ GÜRZUMAR, ss. 155-156.

⁴¹ KIRCA, s. 94.

⁴² GÜRZUMAR, s. 14.

⁴³ KIRCA, s. 93.

B. Bayinin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

1. Genel Durum

Bayilik sözleşmesi kapsamında bayinin sağlayıcıdan sözleşmeye konu malları satın alma, sürüm artırıcı faaliyetlerde bulunma ve sağlayıcının menfaatlerine uygun hareket etme (sadakat) yükümlülüğü vardır⁴⁴. Yine sınırlı nitelikte de olsa bayinin sağlayıcının talimatlarına uyma yükümlülüğünün bulunduğu da kabul edilmektedir⁴⁵. Esasen talimatlara uyma yükümlülüğü sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğünden de hareket ederek ulaşılabilecek bir yükümlülüktür⁴⁶.

Sağlayıcının menfaatlerine uygun hareket etme yükümlülüğü kapsamında bayinin sağlayıcıyı ilgilendiren konularda sağlayıcıya bilgi verme yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü ve rekabet etmeme yükümlülüğü vardır⁴⁷.

Bayinin sürüm artırma ve talimatlara uyma yükümlülüğü kapsamında gerçekleştireceği uygulamalar sağlayıcının bayi çalışanlarının işçilik alacaklarından sorumlu tutulmasına yol açabilecek nitelikte olduğundan bu yükümlülüklerin ayrıca incelenmesi önem arz etmektedir.

2. Sürümü Artırma Yükümlülüğü

Bayi, sıradan bir ara satıcı gibi üreticinin ürünlerini alıp yeniden satmaz. Bayilik sözleşmesi bayiye sürümü artırma yükümlülüğü de yüklemektedir⁴⁸. Bu yükümlülük bayilik sözleşmesinin karakteristik bir özelliği olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Zaten en başında sağlayıcının bayilik sözleşmesi yapması sürümü artırma ihtiyacından doğmaktadır⁵⁰. Bir görüşe göre sürümü artırma yükümlülüğü kapsamında sağlayıcının ürünleri mümkün miktarda çok dağıtması aynı zamanda sağlayıcının menfaatlerine uygun hareket etme yükümlülüğünün içinde sayılabilecektir⁵¹.

⁴⁴ ŞENOL, ss. 83, 88, 93; KARAUZ, s. 157 vd. DAĞ, s. 20; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 215 vd.; SAK, s. 24.

⁴⁵ ŞENOL, s. 109; DEMİR GÖKYAYLA, s. 144; SARIAKÇALI ALKAÇ, ss. 249-250.

⁴⁶ ŞENOL, s. 110; SARIAKÇALI ALKAÇ, ss. 249-250.

⁴⁷ SARIAKÇALI ALKAÇ, ss. 239-248.

⁴⁸ DEMİR GÖKYAYLA, ss. 28-29; KARAUZ, s. 69; OLGAC, s. 52; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 49, 226.

⁴⁹ KARAUZ, s. 69; DEMİR GÖKYAYLA, s. 122; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 50; SAK, s. 41.

⁵⁰ SAK, s. 40.

⁵¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 123.

Sürümü artırma yükümlülüğü sözleşmenin iki tarafının da menfaatine sonuçlar yaratır. Nitekim sürümün artmasıyla sağlayıcının daha fazla ürünü satılacak, bayi de ürün için sağlayıcıya ödediği bedel ile satış bedeli arasındaki farktan gelir elde edeceği için faaliyet kazancı artacaktır⁵².

Sürüm artırma yükümlülüğünün kapsamında bayi sağlayıcının ürünlerine ve markasına olan güveni artırmalı ve bunların tanınırlığının artması için reklam ve tanıtım faaliyetlerinde bulunmalıdır⁵³. Öyle ki bu yükümlülük sadece talep olduğunda sürüm yapılmasını değil, aynı zamanda talebin yaratılmasını da kapsar⁵⁴. Yine bu yükümlülüğün kapsamında kaliteli mal ve hizmet sunmanın da girdiği ifade edilmektedir. Buna göre bayi, gerekli nitelikleri haiz işçi çalıştırmak ve bu işçilere gerekli eğitimleri aldirmekle yükümlü olabilecektir⁵⁵. Aynı şekilde işyerinde yeterli sayıda işçinin çalışması da sunulan mal ve hizmetin kalitesini artırmaya yönelik bir yükümlülüktür⁵⁶. Bayi sürüm artırma amacı doğrultusunda sahip olduğu müşteri çevresini de genişletmeye çalışmalıdır⁵⁷. Böylelikle artan taleple birlikte sürümün de artacağı söylenebilir.

Bayilerin müşteri hizmetlerini yerine getirme yükümlülüğü bulunduğu da kabul edilmektedir⁵⁸. Bir görüşe göre bu yükümlülük sürüm artırma yükümlülüğünün bir parçası iken⁵⁹ diğer görüşe göre ise üreticinin menfaatlerini koruma yükümlülüğünün bir parçasıdır⁶⁰. Öğretide bayilik sözleşmesinin konusunun çok farklı şekillerde belirlenebileceği ve bu bağlamda müşteri hizmetleri kapsamının da geniş bir yelpazeyi içerebileceği dikkate alındığında genel bir müşteri hizmetleri yükümlülüğünden bahsedilmemesi gerektiği; bu yükümlülüğün taraflarca sözleşmede belirlenmiş olması gerektiği ifade edilmektedir⁶¹.

Taraflar arasında kurulan sözleşmede bayinin sürüm artırma yükümlülüğü kapsamında gerçekleştireceği faaliyetlerin somutlaştırılması pratikte ortaya çıkabilecek pek çok sorunu ortadan kaldıracaktır⁶². Esasen bu tarz bir

⁵² KARAUZ, s. 69; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 226.

⁵³ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 51; KARAUZ, s. 69.

⁵⁴ SAK, s. 43.

⁵⁵ KARAUZ, s. 175; DAĞ, s. 20.

⁵⁶ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 230.

⁵⁷ KARAUZ, s. 175; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 230.

⁵⁸ ŞENOL, s. 113.

⁵⁹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 139.

⁶⁰ İŞGÜZAR, Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Dayınlarlı Yayıncılık, 1989, s. 76

⁶¹ ŞENOL, s. 113.

⁶² KARAUZ, s. 175.

somutlaştırma, sürümü artırma yükümlülüğü kapsamında kalan talepler için sağlayıcının bayiye müdahalesinin işçi alacaklarından sorumlu tutulmasına sebebiyet verebilecek durumda olup olmadığının da tespitinde önemlidir. Nitekim daha sonra inceleneceği üzere, bayinin sürümü artırma yükümlülüğü kapsamında olan eylem ve işlemleri, sağlayıcının bayi işvereni yerine geçerek hareket ettiği iddiasına dayanak olarak kullanılamamalıdır. Ancak sürümü artırma yükümlülüğünü aşacak düzeyde müdahaleler ise her somut olay bakımından incelenmelidir.

3. Talimatlara Uyma Yükümlülüğü

Bayinin kendi adına ve hesabına hareket eden bağımsız bir işletme olması sağlayıcıdan hiç talimat almaksızın kuralı bir şekilde davranabileceği anlamına gelmez⁶³. En nihayetinde ürünleri bayiye satan sağlayıcının bu ürünlerin akıbetini takip etmeksizin tüm süreci bayiye bırakması beklenemez⁶⁴.

Bayilik sözleşmesinde bayi ve sağlayıcı arasındaki güven ilişkisi önemlidir. Bu bağlamda tarafların birbirine karşı sadakat borcu vardır⁶⁵. Sadakat borcunun bir gereği olarak bayi, sağlayıcının menfaatlerine uygun hareket etme yükümlülüğü altındadır⁶⁶. Bayiler ticari faaliyetlerinde sağlayıcının markası ve müşteri çevresini kullandıkları için bayinin eylem ve işlemleri sağlayıcıya zarar verebilecek niteliktedir⁶⁷. Bu nedenle bayilerin sağlayıcının menfaatine aykırı eylem ve işlemlerden kaçınmaları gerekir.

Yukarıda ifade edildiği üzere talimatlara uyma yükümlülüğü sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü ile bağlantılıdır⁶⁸. Nitekim bayi, sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü kapsamında sağlayıcıdan gelecek bilgi ve talimatlara göre hareket etmek durumundadır⁶⁹. Dağıtım sözleşmelerinin tümünde dağıtım ağına dahil olma düzeyi arttıkça verilebilecek talimatların da

⁶³ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 49.

⁶⁴ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 249.

⁶⁵ KARAUZ, s. 166; DAĞ, s. 21; DEMİR GÖKYAYLA, ss. 60, 155.

⁶⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 156; DAĞ, s. 21.

⁶⁷ KARAUZ, s. 166.

⁶⁸ ŞENOL, s. 110.

⁶⁹ EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku**, 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 133; ŞENOL, s. 110; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 250; TAŞKIN, Ahmet, **Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 499.

kapsamının genişleyeceği ifade edilmektedir⁷⁰. Nitekim her ne kadar bayi ya da franchise alan bağımsız birer tacir olsa da sağlayıcı ile kurulan yakın ilişki sağlayıcının menfaatinin korunması ihtiyacını da artıracaktır.

Sağlayıcı hem dağıtım sisteminin ahenk içinde işlemesini sağlamak hem de müşteri çevresi karşısındaki menfaatleri gereği markasının kimlik ve imajına uyulmasını sağlamak amacıyla işyerinin dış görünüşü, tabelası, işyerinin bulunduğu bina, çalışanların giyimi ve nitelikleri ile hizmet standartları gibi konularda talimatlar verebilecektir⁷¹.

Elbette bayinin bağımsız tacir niteliği dikkate alındığında üreticinin talimatlarına uyma yükümlülüğüne bir sınır getirme ihtiyacı karşımıza çıkar⁷². Öncelikle bu hak sözleşmenin amacına uygun şekilde ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılmalıdır⁷³.

Sağlayıcı bayiye genel ilkeler verebilir ve bu ilkelerin somut olaylara uygulanması noktasında inisiyatifi bayiye bırakabilir⁷⁴. Bir diğer ifadeyle nihai karar ve uygulamalar bayi tarafından gerçekleştiği sürece sağlayıcının bayiye belirli ilkeler doğrultusunda eylem ve işlemler yapmasını istemesi kural olarak bayinin bağımsızlığına zarar vermeyecektir. Kaldı ki talimatlara uyma yükümlülüğü bağlamında yapılan değerlendirmeler esasen taraflar arasında önceden belirlenmemiş, fakat süreç içerisinde sağlayıcı tarafından verilen talimatlara ilişkindir. Bunun haricinde kalan, taraflarca sözleşmede belirlenmiş hususların yerine getirilmesi bayi için sözleşmeden doğan borçtur. Söz konusu belirlemeler bayinin bağımsız tacir niteliğini ortadan kaldıracak nitelikte değilse geçerli sayılmalı ve bayi bu düzenlemelere uygun hareket etmelidir⁷⁵.

Sadakat borcunun sonucu olarak ekonomik faaliyetlerinde karar verme özgürlüğü kısıtlanan tek taraf bayi değildir. Nitekim bayilik sözleşmesinde sadakat borcu iki taraf için de mevcut olup üretici de eylem ve işlemlerinde bayinin menfaatlerini dikkate almak zorundadır⁷⁶. Yine sadakat borcunun bir

⁷⁰ SAK, s. 80.

⁷¹ SARIAKÇALI ALKAÇ, ss. 250-251; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 133.

⁷² ŞENOL, s. 110; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 254.

⁷³ SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 254.

⁷⁴ ŞENOL, s. 110; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 254.

⁷⁵ Genel olarak geçersizlik hallerinin mevcut olmadığı kabul edilirse.

⁷⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 61.

sonucu olarak sağlayıcı gerekli belge, malzeme ve bilgileri vererek bayiye destekleme ve rekabet içindeki bayilere karşı eşit davranma yükümlülüğü altındadır⁷⁷.

II. SAĞLAYICININ BAYİ ÇALIŞANLARININ İŞÇİLİK ALACAKLARINDAN SORUMLULUĞU

A. Sağlayıcı ve Bayi Arasındaki İlişkinin Genel Görünümü

Yukarıda ayrıntılı şekilde incelendiği üzere bayi kendi adı ve hesabına iş gören, sağlayıcıdan bağımsız bir tacirdir⁷⁸. Bu yönüyle bayi sağlayıcıdan farklı, bağımsız bir işyerine sahiptir. Bayiye ait işyerinde iş sözleşmesiyle çalışanlar kural olarak bayinin işçisi konumunda olup bu çalışanların işçilik alacaklarından sorumlu olan kişi bayidir.

Genel kural bu olmakla birlikte uygulamada sağlayıcının bayinin faaliyetlerine müdahalesi nedeniyle sağlayıcının bayinin işçileri karşısındaki konumu tartışmaya açık hale gelmektedir. Yine çeşitli mahkeme kararlarında bayilik ilişkisinin alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edildiği ve sağlayıcının asıl işveren sıfatıyla bayi işçilerinin alacaklarından sorumlu tutulduğu görülmektedir.

B. Sorumluluğun Olası Kaynakları

Bayi çalışanlarının işçilik alacaklarından sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi çeşitli gerekçelere dayanabilir. Bunlardan biri yargı kararlarında alt işverenlik ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere mahkemeler bayiye sağlayıcı karşısında alt işveren olarak kabul edebilmekte ve birlikte sorumluluk hükümleri kapsamında sağlayıcıyı bayi çalışanlarının işçilik alacaklarından sorumlu tutabilmektedir.

Bayi çalışanlarının işçilik alacakları için sağlayıcının sorumluluğuna gidebilmesinin bir diğer yolu bayilik ilişkisi görünümü mevcut olmasına rağmen sağlayıcının bayinin yönetim hakkına yoğun müdahalesi ile işverenin yerine geçmesi halidir. Bu ihtimalde görünürdeki ilişkide çalışanların işvereni bayi olsa da işyeri fiilen sağlayıcı tarafından yönetilmekte ve aslında çalışanlar sağlayıcıya bağımlı şekilde çalışmaktadır. Bu gerekçeyle sağ-

⁷⁷ DEMİR GÖKYAYLA, ss. 63-71; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 194 vd.

⁷⁸ ŞENOL, s. 22; DEMİR GÖKYAYLA, s. 24; KARAUZ, s. 67; DAĞ, s. 18; NURCU, s. 34; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 43 vd.

layıcının sorumluluğuna gidebilmek için işyeri yönetimine müdahalenin hangi ağırlığa ulaşmış olmasının gerektiği tartışılmalıdır.

Sayılan ihtimallerin yanında bayi ile sağlayıcı arasındaki organik bağ da sağlayıcının sorumluluğuna gidilmesine neden olabilir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere bayilik ilişkisinin kurulmasının temel amacı sağlayıcının dağıtım ağını kurma ve işletme yükünü bayiye yüklemektir⁷⁹. Bu nedenle sağlayıcının organik bağ içinde olduğu bayileri ile dağıtım ağı kurması uygulamada sık rastlanabilecek bir olgu değildir. Çalışmamızın belirli bir çerçevede gerçekleştirilmesi amacıyla sağlayıcı ile bayi arasındaki organik bağ hali ayrıca incelenmeyecektir.

Her ne kadar alt işverenlik ilişkisinin varlığı iddiasıyla sağlayıcının asıl işveren sıfatına dayanarak sorumluluğuna gidilen mahkeme kararları mevcutsa da kanaatimizce bayilik sözleşmesiyle kural olarak alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceğini söylemek güçtür. Nitekim alt işverenlik ilişkisinin kanunda aranan unsurları mevcut olmayacaktır. Bu nedenle öncelikle niçin alt işverenlik ilişkisinin varlığına dayanarak sağlayıcının sorumluluğuna gidilemeyeceği açıklanacak; ardından bayi işyerinin fiilen sağlayıcı tarafından yönetilmesi ihtimali incelenecektir.

1. Alt İşverenlik İlişkisi İddiası

Sağlayıcı ile bayi arasındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olarak nitelendirildiği yargı kararlarına rastlamak mümkündür. Anılan kararların bir kısmında sağlayıcının bayi işleyişine müdahalesi gerekçe gösterilirken bir kısmında ise detaylandırma yapılmaksızın bayinin asıl işverenin sürüm faaliyetlerini üstlenmiş olması gerekçe gösterilmiştir. Örneğin, Ankara BAM 5. Hukuk Dairesi 07.06.2022 tarihinde vermiş olduğu kararda “*Davalı ... A.Ş. vekili davalılar arasındaki bayilik sözleşmesine dayanarak husumet itirazında bulunmakta ise de; davacı tanıkları çalışma düzenin bizzat iş yerinde bulunan ... yetkililerince belirlendiğini ve işe alım çıkarma konusunda da davalı ...'un yetkili olduğunu keza davalı ... tarafından çalışanlara prim ödemesi yaptığını beyan etmeleri karşısında mahkemece asıl / alt işveren olarak işçilik alacaklarından müştereken müteselsilen sorumlu tutulmalarında isabetsizlik görülmemiştir.*” ifadelerine yer verilmiştir⁸⁰. Yine İzmir BAM 7. Hukuk Dairesi 05.11.2019 tarihinde ver-

⁷⁹ ŞENOL, s. 1; NURCU, s. 15.

⁸⁰ Ankara BAM 5. HD, E. 2020/2572, K. 2022/2166, 07.06.2022, (Çevrimiçi), UYAP Bilişim Sistemi (Erişim Tarihi: 27.07.2024)

miş olduğu kararda hiçbir gerekçelendirme yapmaksızın bayi ve sağlayıcı arasındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olduğunu belirtmiş ve bu kapsamda sağlayıcıyı işçilik alacaklarından birlikte sorumlu tutmuştur⁸¹. Benzer şekilde İzmir BAM 3. Hukuk Dairesi de 09.03.2023 tarihinde vermiş olduğu kararda herhangi bir gerekçe belirtmeksizin sağlayıcı ile bayi arasında alt işverenlik ilişkisi olduğunu kabul ederek sağlayıcıyı işçilik alacaklarından bayi ile birlikte sorumlu tutmuştur⁸². Bayilik ilişkisi olarak adlandırılan bir başka ilişkide Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 07.11.2013 tarih ve 2013/28553 karar sayılı kararında sağlayıcıyı asıl işveren kabul ederek birlikte sorumlu tutmuştur⁸³. Gerekçesi oldukça kısa olan kararda Yargıtay mağaza konsepti ve satılacak ürünlerin niteliğinin denetiminin sağlayıcıda olmasından hareketle bu sonuca ulaşmıştır.

Konuyla ilgili dikkat çeken diğer kararlar ise Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru hakkında kararlarına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin Serpil Bodur Başvurusuna⁸⁴ konu olayda başvuru ile aynı işverene bağlı olarak çalışan beş işçinin daha önce açtıkları davalarda verilen kararların gerekçelerinde "... Şti.nin diğer davalı ... A.Ş.nin satış ve kurulum işlerini üstlendiği, davacıların ... A.Ş.nin bayisi olan diğer davalıya ait işyerinde çalıştığı, davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu, her iki davalının da davacıların işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu"nın belirtildiği ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ilgili beş kararı 2015 ve 2016 yıllarında verdiği kararlarla onadığını, aynı işverene karşı açılan diğer davalarda ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin "*Davalı ... Şti.nin faaliyetlerini kendi bağımsız organizasyonu ile gerçekleştirdiği, davacının da bu organizasyon içinde ... Şti.ne ait işyerinde çalıştığı, bu nedenle asıl-alt işverenlik ilişkisinin en önemli unsuru olan asıl işverene ait işyerinde çalışma olgusunun gerçekleşmediği, ... A.Ş. yönünden açılan davanın husumetten reddi gerektiği*" gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararlarını bozduğu ve yeniden yapılan yargılama sonucunda Yargıtay'ın kararına uyan ilk derece mahkemelerinin kararlarının

⁸¹ İzmir BAM 7. HD, E. 2018/576, K. 2019/1015, 05.11.2019, (Çevrimiçi), UYAP Bilişim Sistemi (Erişim Tarihi: 27.07.2024)

⁸² İzmir BAM 3. HD, E. 2021/1805, K. 2023/450, 09.03.2023, (Çevrimiçi), UYAP Bilişim Sistemi (Erişim Tarihi: 27.07.2024)

⁸³ Y. 9. HD, E. 2011/28636, K. 2013/28553, 07.11.2013, (Çevrimiçi), legalbank.net (Erişim Tarihi: 27.07.2024)

⁸⁴ AYM, Serpil Bodur Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/10793, 19.01.2023 T., R.G. Tarih: 07.03.2023, Sayı: 32125. Aynı işverene ilgili diğer bireysel başvurular için bkz: AYM, İbrahim Yıldırım Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/10802, 07.12.2022 T., R.G. Tarih: 07.03.2023, Sayı: 32125; AYM, Nagihan Örküş Başvurusu, Başvuru Numarası: 2020/12766, 19/7/2023 T., (Çevrimiçi), kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 02.09.2024)

2020 yılında onandığı belirtilmiştir. Başvurucunun bireysel başvuruya konu davasında da ilk derece mahkemesi “davalı ... A.Ş.nin faaliyetlerini kendi bağımsız organizasyonu ile gerçekleştirdiği, başvurucunun da bu organizasyon içinde ... Şti.ne ait işyerinde çalıştığı” ve “asıl-alt işverenlik ilişkisinin en önemli unsuru olan asıl işverene ait işyerinde çalışma olgusunun gerçekleşmediği, davalı ... A.Ş. ile ... Şti. arasında asıl-alt işverenlik ilişkisi bulunmadığı” gerekçeleri nedeniyle davalılardan sağlayıcı yönünden davanın husumet nedeniyle reddine karar vermiş ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu kararı 2019 yılında onamıştır. Anayasa Mahkemesi ise verdiği kararda “aynı maddi vakadan kaynaklanan ve farklı mahkemelerce görülen davalarda birbirinin aksi yönünde kararlar verilmesinin engellenmesi için yargısal sistem içinde çeşitli mekanizmaların geliştirilmesi, mahkemelerin de yargısal süreçte bu yönde dile getirilen itirazları dikkate alarak kararlarında neden farklı sonuca ulaştıkları ile ilgili ayrıntılı ve ikna edici değerlendirme yapmaları gerektiği açıktır... Başvurucunun kendisi ile aynı durumda olan ve aynı işyerinde çalışan işçinin açtığı davada aynı maddi vakaya dair tamamen aksi yönde değerlendirmede bulunan Yargıtay kararı çerçevesinde dile getirdiği itirazı ile ilgili olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Dolayısıyla davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olan söz konusu itirazlara karşı hangi şekilde sonuca ulaşıldığının başvuru ve üçüncü kişiler tarafından objektif olarak anlaşılmasına imkân verecek düzeyde ilgili, makul ve yeterli bir gerekçe ile açıklanmadığı anlaşılmıştır. Bu sebeple hukuk sisteminde farklı kararlar verilmesi sonucunu doğuran somut davadaki uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna varılmıştır” demek suretiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve dosyayı yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine göndermiştir. Gerek bahsi geçen davada gerekse aynı konuyla ilgili verilen diğer bireysel başvuru kararlarına konu davalarda ilk derece mahkemeleri yeniden yaptıkları yargılamalarda taraflar arasındaki ilişkinin neden alt işverenlik ilişkisi olduğunu veya olmadığını açıklamak yerine sadece eski Yargıtay kararlarını gerekçe göstererek bayi ile sağlayıcı arasındaki ilişkiyi alt işverenlik ilişkisi olarak kabul etmiş ve yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de hiçbir gerekçe belirtmeksizin davalı sağlayıcının temyiz dilekçelerinde ileri sürdüğü iddiaların kararların bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirterek ilk derece mahkemesi kararlarını onamıştır⁸⁵.

⁸⁵ Y. 9. HD, E. 2024/586, K. 2024/2687, 19.02.2024, (Çevrimiçi), Uyap Bilişim Sistemi, (Erişim Tarihi: 02.09.2024); Y. 9. HD, E. 2023/21474, K. 2024/4385, 07.03.2024, (Çevrimiçi), Uyap Bilişim Sistemi, (Erişim Tarihi: 02.09.2024); Y. 9. HD, E. 2024/1870, K. 2024/2687, 19.02.2024, (Çevrimiçi), Uyap Bilişim Sistemi, (Erişim Tarihi: 02.09.2024). Yargıtay’ın daha

Bayilik ilişkisini alt işverenlik ilişkisi kapsamında değerlendiren mahkeme kararlarının bulunması nedeniyle konunun alt işverenlik ilişkisi yönünden değerlendirilmesi gereği doğmuştur. Bu bağlamda öncelikle alt işverenlik ilişkisinin unsurlarına değinilecek, ardından bayilik ilişkisinde mevcut olmayan unsurlar örnek mahkeme kararları da değerlendirilerek ortaya koyulacaktır.

a. Alt İşverenlik İlişkisinin Unsurları

Türk Hukukunda geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden bahsedebilmek için, bu ilişkinin bazı unsurları içermesi gerekmektedir. Bu unsurların kaynağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6'ncı fıkrasıdır. Aranılan unsurlarda eksiklik halinde kimi zaman taraflar arasındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olmadığı, kimi zaman ise muvazaalı alt işverenlik ilişkisi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

aa. İşyerinde İşçi Çalıştıran Asıl İşveren

Alt işverenlik ilişkisinde birbirinden ayrı iki işveren bulunur. Bunlardan işletmesinde mal veya hizmet üretimi yapan işveren asıl işveren; bu üretime ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde iş alarak kendi işçilerini çalıştıran işveren ise alt işverendir. Söz konusu ilişkide asıl işverenin, alt işverenle aralarında geçerli bir alt işverenlik ilişkisi kurabilmesi için aynı zamanda alt işverenlik ilişkisine konu olan işyerindeki mal veya hizmet üretiminde kendisinin de işçi çalıştırması gerekmektedir⁸⁶. Bu husus Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde “*asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre taraflar arasındaki anlaşmaya konu olan işi başka bir işve-

önce aynı davalı sağlayıcı için olayda alt işverenlik ilişkisinin bulunmaması nedeniyle husumet yokluğuna dayanarak davanın reddine karar verdiği kararlar için bkz: Y. 9. HD, E. 2016/7535, K. 2019/6862, 26.03.2019, (Çevrimiçi), Uyap Bilişim Sistemi, (Erişim Tarihi: 02.09.2024); Y. 9. HD, E. 2017/16216, K. 2019/6861, 26.03.2019, (Çevrimiçi), Uyap Bilişim Sistemi, (Erişim Tarihi: 02.09.2024); Y. 9. HD, E. 2017/18695, K. 2019/6858, 26.03.2019, (Çevrimiçi), Uyap Bilişim Sistemi, (Erişim Tarihi: 02.09.2024).

⁸⁶ ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 36. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s. 104; SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s. 165; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 125; AYDINLI, İbrahim, **Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 187-188; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2022, ss. 205-206; NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 119; CANBOLAT, Talat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri**, Kazancı, İstanbul, 1992, s. 58; GÜZEL, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 2004/1, s. 39; GÜNAY, Cevdet İlhan, **İş Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, C. I, s. 99; TAŞKIN, s. 332.

rene anahtar teslimi şeklinde bırakan işveren, o işyerinde kendi işçilerini çalıştırmadığından işveren sıfatını haiz değildir⁸⁷. Bunun dışında bir kişinin alt işverene verdiği işin yapıldığı işyerinde değil de başka bir işin yapıldığı farklı bir işyerinde çalıştırdığı işçilerden dolayı sahip olduğu işveren sıfatı da alt işverenlik ilişkisinin kurulması için yeterli değildir⁸⁸. Bu unsurun eksikliği halinde söz konusu ilişki alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edilemez.

ab. Organizasyona ve Bağımsızlığa Sahip Alt İşveren

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisi için aranan diğer bir unsur alt işverenin alt işverenlik ilişkisi kapsamında aldığı işte üretim için organizasyona ve bağımsızlığa sahip olmasıdır. Bir diğer ifadeyle mal veya hizmet üretiminin yönetimi alt işverence asıl işverenden bağımsız şekilde üstlenilmelidir⁸⁹.

Alt işverenin kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalıştırdığı işçiler ve bunların çalışacağı işyerinin mevcudiyeti alt işverenin bir organizasyona sahip olduğunun göstergesi olarak kabul edilebilir⁹⁰. Alt işverenin aldığı işin bağımsız yönetimini üstlenmiş olması ise alt işverenin bağımsızlığı unsurunun varlığını göstermektedir⁹¹. Alt işverenin üzerine aldığı işi kendi adına ve hesabına kendi işçileriyle ayrı bir işveren olarak ve yönetim hakkını kullanarak yerine getirmesiyle bu koşullar gerçekleşir. Alt işverenin kendi organizasyonuna ve bağımsızlığa sahip olmadığı hallerde ise alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı hale geldiği kabul edilecektir.

ac. Alınan İşin Asıl İşin Bir Bölümü veya Yardımcı İş Olması

Alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için öncelikle bir işverenin diğer bir işverenden iş almış olması gerekir⁹². Söz konusu iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmalıdır⁹³. Aksi takdirde taraflar arasında alt işverenlik ilişkisi kurulmayacaktır⁹⁴.

⁸⁷ ÇELİK ve diğ., s. 104; SÜZEK, s. 165; MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., s. 206; GÜNAY, C. I, s. 99; GÜZEL, s. 40; CANBOLAT, s. 20; AYKAÇ, Hande Bahar, **İş Hukukunda Alt İşveren**, Beta, İstanbul, 2011, s. 56.

⁸⁸ ÇELİK ve diğ., s. 104; MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., s. 206; CANBOLAT, s. 20; AK-YİĞİT, Ercan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, ss. 31-32.

⁸⁹ GÜZEL, s. 41; AYDINLI, s. 191.

⁹⁰ CANBOLAT, ss. 28-29.

⁹¹ GÜZEL, s. 41.

⁹² ÇELİK ve diğ., ss. 104-105; SÜZEK, s. 166; GÜZEL, s. 41; AYKAÇ, s. 72.

⁹³ ÇELİK ve diğ., s. 104; SÜZEK, s. 166; GÜZEL, s. 42; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 139; MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., 207.

⁹⁴ ÇELİK ve diğ., s. 105; SÜZEK, s. 166; GÜZEL, s. 37.

Öte yandan diğer işverenden alınan iş asıl işin bir bölümü veya yardımcı iş olabilir. Kanun asıl işin bir bölümünden iş alabilmeyi, alınacak işin, ‘işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş’ olmasına bağlamıştır. Dolayısıyla alt işverenin asıl işverenden almış olduğu iş asıl işin bir bölümü olmasına rağmen ‘işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş’ değilse alt işverenlik ilişkisi muvazaa-lı kabul edilecektir⁹⁵.

Alt işverenliğe konu iş bir yardımcı iş de olabilir. Yardımcı iş kavramı Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 3. maddesinin (ğ) bendinde *“işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş”* şeklinde tanımlanmıştır. Asıl işin bir bölümünde alınan işlerden farklı olarak yardımcı işlerden alınan işlerde *“işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme”* koşulu aranmamıştır⁹⁶. İş Kanunu m. 2/6-7’ye ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde örnekleme yoluyla sayıldığı üzere yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık, çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik gibi işler işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olup doğrudan üretim organizasyonu içinde yer almıyorlarsa yardımcı iş olarak kabul edilebilecektir.

aç. İşin Asıl İşverenin İşyerinde Yapılması

Geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden bahsedebilmek için aranan unsurlardan bir diğeri de alt işverenin aldığı işi asıl işverenin işyerinde yapmasıdır. Fason imalat işinde olduğu gibi bu unsuru taşımayan bir ilişkide işi veren ve işi alan işverenler arasında alt işverenlik ilişkisi kurulmamış sayılacaktır⁹⁷. Burada geçen asıl işverenin işyeri kavramının ne şekilde yorumlanacağı hususu da önemlidir. Bir görüşe göre alt işverenlik ilişkisi değerlendirilirken işyeri kavramı geniş yorumlanmalıdır. Nitekim bazı işlerin nitelikleri gereği asıl işverenin işyerinde yapılması mümkün değildir. Bu nedenle alt işverenlik ilişkisi kapsamında verilen işin o işyerinin coğrafi anlamdaki

⁹⁵ ÇELİK ve diğ., s. 136; SÜZEK, s. 180; UĞUR, Ömer, **Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 47.

⁹⁶ ÇELİK ve diğ., s. 112; SÜZEK, s. 167; GÜZEL, s. 48; AYKAÇ, s. 89; NARMANLIOĞLU, s. 122.

⁹⁷ ÇELİK ve diğ., s. 107; SÜZEK, s. 166; UĞUR, s. 53. Aynı yönde: Y. 9. HD, E. 2011/5359, K. 2011/33287, 26.09.2011, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 14.05.2024)

sınırları içinde yapılması aranmamalıdır⁹⁸. Örneğin bir termik santrale kömür taşıma işi, coğrafi anlamda işyeri dışında bulunsada geniş anlamda işyerinde gerçekleştirilen bir iştir⁹⁹.

Diğer bir görüşe göre iş asıl işverene ait işyerinin coğrafi sınırları içinde yapılmalıdır. Ancak işyerinin coğrafi sınırları iş organizasyonu esasına göre tespit edilmelidir. Bu nedenle termik santrale kömür taşıma işi, işyerini geniş yorumlama yoluyla değil; kömürün termik santralin ana maddesi olmasından hareketle kömür taşıma işini iş organizasyonu dâhilinde sayarak işyerinde gerçekleştirilen iş kabul edilmelidir¹⁰⁰. Yargıtay da meşrubat üretimi yapılan bir işyerinde ürünlerin dağıtılması işini, üretimden dağıtım kadar iş organizasyonu içinde yer alan işyeri ve araçların işyeri içinde olduğu kabulüyle alt işverenlik ilişkisi olarak değerlendirmiştir¹⁰¹. Bu görüşe yakın olan bir diğer görüş ise İş Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür*” ifadesinden hareket ederek işi asıl işverenin işyerinde yapma şartını iş organizasyonu şeklinde yorumlayan ve fiziki sınırlar çizmektense işyeri ve işletme kavramlarına esneklik kazandıran görüştür¹⁰².

ad. İşçilerin Alınan İşe Özgülenerek Çalıştırılması

İş Kanunu m. 2/6 yer alan düzenlemede “... *bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran...*” ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte anılan unsur alt işverenlik ilişkisinin geçerliliğini doğrudan etkilememektedir. Bu unsurun eksikliği, yalnızca asıl işverenden alınan işte münhasıran çalıştırılmayan alt işveren işçilerinin alacaklarından asıl işverenin birlikte sorumlu olmasının önüne geçmektedir¹⁰³. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin mev-

⁹⁸ CANBOLAT, s. 24; SÜZEK, s. 166; MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., s. 212; SOYER, M. Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 1, 2006, s. 18.

⁹⁹ SÜZEK, s. 166; MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., s. 212.

¹⁰⁰ AKYİĞİT, s. 52; TAŞKIN, ss. 344-345.

¹⁰¹ Y. 9. HD, E. 2011/5359, K. 2011/33287, 26.09.2011, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 14.05.2024)

¹⁰² AYDINLI, s. 217.

¹⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., s. 213; EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, *Türk Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 51.

cudiyetinin, asıl işverenin alt işveren işçilerinin hak kazanacakları alacaklardan sorumlu tutulabilmesi için yeterli olmadığını, bu sorumluluğun doğabilmesi için işçinin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁴.

b. Bayilik İlişkisinde Bulunmayan Alt İşverenlik İlişkisi Unsurları

Bayilik ilişkisi içinde olan bayi ve sağlayıcının asıl işveren ve alt işveren olarak kabul edilebilmesi için alt işverenlik ilişkisinin kurucu unsurlarının mevcut olması gerekmektedir. Daha önce alt işverenlik ilişkisinin unsurları incelenmiş olduğundan tekrara düşmemek adına bayilik ilişkisi bakımından özellik arz eden unsurlar üzerinden değerlendirme yapılacaktır. O halde mevcut tartışmada temelde aranması gereken unsurlar işin asıl işverenin işyerinde yapılması ve işyerinde işçi çalıştıran asıl işverenin varlığıdır. Alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılması tek başına tüm ilişkiyi geçersiz hale getirmediği için bu başlık altında ayrıca değerlendirilmeyecektir. Yine organizasyona ve bağımsızlığa sahip alt işveren kavramı da muvazaalı alt işverenlik ilişkisi bakımından önem arz ettiğinden bu başlıkta dışlanmıştır. Sağlayıcının bayinin yönetim hakkına müdahalesi nedeniyle bayinin bağımsızlığını yitirmesi hali ise aşağıda ayrıca değerlendirilecektir¹⁰⁵.

Bayilik ilişkisinin alt işverenlik ilişkisi tesis edip etmediğinin tespitinde ilk olarak işin nerede yürütüldüğünün belirlenmesi gerekir. Nitekim sağlayıcıdan alınan iş sağlayıcının işyerinde yürütülmezse “işin asıl işverenin işye-

¹⁰⁴ “...Davalılar arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti asıl işverenin alt işverenin işçilerinin hak kazanacakları alacaklardan sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir. Bu sorumluluk için işçinin münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışması gerekir...” Y. 9. HD, E. 2007/32136, K. 2007/37354, 10.12.2007, (Çevrimiçi), <https://yargi.calismatoplum.org/pdf/yargitay-kararlari-5672-579b291d.pdf> (Erişim Tarihi: 17.08.2024) “...Yukarda açıklandığı üzere, davalının asıl işveren olarak sorumlu olabilmesi için işçinin münhasıran alt işveren işçisi olarak, davalının alt işverene sözleşme ile verdiği yük taşıma işinde çalışması gerekir. Oysa kayıtlara göre davacı asıl alt işveren ilişkisi başlamadan önce alt işveren işçisi olarak çalışmaya başlamış, asıl alt işveren ilişkisi başladıktan 3-4 ay sonra davalının işinde çalışmaya başlamıştır. ... Bu nedenle kayıtlar ve tarafsız tanık anlatımları dikkate alınarak, davacının yük taşıma işine başladığı tarihten itibaren sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar münhasıran davalının taşıma işinde çalışıp çalışmadığı somut olarak araştırılmalı ve sonucuna göre davalı asıl işverenin sorumluluğuna karar verilmelidir.” Y. 9. HD, E. 2009/32292, K. 2010/1149, 25.01.2010, (Çevrimiçi), <https://yargi.calismatoplum.org/pdf/yargitay-kararlari-4702-efa60226.pdf> (Erişim Tarihi: 17.08.2024)

¹⁰⁵ Bkz.: II. / B. / 2. Sağlayıcının Bayinin Yönetim Hakkına Müdahale Ederek İşveren Yerine Geçmesi

rinde yapılması” unsuru sağlanmayacaktır¹⁰⁶. Dağıtım sözleşmelerinden biri olan bayilik sözleşmesinde sağlayıcının bayilerden beklentisi belirli bölgelerde kuracakları dağıtım ağları yoluyla üretilen ürün ve hizmetin sürümünü artırmalarıdır. Bu bağlamda bayilik sözleşmesinin uygulamasında gözlemlenen de üstlenilen işin sağlayıcının işyerinin dışında kurulan işyerlerinde yürütülmesidir. Örneğin beyaz eşya, telekomünikasyon, akaryakıt ya da diğer benzeri sektörlerde bayilerin, sağlayıcının üretim gerçekleştirdiği işyerinin coğrafi sınırlarının ve kendi iş organizasyonlarının dışında farklı yerlerde işyerlerini açtıkları görülmektedir. Hal böyle iken olağan bir bayilik ilişkisinde bayilik sözleşmesi kapsamında alınan mal ve hizmetlerin sürümünün gerçekleştirilmesi işinin sağlayıcının işyerinde yürütüldüğünü söylemek mümkün olmayacaktır¹⁰⁷. Alt işverenlik ilişkisinin kurucu unsurlarından olan işin asıl işverenin işyerinde yürütülmesi unsuru eksik olduğu için bayilik ilişkisinde sözleşmenin tarafları arasında alt işverenlik ilişkisi kurulmamış sayılacaktır¹⁰⁸. Alt işverenlik ilişkisinin unsurları bulunmamasına rağmen bir sorumluluk ilişkisi tesis etmek adına sağlayıcı ile bayi arasındaki ilişkiyi alt işverenlik ilişkisi olarak nitelendirmek ticari hayatın gerekleriyle de uyumlu değildir¹⁰⁹. Sağlayıcının bayi üzerindeki bayilik sözleşmesinden doğan çeşitli yetkileri de tek başına ilişkiyi alt işverenlik ilişkisi haline getirmez¹¹⁰.

Bir an için bayinin işyerinin sağlayıcının işyeri olduğu varsayıldığında dahi taraflar arasında alt işverenlik ilişkisi bulunduğu söylenemeyecektir. Nitekim böyle bir ihtimalde işyerinde işçi çalıştıran asıl işveren unsuru eksik kalacaktır. Asıl işverenin farklı bir işyerinde çalıştırdığı işçilerden dolayı sahip olduğu işveren sıfatı da alt işverenlik ilişkisinin kurulması için yeterli değildir¹¹¹. Dolayısıyla bayinin işçileriyle iş gördüğü işyerini sağlayıcının işyeri kabul etmek tek başına bayinin işçilerinin işçilik alacaklarından asıl işveren olarak sorumlu tutulmasını sağlamayacaktır.

¹⁰⁶ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 134.

¹⁰⁷ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 136.

¹⁰⁸ EKONOMİ, s. 96; ÇELİK ve diğ., ss. 101-102; AYKAÇ, s. 35; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 136. Asıl işverenin işyerinde işin görülmesi unsurunun eksikliği halinde alt işverenlik ilişkisinin kurulmamış olacağı hakkında bkz.: ÇELİK ve diğ., s. 107; SÜZEK, s. 166; UĞUR, s. 53.

¹⁰⁹ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 134.

¹¹⁰ TAŞKIN, ss. 495-496.

¹¹¹ ÇELİK ve diğ., s. 104; MOLLAMAHMUTOĞLU ve diğ., s. 206; CANBOLAT, s. 20; AK-YİĞİT, ss. 31-32.

Bayilik ilişkisinin alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edilebilmesi, istisnai bir hal olsa da ancak alt işverenlik ilişkisinin tüm unsurlarının somut olayda mevcut olması halinde gündeme gelebilir. Bunun için özellikle olağan bir bayilik ilişkisinde eksik olan işin asıl işverenin işyerinde görülmesi ve asıl işverenin işyerinde kendi işçilerini çalıştırıyor olması unsurlarının da sağlanması gerekir. O halde tüm şartların somut olay çerçevesinde gözden geçirilmesi kaydıyla ancak bayinin sağlayıcının mal veya hizmet üretimi yaptığı işyerinin bir bölümünde aldığı dağıtımın işini gerçekleştirmesi halinde bayi ile sağlayıcı arasında alt işverenlik ilişkisinin varlığı gündeme gelebilecektir.

Ortaya koyulan bilgiler ışığında bayilik ilişkisinin alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edildiği mahkeme kararlarını tekrar gözden geçirmekte yarar vardır. Ankara BAM 5. Hukuk Dairesi 07.06.2022 tarihinde vermiş olduğu kararda alt işverenlik ilişkisinin unsurlarının varlığını incelememiş, sağlayıcının bayinin işyerinde bayideki işleyişi ve personeli denetlemek için gerektiğinde işçi çıkarma yetkisine de sahip bir yönetici çalıştırmasını ve bayinin sağlayıcının bölge müdürlüğü tarafından denetlenmesini gerekçe göstererek taraflar arasındaki ilişkiyi alt işverenlik ilişkisi olarak kabul etmiştir¹¹². Varılan sonuç itibarıyla sağlayıcının dava konusu işyerinde çalışan işçilerin alacaklarından sorumlu tutulması isabetli ise de bunun gerekçesi hatalıdır. Nitekim dava konusu olayda sağlayıcının işyerinde bayi tarafından görülen bir iş yoktur. Bayi, sözleşme kapsamında üstlendiği satış ve pazarlama işini kendisine ait ayrı bir işyerinde yürütmektedir. Bu nedenle bayi ile sağlayıcı arasında alt işverenlik ilişkisi olduğu söylenemez. Buna karşın aşağıda ayrıca inceleneceği üzere bayinin kendi adına ve hesabına iş yürütmesinin önüne geçerek fiilen işyerini yöneten sağlayıcının sonuç itibarıyla işçilik alacaklarından sorumlu tutulması isabetli olmuştur¹¹³.

Dava konusu olan bir başka olayda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 07.11.2013 tarih ve 2013/28553 karar sayılı kararında mağaza konsepti ve satılacak ürünlerin niteliğinin denetiminin sağlayıcıda olmasından hareketle sağlayıcıyı asıl işveren kabul ederek bayi çalışanlarının işçilik alacaklarından birlikte sorumlu tutmuştur¹¹⁴. Gerekçesi oldukça kısa olan kararda Yargıtay işin asıl işverenin

¹¹² Ankara BAM 5. HD, 2020/2572 E., 2022/2166 K., 07.06.2022, (Çevrimiçi), UYAP Bilişim Sistemi (Erişim Tarihi: 28.08.2024)

¹¹³ Değerlendirmeler için bkz: II. / B. / 2. Sağlayıcının Bayinin Yönetim Hakkına Müdahale Ederek İşveren Yerine Geçmesi

¹¹⁴ Y. 9. HD, 2011/28636 E., 2013/28553 K., 07.11.2013, (Çevrimiçi), legalbank.net (Erişim Tarihi: 28.08.2024)

işyerinde görülmesi ve asıl işverenin de bu işyerinde işçi çalıştırıyor olması unsurları bakımından hiçbir değerlendirme yapmamıştır. Bu unsurların varlığı tespit edilmeden salt yazılı gerekçeyle sağlayıcının bayi işçilerinin alacaklarından birlikte sorumlu tutulmuş olması isabetli değildir. 05.11.2019 tarih ve 2019/1015 karar sayılı İzmir BAM 7. HD kararında da bayilik ilişkisi alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edilmişse de ilgili kararda hiçbir gerekçelendirme yapılmamış olduğu için kararı değerlendirmek mümkün olmamıştır¹¹⁵.

Bayilik sözleşmelerine dair bir başka olgu Yargıtay'ın bir meşrubat firmasının bayilik sözleşmesi kapsamındaki bayi işçilerinin işçilik alacağı talepleriyle ilgili 2015 yılında verdiği kararda gündeme gelmiştir. Davaya konu olayda davacı işçi resmi kayıtlarda ... Pazarlama Şirketi işçisi görünse de ... Dağıtım ve Pazarlama şirketinin satış ve pazarlama işlerini yaptıklarını iddia etmektedir. Davalılardan ... Dağıtım ve Pazarlama diğer davalı ile aralarında bayilik sözleşmesi olduğunu ileri sürmüştü de Yargıtay münhasıran bayilik durumunun varlığı halinde taraflar arasında alt işverenlik ilişkisinin kurulmuş sayılacağını belirtmiş ve öncelikle ... Dağıtım ve Pazarlama'nın üretim yapıp yapmadığının belirlenmesi gerektiği; şayet ... Pazarlama Şirketi dağıtıma konu ürünleri üreticisinden değil de sadece dağıtıcı konumundaki ... Dağıtım ve Pazarlamadan alıyorsa bu durumda asıl işin devri bakımından muvazaanın varlığının araştırılması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur¹¹⁶. Yüksek mahkemenin alt işverenlik ilişkisinin unsurları bakımından inceleme yapmadan münhasır bayilik ya da bir diğer ifadeyle tek satıcılık sözleşmesinin varlığını tek başına alt işverenlik ilişkisinin varlığı için yeterli görmesi isabetli olmamıştır¹¹⁷. Nitekim aynı dosyanın 2017 yılında tekrar önüne gelmesi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, münhasırlık koşulunun rekabet etmeme yükümlülüğüne yönelik olduğunu ve davalılar arasındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olduğunun kabulünde tek başına yeterli olmayacağını belirtmiştir¹¹⁸.

Sayılan kararlar karşısında Yargıtay'ın bayilik ilişkisinin kural olarak alt işverenlik ilişkisi sayılmayacağı yönünde kararları da mevcuttur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 26.03.2019 tarihli kararında asıl-alt işverenlik ilişkisinin en

¹¹⁵ İzmir BAM 7. HD, 2018/576 E., 2019/1015 K., 05.11.2019, (Çevrimiçi), UYAP Bilişim Sistemi (Erişim Tarihi: 28.08.2024)

¹¹⁶ Y. 22. HD, 2014/26641 E., 2015/3272 K., 02.02.2015, (Çevrimiçi), <https://yargi.calisma toplum.org/pdf/yargitay-kararlari-3774-d41f9138.pdf> (Erişim Tarihi: 20.08.2024)

¹¹⁷ ÇELİK ve diğ., s. 102.

¹¹⁸ Y. 22. HD, 2017/34520 E., 2017/15641 K., 03.07.2017, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024)

önemli unsur olarak nitelendirdiği “asıl işverene ait işyerinde çalışma” olgusunun gerçekleşmemiş olduğunu belirtmiş ve bayi ile sağlayıcı arasında alt işverenlik ilişkisinin bulunmadığı yönünde karar vermiştir¹¹⁹. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 03.04.2023 tarihli kararında bayilik sözleşmesinin özelliklerine de atıfta bulunarak bayinin sağlayıcının temsilcisi ya da acentesi olmadığını, sağlayıcıdan yalnızca mal alıp ticari faaliyetlerini kendi adına yürüttüğünü, kâr ve zararına kendisi katlandığını, dolayısıyla bayilik ilişkisinin bulunduğu hallerde asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedilemeyeceğini belirten Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi kararını “*bozulmasını gerektirecek nitelikte*” görmeyerek onamıştır¹²⁰. Anılan son kararda her ne kadar istinaf mahkemesi temsilci veya acente olmamak, ticari faaliyeti kendi adına yürütmek ve kar-karar durumuna kendi katlanmak gibi özellikleri işaret ederek bayilik ilişkisinin alt işverenlik ilişkisi kurmayacağı sonucuna ulaşmış ve bu karar Yargıtay tarafından onanmışsa da istinaf mahkemesinin gerekçesi isabetli olmamıştır. Öyle ki geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde zaten alt işveren sayılan özelliklere sahip olacaktır. Bayilik ilişkisinin genel uygulamasında alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını engelleyen özellik anılan bir önceki kararda da vurgulandığı üzere işin asıl işverene ait işyerinde yapılmıyor olmasıdır. Ancak kararın gerekçesinde buna ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de bayilik ilişkisi olarak nitelendirdiği bir hukuki ilişkiyi alt işverenlik ilişkisi olarak kabul etmemiş ve sağlayıcı bakımından davanın husumet yönünden reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık anılan kararın gerekçesinde alt işverenlik ilişkisinin hangi unsurunun olayda mevcut olmadığı açıklanmamıştır¹²¹.

¹¹⁹ “Dosyadaki bilgi ve belgeler ile tanık beyanlarından davalı ... Uydu Sis. İnş. Dek. San. Tic. Ltd. Şti.nin diğer davalı ...nin ürünlerinin satışı, kurulunun yapılması ve teknik servis hizmetlerinin verilmesi işlerini yaptığı anlaşılmaktadır. Davalı ... Uydu Sis. İnş. Dek. San. Tic. Ltd. Şti.nin faaliyetlerini kendi bağımsız organizasyonu ile gerçekleştirdiği, davacının da bu organizasyon içinde, ... Uydu Sis. İnş. Dek. San. Tic. Ltd. Şti.ne ait işyerinde çalıştığı açıktır. Somut olayda, asıl-alt işverenlik ilişkisinin en önemli unsuru olan asıl işverene ait işyerinde çalışma olgusu da gerçekleşmemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında davalılar arasında asıl-alt işverenlik ilişkisi bulunmadığı anlaşılmakla, davalı ... İçerik Hizmetleri ve Prodüksiyon A.Ş. yönünden açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9. HD, 2016/7535 E., 2019/6862 K., 26.3.2019, (Çevrimiçi), kararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2024)

¹²⁰ Y. 9. HD, 2023/1664 E., 2023/4847 K., 03.04.2023, (Çevrimiçi), kararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 28.08.2024).

¹²¹ Y. 22. HD, 2017/16227 E., 2018/2326 K., 25.10.2018 T., (Çevrimiçi), kararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2024); Aynı yönde: Y. 22. HD, 2017/15978 E., 2018/23113 K., 24.10.2018, (Çevrimiçi), kararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024)

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2022 yılında “*Bölge Adliye Mahkemesi kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi istemine dair*” verdiği kararda bir markanın araçlarının bakımı, tamiri ve satışı konusunda yetkili bayinin çalışanlarının işçilik alacaklarından sağlayıcının asıl işveren sıfatıyla birlikte sorumlu tutulup tutulmayacağı hususunu değerlendirmiştir. Yüksek mahkeme somut olayda yetkili servis sözleşmesi kapsamında işin sağlayıcının işyerinde değil, yetkili servisin kendi işyerinde gerçekleştirildiğini tespit etmiş ve “*asıl işveren alt işveren ilişkisinin en önemli unsurlarından birisi olan, işin asıl işverene ait işyerinde yapılması unsuru somut olayda gerçekleşmemiştir*” demek suretiyle taraflar arasında alt işverenlik ilişkisi bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır¹²².

Görüldüğü üzere bayilik ilişkisinin varlığı halinde incelenmesi gereken temel nokta bayinin yürüttüğü işin sağlayıcının işyerinde yapılıp yapılmadığı ve sağlayıcının işin yürütüldüğü işyerinde kendi işinde işçi çalıştırıp çalıştırmadığıdır. Yukarıda anılan mahkeme kararlarında bu unsurlar incelenmeden doğrudan alt işverenlik ilişkisinin varlığı yönünde kararların verilmiş olduğu görüldüğü gibi bayilik ilişkisinin alt işverenlik ilişkisi kabul edilmediği kararlara da rastlanmıştır. Yargıtay çok az sayıda kararında açıkça “asıl işverene ait işyerinde çalışma” olgusunun gerçekleşmemiş olduğunu belirterek dava konusu olayda alt işverenlik ilişkisinin mevcut olmadığı yönünde hüküm kurmuştur. Olması gereken, tüm benzer olaylarda anılan unsurların varlığının değerlendirilmesi ve ulaşılan sonuca göre alt işverenlik ilişkisi kapsamında sağlayıcının birlikte sorumluluğuna gidilmesidir¹²³.

2. Sağlayıcının Bayinin Yönetim Hakkına Müdahale Ederek İşveren Yerine Geçmesi

Bayilik ilişkisi kapsamında sağlayıcının bayi çalışanlarının işçilik alacaklarından sorumlu tutulması için gerekçe gösterilebilecek bir diğer hal sağlayıcının bayinin yönetim hakkına müdahale ederek bayi işyerinde işverenin yerine geçmesidir. Yukarıda açıklandığı üzere bayilik sözleşmesi kapsamında bayi, satışını üstlendiği malları kendi ad ve hesabına satar¹²⁴. Yine

¹²² Y. 9. HD, 2022/3279 E., 2022/8091 K., 21.06.2022, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024); Y. 9. HD, 2016/7535 E., 2019/6862 K., 26.3.2019, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.08.2024).

¹²³ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 134.

¹²⁴ ŞENOL, s. 22; DEMİR GÖKYAYLA, s. 24; KARAUZ, s. 67; DAĞ, s. 18; NURCU, s. 34; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 43 vd.

bayi, bağımsız bir işletme olarak sözleşme konusu malların satışı bakımından ekonomik riski kendisi üstlenmektedir¹²⁵. Sayılan niteliklerin doğal bir sonucu olarak bayi, kural olarak kendi işyerinin yönetiminde sağlayıcıdan bağımsızdır.

Bayilik ilişkisinde bayinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine bakıldığında bayinin sürüm artırma yükümlülüğü ve sağlayıcının talimatlarına uyma yükümlülüğü dikkat çekmektedir¹²⁶. Her ne kadar bayinin kural olarak bağımsız bir iş organizasyonuna sahip olduğu kabul edilse de sağlayıcının dağıtım ağına dahil olmasıyla birlikte sağlayıcının menfaatlerini korumak için talimatlara uyma borcu altına gireceği kabul edilir¹²⁷. Öte yandan taraflar birtakım hususları karşılıklı müzakere ile doğrudan sözleşme kapsamında da belirlemiş olabilirler. Bu durumda artık talimatlara uyma borcundan değil, sözleşmenin ifasından söz etmek gerekecektir. Örneğin bayilik sözleşmesinde bayinin raf düzeni ve konsepti hakkında hususlar belirlenmişse artık bayi sözleşmenin gereğini yerine getirmek durumundadır. Sağlayıcının ayrıca bir talimat vermesine gerek olmayacaktır.

Konuyla bağlantısı nedeniyle daha önce üzerinde durduğumuz bayinin sürümü artırma ve talimatlara uyma yükümlülüğü, sağlayıcının bayi çalışanlarının işçilik alacaklarından hangi hallerde sorumlu olabileceğinin tespitinde de önem arz etmektedir. Öyle ki sağlayıcının bayinin işleyişine müdahalesinin ne noktaya kadar bayilik sözleşmesinin olağan sonuçları içinde kalacağı, ne noktadan sonra sınırın aşılmış kabul edilip sağlayıcının işveren yerine geçmiş sayılacağı belirlenirken tüm bu yükümlülükler göz önünde tutulmalıdır. Yine sağlayıcının müdahalesinin çok daha yoğun bir düzeye ulaştığı franchise sözleşmeleri de mukayese için faydalı olacaktır.

Uygulamada sağlayıcının bayinin tabela, raf düzeni, mağaza konsepti gibi uygulamalarına, işçi seçimine, çalıştırılan işçilerin alması gereken eğitimlere, işçilerin yıllık izin taleplerine, bayinin çalışma saatlerine, işyeri faaliyetlerinin ve işçi performanslarının denetlenmesine müdahale ettiği görülebilir. Esasen işverenin yönetim hakkına bu gibi müdahaleler bakımından sağlayıcının sorumluluğuna ne zaman gidilebileceği hakkında kesin bir çizgi belirlemek zordur. Nitekim müdahalenin ağırlığı her somut olayda ayrı

¹²⁵ KARAÜZ, s. 67; NURCU, ss. 33-34; SAK, s. 78.

¹²⁶ Bkz: I. / B. Bayinin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

¹²⁷ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 133; ŞENOL, s. 110; DEMİR GÖKYAYLA, s. 156; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 250; DAĞ, s. 21.

şekilde tespit edilmelidir. Yine de bayilik sözleşmesinin özellikleri gözetilerek birtakım ilkeler ortaya koymak mümkündür.

Sağlayıcının bayinin yönetimine müdahalesi yoğunlukla sürümü artırma yükümlülüğüne ve sağlayıcının haklı menfaatlerinin korunması yükümlülüğü kapsamında bayinin talimatlara uyma borcuna dayanmaktadır. Bu bakımdan örneğin bayinin işyerinde çalıştırılacak işçiler açısından sağlayıcının imajı, prestiji, marka değeri gibi haklı menfaatlerinin korunması yahut ürünlerin sürümünün beklenildiği düzeyde gerçekleşmesi adına birtakım kriterlerin öngörülmesi söz konusu olabilir. O halde bağımsız bir tacir olan bayinin kural olarak işe alacağı işçileri seçmekte serbest olduğu; ancak bayinin işe alacağı işçileri seçerken bayilik sözleşmesi kapsamında öngörülen kriterleri dikkate alması gerektiği söylenebilir¹²⁸. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, işçi seçiminin sağlayıcı tarafından değil, sağlayıcının talep ettiği kriterler kapsamında bayinin kendisi tarafından yapılmasıdır.

Bayilik sözleşmesinin bayiye yüklediği sürümü artırma borcu kapsamında sağlayıcının bayiden işçilerin birtakım eğitimleri almasını da talep edebilir¹²⁹. Nitekim sağlayıcı tarafından verilmesi talep edilen eğitimlerin alınmasıyla bayinin çalıştırdığı işçilerin satılan ürün veya hizmetler hakkında bilgisinin artırılması sağlanabilir. Yine özellikle akaryakıt bayiliği gibi özel güvenlik tedbirleri uygulanması gereken işyerlerinde sağlayıcı işyerine özgü eğitimlerin çalışanlara verilmesini talep edebilir. Öte yandan satış ve pazarlama eğitimleri yahut yabancı dil eğitimleri gibi yine sürümü artırmaya yönelik eğitimlerin verilmesi de bu bağlamda gündeme gelebilecektir. Bu tür eğitim talepleri bayilik sözleşmesinin bayiye yüklediği yükümlülükler kapsamında kalmakta olup söz konusu eğitimler gerekçe gösterilerek bayinin bağımsız bir işyeri olmadığı söylenemez.

Bayinin sağlayıcının dağıtım ağına dahil olmasıyla birlikte işyeri tabelası, işyeri konsepti, raf düzeni ve benzeri uygulamalar bakımından imaj birliği sağlamak adına bayiden birtakım kurallara uyması beklenebilir¹³⁰. Franchise sözleşmelerinde ise bu ilişki çok daha yakın durumdadır¹³¹. Daha önce de ifade edildiği üzere franchise sözleşmesi kapsamında işletmeler aynı marka, sembol, reklam, müşteri çevresi ve müşteri güveni gibi olguları kul-

¹²⁸ KARAUZ, s. 175.

¹²⁹ Aynı yönde: KARAUZ, s. 175.

¹³⁰ SARIAKÇALI ALKAÇ, ss. 250-251; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 133.

¹³¹ ŞENOL, s. 48; EREN, s. 77; KIRCA, s. 96.

lanır¹³². Bayilik sözleşmelerinde daha esnek olsa da yine imaj birliği mevcuttur¹³³. Esasen imaj birliği hem bayi hem de sağlayıcının ticari menfaatinedir. Bu bağlamda gerek sağlayıcının meşru menfaatlerinin korunması gerekse müşterinin özellikle sağlayıcının markasına duyduğu güvenle sürümün artırılması noktasında bayinin imaj birliği oluşturmaya yönelik faaliyetleri bayinin kendi ad ve hesabına çalışan bağımsız bir işletme olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir¹³⁴. Nitekim yukarıda bayilik sözleşmesinin özellikleri açıklanırken aktarıldığı üzere bayinin sağlayıcının “*dağıtım örgütünün*” bir parçası gibi görünmesi esasen sözleşmeyle ulaşılmak istenen sonuçlardan biridir¹³⁵. Bir diğer ifadeyle sağlayıcı ile bayi arasındaki bu benzerlikler bayilik sözleşmesinin doğal sonuçlarıdır. O halde örneğin bayi işyerinin tabelası, işyeri konsepti, raf düzeni bakımından sağlayıcı ve diğer bayileriyle uyum içinde hareket etmesi yahut bayi işçilerinin sağlayıcının ticari unvanını, markasını ya da logosunu taşıyan iş kıyafetleri giymesi veya rozetler takması gibi uygulamalar imaj birliği oluşturma faaliyeti kapsamında değerlendirilmeli, sağlayıcının işveren yerine geçtiği sonucunu doğurmamalıdır.

Bayi işçilerinin işinde tecrübe kazanması, çalışma motivasyonunun yüksek olması ve kurumsal aidiyet hissi ile çalışması şüphesiz sürümün artmasına yardımcı olacak unsurlardır. Bu kapsamda bir sağlayıcının bayi çalışanlarını kapsayacak şekilde sosyal etkinlikler gerçekleştirmesi gündeme gelebilir. Yine bu kapsamda bayi çalışanlarının sağlayıcının ürün ve hizmetlerinden indirimli şekilde yararlanması yahut başkaca ek menfaatlerin sağlayıcı tarafından sunulması da söz konusu olabilir. Bu tür uygulamalar ilk bakışta sağlayıcının işveren yerine geçerek işçilere menfaat sağladığı uygulamalar olarak görülebilir. Ancak bahsi geçen uygulamalar esasen bayi ve sağlayıcı arasındaki bayilik sözleşmesi kapsamında tarafların karşılıklı mutabakatı ile sağlayıcının bayiye karşı bir yükümlülüğü olarak belirlenmiştir. Bir diğer ifadeyle sağlayıcı söz konusu uygulamaları bayi işçilerine karşı yükümlülüklerinin yerine getirilmesi kapsamında değil, onların işvereni konumunda olan bayiye karşı yükümlülüklerinin yerine getirilmesi kapsamında gerçekleştirmektedir. Bu yönüyle sağlayıcının bayi işçilerine yönelik sosyal etkinlikler düzenlemesi veya ek menfaatler sağlaması tek başına sağlayıcının işveren yerine geçtiği ve işyerinde yönetimi elinde bulundurduğu anlamına

¹³² EREN, s. 74; KIRCA, s. 95; SAK, ss. 79-80.

¹³³ ŞENOL, s. 48; KARAUZ, s. 78.

¹³⁴ NURCU, s. 35; YÜCEL BODUR, s. 215.

¹³⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 25.

gelmemelidir. Örneğin sağlayıcı konumundaki bir telekomünikasyon şirketi farklı bayilerinin çalışanlarının katılması için bir konser yahut bir eğlence düzenleyebilir. Burada amaçlanan bayilerin işçilerinin motivasyonunun yükseltilmesi ile sürümün artırılmasıdır. Şayet sağlayıcı, bayilerin yönetimine bir müdahalede bulunmuyorsa, sadece bu tür sosyal etkinlikler organize etmiş olması nedeniyle bayi çalışanlarının işvereni kabul edilmemelidir. Elbette sağlayıcının bu tür etkinliklere katılımı zorunlu tutması veya katılmayan işçilere yönelik yaptırımlar öngörülmesi halinde artık sağlayıcının doğrudan bayi işçilerine yönelik eylem ve işlemleri mevcut olacağından sağlayıcının işveren yerine geçtiği kabul edilecektir.

Bayinin çalışma saatlerinin sağlayıcı tarafından öngörülmesi de işyerinin yönetimine bir diğer müdahaledir. Bir görüşe göre bayinin kendi çalışma saatlerini ve örgütlenmesini belirlemesi engelleniyorsa bayinin bağımsızlığından söz edilemeyecektir¹³⁶. Bağımsız bir işverenin işyerinin çalışma saatlerini bağımsız şekilde belirleyebileceği açıktır. Bununla birlikte diğer bayilerle sağlıklı rekabet ortamının sağlanması yahut müşterilerin yeknesak bir çalışma saati uygulamasına muhatap olması bakımından bayilik sözleşmesinde belirli saat aralıklarında işyerinin faal tutulmasının öngörülmesi bayinin bağımsızlığını kaybettiği şeklinde değerlendirilmemelidir.

Elbette sağlayıcının bayi işyerindeki işin yürütümüne müdahale imkanları sınırsız değildir. Bayilik sözleşmelerinde bayi sözleşmenin gereği olarak sağlayıcının dağıtım ağına katılacaktır¹³⁷. Ancak bayinin sağlayıcının dağıtım ağıyla bütünleşmesi belirli bir yoğunluğu geçtiğinde artık bayinin kendi adına ve hesabına hareket etme niteliği ortadan kalkabilir. Bu nitelikteki bir bütünleşmede artık bayilik sözleşmesinden söz edilemeyecektir¹³⁸. Bu nedenle hangi hallerde bayinin bağımsızlığının ortadan kalktığına da incelenmesi gerekir.

Bilindiği gibi iş sözleşmelerinin üç temel unsuru iş görme, ücret ve bağımlılık ilişkisidir. İşçinin işverene bağımlı şekilde işi görmesi, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır. Bu yönüyle bağımlılık ilişkisi unsurunun mevcudiyeti konumuz kapsamındaki belirsizliklerin çözümünde de kullanılabilecektir. Bağımlılık ilişkisi, işçinin işverenin gözetim ve denetiminde, işverenin talimatlarına uygun şekilde işi görme borcunu

¹³⁶ ŞENOL, s. 24.

¹³⁷ ŞENOL, ss. 23-24.

¹³⁸ ŞENOL, s. 24; SARIAKÇALI ALKAÇ, s. 46.

doğurur¹³⁹. Böylelikle işçi ile işveren arasında hiyerarşik bir düzenin kurulduğu kabul edilir. Bu bağlamda sağlayıcının işveren yerine geçtiğinin kabulü için “bağımlılık ilişkisi” unsurunun emareleri aranmalıdır.

Daha önce ifade edildiği üzere sağlayıcının bayinin işçi seçiminde uyması gereken kriterler getirmesi bayinin bağımsız olmadığı anlamına gelmemelidir. Buna karşın işçi seçiminin doğrudan sağlayıcı tarafından yapıldığı bir ihtimalde artık bağımsız bir bayinin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Sağlayıcının müdahale imkânı yalnızca kriterlerin belirlenmesi ve kriterlere uyumun denetimine kadardır. Bu düzeyi aşan uygulamalarda sağlayıcının işveren yerine geçtiği kabul edilmelidir.

Sağlayıcıya işveren niteliği kazandırabilecek bir diğer uygulama bayi işçilerinin performansının sağlayıcı tarafından değerlendirilmesidir. Daha önce sağlayıcının, bayi çalışanları için sosyal etkinlikler gerçekleştirebileceği veya ek menfaatler sağlayabileceği belirtilmişse de bu tür uygulamalar işçinin performansının sağlayıcı tarafından ölçülmesi ve değerlendirilmesi ile gerçekleşen bir prim uygulamasına dönüşmemelidir. Nitekim bu ihtimalde artık sağlayıcı işveren yerine geçerek işçinin iş görme borcunu denetlemektedir. Yapılan bu denetim, sağlayıcının bayiye bayilik sözleşmesindeki yükümlülükler bakımından denetlemesiyle de karıştırılmamalıdır. Zira anılan uygulamada sağlayıcı doğrudan bayinin işçisinin performansını ölçerken, bayinin denetiminde değerlendirilen bayi işçileri değil; bir bütün olarak bayinin faaliyetleridir. O halde sağlayıcı, bayilik sözleşmesi kapsamında bayinin performansını denetleyebilir fakat bireysel olarak işçilerin performansını denetleyemez. Aksi halde sağlayıcının işveren yerine geçtiği kabul edilmelidir.

Sağlayıcı ve bayi arasında yapılan sözleşmede bayinin çalışanlarına belirli bir tutarın üstünde ücret ödemesi tavsiye edilebilir. Örneğin sağlayıcı bayiden işçilere asgari ücretten en az %10 daha fazla ücret ödemesini tavsiye etmiş olabilir. Sağlayıcının bu talebi, bayi çalışanlarının uygun ücretle çalışması neticesinde iş performansında artış ve dolayısıyla sürümde artış gerekçesine dayandırılabilir. Nitekim Rekabet Kurulu’nun 07.09.2023 tarihli kararında da bir sağlayıcının motivasyonun artırılması ve nitelikli işgücünün istihdamının sağlanması amacıyla bayilerinin çalışanlarına yönelik baz ücret tavsiyesinde bulunması durumun değerlendirilmiş ve bildirimde bulunan

¹³⁹ Y. 9. HD, 2022/5067 E., 2022/5701 K., 09.05.2022, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.09.2024)

sağlayıcı grup muafiyetinden yararlandırılmıştır¹⁴⁰. Bu yönüyle bayi çalışanlarının ücretinde alt sınır tavsiye etmenin mümkün olduğu, bu olgunun bayinin bağımsız işveren niteliğine zarar vermeyeceği söylenebilir. Ancak alt limit belirlemekle kalmayıp işçilerin ücretleri veya zam oranlarının doğrudan sağlayıcı tarafından belirlendiği bir durumda sağlayıcının bayi işvereni yerine geçtiğinin kabulü gerekebilecektir.

Sağlayıcının bayinin çalışma saatleri bakımından bir aralık öngörmesinin mümkün olabileceği ifade edilmişse de sağlayıcı, bayi işçilerinin çalışma takviminin belirlenmesine karışamayacaktır. Bayi işçilerinin çalışacağı gün ve saatlerin belirlenmesi işverenleri olan bayinin yetki alanında olup sağlayıcının bu yetkiyi kullanması sağlayıcının işveren yerine geçmesi anlamına gelir. Bayilik sözleşmesinde işyerinde en az kaç işçinin çalışması gerektiği belirlenmiş olabilir ancak belirli bir gün veya saat aralığında hangi işçilerin çalışacağını belirlenmesi bayinin yetkisindedir.

Franchise sözleşmesinde olduğu gibi¹⁴¹ bayilik sözleşmesinde de sağlayıcının bayinin sözleşme şartlarına uygun şekilde faaliyet yürütüp yürütmediğini denetleme yetkisi bulunmalıdır. Ancak bu denetim durum tespitinden öteye geçmemeli, sağlayıcı denetim adı altında bayi işçilerinin iş görme edimlerine yönelik emir ve talimat vermemelidir. Bu bakımdan sağlayıcının koordinasyon sağlaması adına bayiye görevlendireceği bir işçisi üzerinden denetleme yetkisinin arkasına saklanarak işyerini yönetmesi halinde sağlayıcının işveren yerine geçtiği kabul edilmelidir.

Daha önce sağlayıcı ile bayi arasında alt işverenlik ilişkisi iddiası bağlamında incelenen bir Yargıtay kararında bayinin bağımsızlığı değerlendirilirken dikkate alınacak hususlara yer ver verilmiştir. Karara göre “*Davalı ... Şirketinin, davalı ... Şirketinden iş alıp almadığı, aralarında depolama, dağıtım, satım yapılacak mamüllerin davalı ... Şirketi tarafından satın alınmasına yönelik ayrıca yapılmış bir sözleşmenin mevcut bulunup bulunmadığı, davalı ... Şirketinin ürünlerini ilk aşamada davalı ... Şirketine satıp satmadığı ve davalı ... Şirketinin bu şekilde satın aldığı ürünleri, kendi adına ve hesabına satarak işin rizikosunu kendisinin üstlenip üstlenmediği, davalı ... Şirketi tarafından davalı ... şirketine bir hizmet bedeli ödenip ödenmediği*

¹⁴⁰ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2022-5-021, Karar Sayısı: 23-41/796-280, Karar Tarihi: 07.09.2023, (Çevrimiçi), <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=10a0abb3-bda7-40a0-93f6-d1cad972840a> (Erişim Tarihi: 25.06.2025)

¹⁴¹ KIRCA, s. 94.

açıklığa kavuşturulmalı, bu şekilde davalı ... Şirketinin kendi işini yapıp yapmadığı bir başka deyişle bağımsız bir işveren olup olmadığı belirlenmelidir¹⁴².” Öncelikle kararda sayılan kriterler bayinin bağımsızlığının belirlenmesinde tek başına yeterli olmayıp mahkemenin kararın devamında yer alan *“davalılar arasında usulüne uygun bir bayilik sözleşmesi mi yapıldığı yoksa asıl işveren-alt işveren ilişkisi mi kurulduğu tespit edilmeli”* ifadeleriyle bayinin bağımsız organizasyona sahip olmamasının sonucunun alt işverenlik ilişkisinin varlığının kabulü olarak ortaya konması da isabetsiz olmuştur. Nitekim şayet taraflar arasında görünürde bir bayilik sözleşmesi var fakat fiilen bayinin yönetimi sağlayıcının elindeyse bu durumda taraflar arasında muvazaalı bir bayilik ilişkisi bulunduğu kabul edilerek sağlayıcı asıl işveren sıfatıyla değil, doğrudan işveren sıfatıyla işçilik alacaklarından sorumlu tutulmalıdır¹⁴³.

Yargıtay’ın bayinin bağımsızlığı değerlendirilirken dikkate alınabilecek bir diğer kararında *“davalı ... Ş. ’nin işyerine işçi alımı, denetimi ve ücretinin ödenmesi hususlarında herhangi bir talimatı, yetkisinin ve sorumluluğunun bulunmadığı, mukavelemeye göre işin yürütümünden kaynaklı tüm rizikonun ... ’ne ait olduğu, davalı şirket ile ... arasındaki hukuki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak da değerlendirilemeyeceği”* ifadeleri yer almakta olup özel daire sayılan gerekçelerle sağlayıcının sorumluluğuna gitmemiştir¹⁴⁴. Anılan ifadelerden işyerine işçi alımı, işçilerin denetlenmesi ve ücretlerinin ödenmesi gibi işlemlerin sağlayıcı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda bayi işçilerinin işçilik alacaklarından sağlayıcının sorumlu tutulabileceği anlaşılmaktadır. Konuyla ilgili bir başka kararda ise Yargıtay davalı iki şirketin işgal sahaları ve aralarında şirket ortakları itibariyle fiili bir birliktelik olup olmadığının, davacı işçinin sağlayıcının yetkililerinden aldığı emir ve talimatlarla ve yine bu şirketin sağladığı ekipman ve araçlarla işi yerine getirip getirmediğinin, sağlayıcı ile bayinin işçileri arasındaki hareketlerin, ücretin kimin tarafından ödendiğinin, işçi alma ve çıkarmanın kim tarafından yapıldığının, işçilerin izin taleplerinin kim tarafından değerlendirildiğinin, işin düzenlenmesine ilişkin talimatların kim tarafından verildiğinin, satışı yapılacak ürünlerin hangi şartlarda nerede depolandığının ve de-

¹⁴² Y. 22. HD, 2017/34520 E., 2017/15641 K., 03.07.2017, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024).

¹⁴³ ÇELİK ve diğ., s. 102.

¹⁴⁴ Y. 22. HD, 2017/15978 E., 2018/23113 K., 24.10.2018, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024).

polamanın yapıldığı yerlerin kimin tasarruf ve mülkiyetinde olduğunun belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁵.

Yargıtay uygulamalarına yansıyan bir diğer husus ise sağlayıcının bayi olduğu iddia edilen işyerinde yönetimi elinde bulundurduğu durumlarda söz konusu işyerinin sağlayıcının bayisi mi yoksa şubesi mi olduğunun araştırılması gerektiği yönünde verdiği karardır. Söz konusu karara göre ilk derece mahkemesi SGK İl Müdürlüğünden davacının SGK hizmet cetvelinde çalıştığı dava dışı şirkete ait SGK işyeri sicil dosyasının tamamı getirtmeli, işyerine ilişkin tüm bilgileri toplamalı, bu bilgilerden yararlanılarak dava dışı şirketin kayıtlı olduğu Ticaret Sicil Memurluğundan kuruluşundan itibaren tüm ortaklarını gösterir sicil kaydını getirtmeli, TTK m. 50 anlamında davalı şirketin şubesi olup olmadığı, Keza davalı şirketin de sicil kaydı getirtilerek Bursa'da şubesinin olup olmadığının hususlarının açıklığa kavuşturulmalı, bu şekilde davalı şirket ile dava dışı şirket arasındaki ilişki kuşkuyla yer bırakmayacak bir biçimde belirlenmelidir¹⁴⁶. Daha önce de ifade edildiği gibi bayilik sözleşmesinde taraflar arasında oluşturulan imaj birliği bayinin sağlayıcının bir şubesi olduğu algısını yaratabilir¹⁴⁷. İlgili işyerinin bayi mi şube mi olduğu belirlenirken işyerinin bağımsızlığı ayırt edici unsur olarak incelenmelidir.

Yetkili servisin kullandığı araç ve gereçlerin sağlayıcı tarafından sağlanıyor olması, Yargıtay'ın 2022 yılında vermiş olduğu bir kararda değerlendirilmiştir. Yüksek mahkeme araç arıza tespiti yapan bilgisayarların sağlayıcıya ait olmasını ve yedek parçaların da sağlayıcı tarafından temin edilmesini taraflar arasındaki sözleşmenin gereği saymış ve *“demirbaşların ... Şirketine ait olduğu, işçilerin ücretlerinin ... Şirketince ödendiği, işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisinin ... Şirketinde olduğu, ... [sağlayıcının] yetkilerinin zaman zaman denetim için işyerine geldikleri ve çalışanlara zaman zaman eğitim verildiğinin ifade edilmesi karşısında ... Şirketinin tamamen ayrı ve bağımsız bir işveren olarak faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır”* demek suretiyle bu tür uygulamaların yetkili servisin bağımsız bir işyeri olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği sonucuna ulaşmıştır¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Y.9. HD, 2016/12069 E., 2020/1678 K., 10.02.2020, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024)

¹⁴⁶ Y. 9. HD, 2008/20773 E., 2010/5409 K., 01.03.2010, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024)

¹⁴⁷ NURCU, s. 35. Franchise sözleşmelerinde de durum aynıdır (KIRCA, s. 95; SAK, s. 79).

¹⁴⁸ Y. 9. HD, 2022/3279 E., 2022/8091 K., 21.06.2022, (Çevrimiçi), karararama.yargitay.gov.tr (Erişim Tarihi: 22.08.2024)

Gerek yukarıda ortaya konan örneklerde gerekse Yargıtay uygulamalarının incelenmesinde sağlayıcının bayi işvereni yerine geçip geçmediği değerlendirilirken bayilik sözleşmesinin nitelikleri dikkate alınmıştır. Sağlayıcının bayilik ilişkisi kapsamında bayiden yerine getirmesini bekleyeceği yükümlülükler sağlayıcının bayi çalışanlarının fiili işvereni olarak kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Bir diğer ifade ile somut olaylar bakımından belirlenmesi gereken husus tartışma konusu müdahalenin sağlayıcının bayi işvereninden sözleşme yükümlülükleri kapsamında talep ettiği bir yükümlülük mü olduğu; yoksa müdahalenin sağlayıcının bayi işverenini yok sayması veya onun yerine geçmesi yoluyla doğrudan bayi işçileri üzerinde hakimiyet kurması şeklinde gerçekleşip gerçekleşmediğidir. O halde sağlayıcının bayiden talep ettiği uygulamaların bayi tarafından kendi işçilerine yaptırılması, sağlayıcının bayi işçilerinin işvereni sayılmasına yol açmaz¹⁴⁹. Bayilik ilişkisinin muvazaalı ve sağlayıcının da bayi işçilerinin işvereni kabul edilebilmesi için sağlayıcının doğrudan bayi işçileri üzerinde çeşitli yönetim yetkilerini kullanıyor olması aranmalıdır¹⁵⁰. Sağlayıcının bayi işverenin yerine geçerek işyerindeki işçiler üzerinde yönetsel haklar kullanması halinde taraflar arasındaki görünürde bayilik sözleşmesinin muvazaalı olduğu kabul edilmeli ve fiili duruma göre sağlayıcı, işveren sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır¹⁵¹. Bunun yanında, bir görüşe göre bayi işvereni ile beraber yönetim yetkileri kullanan sağlayıcı ise birlikte işverenlik kapsamında bayi işçilerinin işçilik alacaklarından sorumlu tutulmalıdır¹⁵².

SONUÇ

Kanunda özel olarak düzenlenmemiş olan bayilik sözleşmesi, ticari hayatların gerekleri doğrultusunda ortaya çıkmış olan dağıtım sözleşmelerinin bir türüdür. Bayiye tekel hakkı verilmesi halinde tek satıcılık sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır. Sağlayıcı ve bayi, aralarındaki ilişkiyi bayilik sözleşmesi ile düzenlerler. Bu kapsamda taraflar birbirlerine çeşitli yükümlülükler yükleyebilirler. Bayi bakımından bayilik sözleşmesinden doğan temel yükümlülük sürümü artırma yükümlülüğüdür. Bunun yanında tarafların birbirine karşı sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak bayinin sağlayıcının menfa-

¹⁴⁹ Ancak bayinin bağımsız bir tacir olma niteliğini ortadan kaldıracak şekilde müdahaleler bayilik sözleşmesinin geçerliliğini etkileyebilecektir.

¹⁵⁰ YÜCEL BODUR, s. 219.

¹⁵¹ ÇELİK ve diğ., s. 102.

¹⁵² YÜCEL BODUR, s. 219.

atlerini koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün gerektirdiği ölçüde bayi sağlayıcının talimatlarına da uymak durumundadır. Öte yandan taraflar sözleşme serbestisi kapsamında aralarındaki sözleşmede uyulacak kuralları belirleyebilecektir. Bu bağlamda sözleşmede belirlenen hususlar bakımından bayinin talimatlara uyma borcu değil, sözleşme hükümlerine uyma borcu söz konusu olacaktır. Yeter ki sözleşmede belirlenen koşullar bayinin bağımsız tacir niteliğini ortadan kaldıracak nitelikte olmasın.

Mahkemelerin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde kararların bir kısmında alt işverenlik ilişkisinin unsurları gereği gibi değerlendirilmeden bayi ile sağlayıcı arasındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olarak kabul edildiği görülmüştür. Buna karşın bayi ile sağlayıcı arasındaki ilişkide, istisnai örnekler hariç, alt işverenlik ilişkisinin unsurlarından olan işin asıl işverene ait işyerinde görülmesi unsuru mevcut değildir. Bu unsurun varlığı aranmaksızın salt bayilik ilişkisinin nitelikleri gereği ortaya çıkan benzer konsept uygulamaları, sağlayıcı markasının ve sembollerinin işyerinde bulunması, işyerinde sadece sağlayıcının mal veya hizmetlerinin satışa sunulmuş olması gibi hususlar gerekçe gösterilerek taraflar arasındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olarak kabulü mümkün değildir.

Bayilik ilişkisinde bayi işçilerinin işçilik alacakları için sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilmesi, sağlayıcının bayinin yönetim hakkına yoğun müdahalesi ile işverenin yerine geçmesi halinde de gündeme gelebilir. Bağımsız bir tacir olan bayi, kural olarak bayi işyerini bağımsız şekilde yönetir. Ancak uygulamada sağlayıcının bayi işyerinin yönetimine aşırı müdahalesi sonucunda bayinin bağımsızlığını yitirdiği örnekler ortaya çıkabilir. Bu noktada incelenmesi gereken husus sağlayıcının müdahalelerinin hangi noktaya kadar bayilik ilişkisi içinde olağan kabul edileceği, hangi noktadan sonra sağlayıcının işveren yerine geçmiş sayılacağıdır. Örneğin sağlayıcı bayinin çalıştıracağı işçiler bakımından birtakım nitelikler aranmasını isteyebilir, ancak işçi seçimini bizzat kendisi yapamayacaktır. Yine taraflar arasındaki sözleşmede bayi çalışanlarına verilecek ücrette bir alt sınır tavsiye edilmiş olabilir, ancak sağlayıcı hangi işçinin ücretinin ne kadar olacağını belirleyemez veya işçilerin performans ölçümünü bizzat yaparak prim ödemelerini kendisi tespit edemez. Sağlayıcı, bayi işçilerine emir ve talimat veremez, yalnızca bayinin kendisinde sözleşme koşullarına uygun şekilde hareket etmesini talep edebilir. Bayi işçilerinin sağlayıcı ile bağımlılık ilişkisi içine gireceği her türlü ihtimalde sağlayıcının işveren yerine geçtiği kabul edilmeli ve bu doğrultuda sonuca gidilmelidir.

Sağlayıcının bayi işvereni yerine geçtiği durumlarda taraflar arasında görünürde bayilik ilişkisinin bulunduğu fakat fiilen işyeri yönetiminin sağlayıcıda olduğu bir görüntü ortaya çıkar. Bu durumda bayilik sözleşmesinin muvazaaya dayandığı kabul edilmeli ve sağlayıcı bayi işçilerinin işçilik alacaklarından sorumlu tutulmalıdır. Taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunu söylemek ile muvazaalı alt işverenlik ilişkisi olduğunu söylemek birbirinden farklıdır. Öyle ki muvazaalı alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için öncelikle taraflar arasında görünürde bir alt işverenlik ilişkisi mevcut olmalıdır. Oysa burada incelenen ihtimalde asıl işverenin işyerinde iş görme unsuru bulunmadığından muvazaalı alt işverenlik ilişkisi değil, muvazaalı bayilik ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT Ercan, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik**, 2. bs, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- ARSLAN Aziz Serkan, “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 1, 2008, ss. 3-37.
- AYDINLI İbrahim, **Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**, 5. bs, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- AYKAÇ Hande Bahar, **İş Hukukunda Alt İşveren**, İstanbul: Beta, 2011.
- CANBOLAT Talat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri**, İstanbul: Kazancı, 1992.
- ÇELİK Nuri / CANIKLIOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat / ÖZKARACA Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 36. bs, İstanbul: Beta, 2023.
- DAĞ Kübra, **Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- DEMİR GÖKYAYLA Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2. Baskı., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- EKMEKÇİ Ömer / YİĞİT Esra, **Bireysel İş Hukuku**, 5. bs, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- EKONOMİ Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, **Türk Hukukunda Üçlü İlişkiler**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, ss. 21-52.
- EREN Fikret, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, ss. 67-129.
- EROL Abdullah, **Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İşçi Benzeri Çalışan Kavramı**, Ankara: Gazi Kitabevi, 2021.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, “Bayilik Sözleşmesinde Bayinin Asgari Satın Alma Yükümü”, **Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, ss. 79-103.
- GÜNAY Cevdet İlhan, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- GÜRZUMAR Osman Berat, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması**, İstanbul: Beta, 1995.
- GÜZEL Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 2004/1, t.y., ss. 31-65.
- İŞGÜZAR, Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Dayınlarlı Yayıncılık, 1989.
- KARAUZ Agah Kürşat, **Akaryakıt Bayilik Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- KAYA Servcan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Ankara: Lykeon, 2019.
- KIRCA Çiğdem, **Franchise Sözleşmesi**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997.

- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi / ASTARLI Muhittin / BAYSAL Ulaş, **İş Hukuku**, 7. bs, Ankara: Lykeion Yayıncılık, 2022.
- NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, 5. bs, İstanbul: Beta, 2014.
- NURCU Elif İlkay, **Bayilik Sözleşmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- OLGAÇ Samet Can, **Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- SAK Burak, **Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122)**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- SARIAKÇALI ALKAÇ Sezin Ezgi, **Akaryakıt İstasyonu Bayilik Sözleşmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- SOYER M. Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 1, 2006, ss. 16-28.
- SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 23. bs, İstanbul: Beta, 2023.
- ŞENOL A. Nilay, **Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- TAŞKIN Ahmet, **Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- TOPÇUOĞLU Metin, “İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar”, **Rekabet Dergisi**, S. 18, 2004, ss. 4-58.
- UĞUR Ömer, **Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- YÜCEL BODUR Mehtap, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik**, İstanbul: Beta, 2018.

İŞLEVLERİ ZEMİNİNDE ÇERÇEVE SÖZLEŞME KAVRAMI^(*)

Arş. Gör. Yağmur Öykü YÖNET^(**)

Öz: Sanayi devriminin bir getirisi olarak kitlesel mal ve hizmet arzına doğan yoğun ihtiyaç, girift hukuki ilişkilere zemin hazırlamış, bunun doğal bir sonucu olarak işlem maliyetlerinin azaltılmasına ve zamandan tasarrufa katkı sunacak hukuki enstrümanlar doğmuştur. Birden fazla hukuki ilişkinin tabi tutulacağı birtakım esasları hukukten bağlayıcı bir zeminde belirleyen çerçeve sözleşmeler de bu enstrümanlardan yalnızca biridir. Hayatın olağan akışı içinde sıklıkla karşılaşılan çerçeve sözleşmeler, literatürde hak ettiği değeri görmemiş ve kavramın kendine özgü yapısı üzerine yeterince düşünülmemiştir. Her ne kadar ‘sözleşme’ niteliğinin doğal bir sonucu olarak öncelikle şüphesiz sözleşmeler hukukundaki kural ve esaslara tabi tutulacak olsa da çerçeve sözleşme kavramının kendine özgü karakterinin beraberinde getireceği yine kendine özgü problem ve çözümlerin üzerinde düşünülmesi gerekir. Kanaatimizce, bu gayeye cevaplandırılacak her bir soruda çerçeve sözleşmenin işlevleri ve bu işlevlerin tatmin etmeyi amaçladığı menfaatler kilit başvuru kaynağıdır. Çalışmanın amacı, çerçeve sözleşmenin işlevlerine dikkat çekilmesi, hukuki ve ekonomik işleviyle birlikte, doktrinde ele alınmamasının önemli bir eksiklik olduğunu düşündüğümüz psikolojik işlevinin okuyucuya sunulması; böylece nihayet, çerçeve sözleşme kavramına ilişkin her uyuşmazlığın çözümünde mutlaka masanın üzerinde bulundurulması gerektiği inancını taşıdığımız tüm işlevlerinin aydınlatılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Çerçeve Sözleşme, Münferit Sözleşme, Hukuki İşlev, Ekonomik İşlev, Psikolojik İşlev.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 30.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 18.05.2025

Bu makale, İ. D. Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinin 6.6. maddesinde öngörülen, doktora tez savunmasına girebilmek için tez konusunda en az bir yayın yapmış olma şartının sağlanması amacıyla tez konusundan türetilerek yazılmıştır.

^(**) İ. D. Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Burslu Lisansüstü Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: yagmuroyku.yonet@bilkent.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-4908-1617>.

THE CONCEPT OF FRAMEWORK CONTRACT ON THE BASIS OF ITS FUNCTIONS

Abstract: The intense need for mass supply of goods and services as a result of the industrial revolution has paved the way for intricate legal relations, and as a natural consequence, legal instruments that contribute to reducing transaction costs and saving time have emerged. Framework agreements, which set out the principles governing more than one legal relationship on a legally binding basis, are just one of these instruments. Framework agreements, which are frequently encountered in the ordinary course of life, have not received the value they deserve in the literature and the unique structure of the concept has not been sufficiently considered. Although it will undoubtedly be subject to the rules and principles of the law of contracts as a natural consequence of its 'contract' nature, the unique character of the framework contract concept should be considered in terms of the unique problems and solutions that it will bring with it. In our view, the functions of the framework agreement and the interests that these functions aim to satisfy are the key reference point for each question to be answered for this purpose. The aim of this study is to draw attention to the functions of the framework contract, to present to the reader -along with its legal and economic functions- its psychological function, which we think is an important deficiency that is not addressed in the doctrine; thus, finally, to enlighten to all the functions of the framework contract, which we believe should be kept on the table in every dispute resolution regarding the concept of framework contract.

Keywords: Framework Contract, Individual Contract, Legal Function, Economic Function, Psychological Function.

I. GİRİŞ

Sanayi devrimiyle kitlesel mal ve hizmet arzına duyulan ihtiyacın, hukuk düzenine kazandırdığı -nispeten- yeni¹ kurumlardan biri de şüphesiz çerçeve sözleşmelerdir. Çerçeve sözleşme, en öz tanımı ile, bir/birtakım hukuki ilişkiye/ilişkilere uygulanacak esaslar üzerinde mutabık kalınan sözleşme ilişkisini ifade eder.

Hayatın olağan akışı, çerçeve sözleşmelerle örülüdür. Sabah işe gitmek üzere evden çıkan A'nın Türkiye'deki tek yetkili distribütörden aldığı X marka arabası, benzin ışıǰı yandığı için işe geç kalmak pahasına E5'de uğradığı benzin istasyonu, öğle aralarında gitmekten keyif aldığı zincir restoran, iş çıkışında arkadaşlarıyla kahve içtiği o meşhur kahvecinin deniz kenarı şubesi, çocuǰuna harçlık vermek için ATM'den para çektiği banka hesabı, GSM operatöründen seçtiği tarifenin kendine sunduğu GB'lar birer çerçeve sözleşme ürünüdür. Şüphesiz hukuk, insan ömrünün ve hatta bu ömrün sona ermesini takip eden sürecin her dakikasına sirayet ettiğine göre, söz konusu kurguda da görüldüğü üzere olağan bir günün doğal akışı içinde sokaǰa atılan her adımda hukuk kurumlarıyla karşılaşılması elbette şaşırtıcı olmasa da çerçeve sözleşmenin bu karşılaşmaların sıklığı bakımından zirvedeki hukuki kurumlardan biri olduğu ifade edilebilir.

Çerçeve sözleşme kurumunun bu yaygın uygulamasına kıyasla literatürde hak ettiğİ değeri görmediğİ, monografilere konu olmak bir yana ders kitaplarında dahi edinmesi gereken yeri edinemediğİ² ve Yargıtay kararlarında da sadece ismen zikredildiğİ ancak irdelenmediğİ³ tespiti son derece yerindedir. Çerçeve sözleşmenin ilk bakışta 'sözleşme' vasfı sebebiyle ayrıca ele alınması ihtiyacını doğuran bir özellik arz etmediğİ düşünölebilecekse de bu

¹ Oysa GATSI, "çerçeve sözleşme" teriminin kullanılmasının yeni olduğu, ancak çerçeve sözleşme fikrinin yazarlarca uzun zamandır ifade edildiğİ görüşündedir, bkz. GATSI Jean, **Le Contrat - Cadre**, Paris, 1996, s. 4.

² Hukuk literatüründe çerçeve sözleşme kavramı üzerinde yeterince durulmadığı eleştirisi için bkz. WEBER Rolf H., "Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen", **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C. I, S. 106, 1987, s. 410; GATSI, s. 8; HOFFBAUER Christiane, **Der Rahmenvertrag in der Lieferbeziehung**, Berlin, 2010, s. 2; BARLAS Nami, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağani**, İstanbul, 1999, s. 807-808; YILMAZ Cüneyt Arif, **Çerçeve Sözleşmeler**, Seçkin, Ankara, 2023, s. 5.

³ UYUMAZ Alper / OUMER Kamil Abdu, "Framework Agreements Under Turkish Law", **Law and Justice Review**, C. 9, S. 15, Aralık, 2017, s. 48. Yabancı mahkeme kararları açısından benzer bir eleştiri için bkz. HOFFBAUER, s. 2.

yaklaşım, kendine özgü yapısı gereğince klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden ayrıldığını kabul ettiğimiz çerçeve sözleşmeler için yerinde değildir. Elbette en nihayetinde hukuki niteliği gereğince -her şeyden önce- ‘sözleşme’ olmasının doğal bir sonucu olarak çerçeve sözleşmeler, borçlar hukukunun temel kaidelerinden, genel ve özel hükümlerden ve hukukun bütünlüğü ilkesince başvurulabilecek tüm hukuk kaynaklarından yararlanılarak uygulama alanı bulur ancak kurumun kendine özgü yapısı, tüm bunların ötesinde kendine özgü hukuki problemleri ve çözüm ihtiyaçlarını da beraberinde getirir.⁴ İşte bu problemlerin ve çözümlerin sunulabilmesi için, -çerçeve sözleşme kavramına ilişkin her uyumsuzluğun çözümünde dikkate alınması gerektiği inancını taşıdığımız- kurumun işlevleri ve bu işlevlerin tatmin etmeyi amaçladığı menfaatler üzerinde düşünülmesi ve bunlara hakim olunması gerekir. Çalışmanın amacı, çerçeve sözleşme kurumuna dikkat çekmek ve kurumun, işlevleri ile bu işlevlerin tatmin ettiği taraf menfaatleri temelinde değerlendirilmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda (II) özü itibarıyla çerçeve sözleşme kavramının ortaya konmasını takiben (III) çerçeve sözleşmenin işlevleri; (A) hukuki, (B) ekonomik ve (C) psikolojik olmak üzere üç sac ayağına dayanan bir sistematikte kaleme alınacak ve nihayet bu işlevlerin beraberinde getirdiği çıkarımlar (IV) sonuç bölümünde sunulacaktır.

II. ÖZÜ İTİBARIYLA⁵ ÇERÇEVE SÖZLEŞME KAVRAMI

Çerçeve sözleşmenin işlevlerinin ele alınması sürecinde atılması gereken ilk adım bu kavramın neyi ifade ettiğinin ortaya konmasıdır. Çerçeve sözleşme⁶ (*Framework Agreement / Umbrella Contract / Rahmenvertrag / Contrat-cadre*), tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla, bir veya birden çok hukuki ilişkinin tabi tutulmasını arzu ettikleri esas/esaslar üzerinde mutabık kaldıkları sözleşme ilişkisidir.⁷ Çerçeve sözleşme vasıta-

⁴ Aynı yönde WEBER, s. 411.

⁵ İşbu çalışmanın temel gayesinin çerçeve sözleşme kavramının işlevleri ile tatmin ettiği taraf menfaatleri üzerine düşünülmesi olduğuna ve kavramın her yönüyle ele alınabilmesinin bir makale sınırlarında mümkün olmayacağı gerçeğine, bu gerekçelerle ilgili kavramın ‘en öz’ haliyle okuyucuya sunulacağına dikkat çekilmesi amaçlanmıştır.

⁶ Çerçeve sözleşme kavramı yerine, manto sözleşme (*Mantelvertrag*), koordinasyon (işbirliği) anlaşması (*Koordinationsvereinbarung*), temel sözleşme (*Grundvertrag / Basisvertrag*) ve prensip (ilke) anlaşması (*Grundsatzvereinbarung*) kavramları da kullanılmaktadır.

⁷ Doktrinde kaleme alınan çerçeve sözleşme tanımları için ayrıca bkz. LAW Jonathan (Ed.), **A Dictionary of Law**, Oxford Üniversitesi Yayınları, İngiltere, 2022; GATSI, s. 304; VON DER CRONE Hans Caspar, **Rahmenverträge**, Schultess Poligraphischer Yayınevi, İsviçre Zürih, 1993, s. 247 ve s. 248; ZAKI Magdi Sami, “Le Formalisme Conventionnel illustration

sıyla üzerinde mutabık kalınan bu esaslar ‘çerçeve hüküm’, söz konusu esasların uygulama alanı bulacağı her bir sözleşme ilişkisi ise ‘münferit sözleşme’⁸ olarak adlandırılır.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda hüküm ve sonuçlarıyla bir kanun maddesinde yer bulamayan çerçeve sözleşmeler, sözleşmeler hukukunun genel sistemini yeniden düzenleyen 10 Şubat 2016 tarih ve 2016-131 sayılı

de la Notion de contrat-cadre”, *Revue Internationale de Droit Compare*, 38-4, 1986, s. 1043 ve s. 1065; KRAMER Ernst A., *Berner Kommentar des Obligationenrecht Art. 19-22*, Bern, 1991, Art. 22 N. 76; WEBER, s. 403 ve s. 404 ile s. 410; MAURENBRECHER Benedikt, “Die Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Rahmenvereinbarung und Geschäftsverbindungsvertrag”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, C. I, S. 109, 1990, s. 182-183; GÜRZUMAR Osman Berat, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukun Korunması*, Beta, İstanbul, 1995, s. 28; LARENZ Karl / WOLF Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004, s. 428; HENRICH Dieter, *Vorvertrag-Optionsvertrag-Vorrechtsvertrag*, Tübingen, 1965, s. 117; BARLAS, s. 808; OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt I)*, İstanbul, 2022, p. 170a; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Cilt I): Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 112; WHEELER Sally, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research - Contracts and Corporations (Chapter 6)*, Oxford, 2012, s. 134; EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 225 p. 615; EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 987 p. 3299; EREN Fikret, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, s. 72; AYRANCI Hasan, *Önsözleşme*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 107 ve s. 108; KIRCA Çiğdem, *Franchise Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 22; ANTALYA Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-1*, Ankara, 2019, s. 230; MOUZAS Stefanos / FORD David, “Managing Relationships in Showery Weather: The Role of Umbrella Agreements”, *Journal of Business Research*, Cilt: 59, Sayı: 12, 2006, s. 1248-1256; ŞEN DOĞRAMACI Hayriye, *Çerçeve Sözleşmeler*, Eskişehir, T. C. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010, s. 31-32 ve s. 36; ŞEN DOĞRAMACI Hayriye, “Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1046-1047; YILMAZ, s. 14, s. 18 ve s. 25; İŞGÜZAR Hasan, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Dayınlarlı Yayınları Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1989, s. 33; ATAMER Yeşim M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta, İstanbul, 2001, s. 96; ÖZEN Burak, *Kredi Açma Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 121; SCHOOFS Oliver, *Rahmenvertrag. In: Das Recht des Corporate Real Estate Managements / Rahmenvertrag*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2015, ss. 259-275. https://doi.org/10.1007/978-3-658-00107-0_38 (Erişim Tarihi: 18.03.2025)

⁸ İşbu çalışma bünyesinde ‘münferit sözleşme’ kavramı benimsense de öğretilerde bu kavram yerine “birel sözleşme” (bkz. OĞUZMAN / ÖZ, p. 170a), “uygulama sözleşme” (bkz. AYRANCI, s. 109; ve ANTALYA, s. 230) “özel (tekil) sözleşme” (bkz. EREN 2023a, s. 225 p. 615) ve “yardımcı ve tamamlayıcı sözleşme” (bkz. KIRCA, s. 22) kavramlarına da başvurulduğu tespit edilmiştir. Dahası, 4635 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun’un 32. maddesiyle yapılan değişiklikten önce, “münferit” yerine “kısa” sıfatından yararlanıldığı ve münferit sözleşmelerin “kısa sözleşme” olarak ifade edildiği de görülmüştür.

Kararname ile Fransız Medeni Kanunu'nun 1111. maddesine eklenmiş ve “ *tarafların gelecekteki sözleşme ilişkilerinin genel özellikleri üzerinde mutabık kaldıkları sözleşme*”⁹ olarak tanımlanmıştır.

Çerçeve sözleşme ve kapsamına aldığı münferit sözleşme/sözleşmeler arasındaki ilişki hiyerarşik bir yapı değil; hukuki ilişki vasıtasıyla ulaşılmak istenen menfaatlerin tatmin edilmesinde amaçsal bir bütünlük arz eder. Bu bütün, çerçeve sözleşmeden ve tarafların her bir somut edim yükümlülüğünün vücut bulduğu münferit sözleşmeden/sözleşmelerden oluşan “*çoklu bir yapı*”¹⁰’dır. Otto von Gierke’nin metaforuyla¹¹ “*bir meyve ile çekirdeği arasındaki ilişki gibi*” çerçeve sözleşmeye (çekirdeğe) bağlı olarak zamanla olgunlaşıp varlık kazanan münferit sözleşmeden/sözleşmelerden (meyveden/meyvelerden) oluşur.

Çerçeve sözleşmenin somutlaştırılması amacıyla örneklendirilmesinden hemen önce uyandırılması gereken farkındalık, kavramın yalnızca bütünü adeta bir sistem teşkil eden tek satıcılık, franchise, bayılık gibi sözleşmelerin formüle edilmesinde başvurulacak bir kurum olmadığı; aynı zamanda akla gelebilecek (isimli veya isimsiz) tüm sözleşme ilişkilerinin formüle edilmesinde yararlanılabilecek bir sözleşme kurma yöntemi olduğudur. Öyle ki nasıl bir franchise sözleşmesi çerçeve sözleşme niteliği taşıyorsa, bir satım sözleşmesinin kurulmasından önce o sözleşme ilişkisinin tabi tutulacağı birtakım esasların üzerinde mutabık kalınan bir sözleşme de çerçeve sözleşme niteliği taşır.

Çerçeve sözleşme kavramının somutlaştırılması gayesiyle şu örnekler kurgulanabilir: A’nın müşterisi olduğu bankadan gelecekte çekme ihtimali olan - veya çekeceği- münferit kredilerin tabi tutulacağı ödeme koşullarını belirleyen - uygulamada genel kredi sözleşmesi olarak da adlandırılan- sözleşme veya C yazılım şirketinin D anonim şirketine, belirli bir teknoloji ürününü sadece belirli bir coğrafi bölgede satma yetkisi verdiği tek satıcılık sözleşmesi.¹²

⁹ Kanun metninin tarafımızca çevirisidir. Hükmü incelemek için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032040737 (Erişim Tarihi: 18.03.2025) İlgili düzenlemenin kaleme alınmasından önce, tedarikçi ve distribütörlerin ticari müzakere süreçlerine ilişkin olarak spesifik bir düzlemde kaleme alınan Ticaret Kanunu’nun L. 441-7 maddesinde bahsedildiği ifade edilen çerçeve sözleşme kavramı, Medeni Kanun’un 1111. maddesi ile birlikte, daha genel bir düzeyde kaleme alınmıştır.

¹⁰ WEBER, s. 410.

¹¹ WEBER’den naklen (s. 410-411) VON GIERKE Otto, “Dauernde Schuldverhältnisse”, Jher. Jb. 64 (1914), ss. 355-374.

¹² Benzer örnekler için ayrıca bkz. BARLAS, s. 810; WEBER, s. 415-416.

Meselenin en başında kaleme alınan -tarafımızca- basite indirgenmiş çerçeve sözleşme tanımı ve -nispeten- komplike bir olay örgüsü taşımayan bu örnekler karşısında, çerçeve sözleşme kavramının herhangi bir yönüyle kafa karıştırmayacak derecede açık olduğu sanısı bir yanılgıdan ibarettir. Zira, gerek literatürde kaleme alınan çerçeve sözleşme tanımları, gerek çerçeve sözleşme modeli esas alınarak kurulan birtakım sözleşme tiplerini (örneğin franchise, bayilik, tek satıcılık vb.) inceleyen eserler, çerçeve sözleşme kurumu üzerinde pek çok meselede -konsensusa varmak bir yana- birbirine tamamen zıt sonuçlar benimsendiğini gözler önüne serer. Örneğin ve özellikle -çerçeve sözleşme kurumunun şüphesiz bu sayılacaklardan çok daha fazla problemi beraberinde getirdiğine dikkat çekme ihtiyacı hissederek- çerçeve sözleşmenin mutlaka birden fazla münferit sözleşmeyi kapsamına almak zorunda olup olmadığı, her zaman sürekli borç ilişkisi mi doğurduğu, bir sözleşme tipi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve bu kapsamda sözleşmelere yönelik öğretideki birtakım sınıflandırmalardan (örneğin isimli-isimsiz, tipik-atipik, ivazlı-ivazsız vb.) hangisine/hangilerine dahil edileceği ve dahası bir münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcu doğurup doğurmadığı, çerçeve sözleşme kurumuna yönelen farklı bakış açılarının beraberinde getirdiği soru işaretlerinden sadece bir kısmıdır. Çerçeve sözleşme kavramının her yönüyle anlaşılmasında rol oynayacağı şüphesiz bu tartışmaların -ve ötesinin- bir makalenin değil, ancak bir monografinin konusu olabilecek derinlikte olduğu farkındalığıyla; ilgili tartışmaların bir kısmında benimsenecek görüşlerin çerçeve sözleşmenin işlevlerinin tespit edilmesinde ve bu işlevlerin sınıflandırılmasında pratik bir rol oynayacağına dikkat çekmek gerekir. Akla gelen ilk örnekle, çerçeve sözleşmenin kavramsal olarak münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri yapma borcu doğurmak zorunda olduğu kabulü, önsözleşme işlevinin tüm çerçeve sözleşmelerin sunduğu bir işlev olması sonucunu doğurur. Oysa aksi yönde bir kabul, önsözleşme işlevini sadece birtakım çerçeve sözleşmelerde var olan bir işlev haline getirir. Çerçeve sözleşme kurumuna yönelen fikir ayrılıkları, -bu örnekte olduğu gibi- yalnızca çerçeve sözleşmenin işlevleri perspektifinde etki doğurdıkları ölçüde bu çalışmanın kapsamındadır.

Öğretinin çerçeve sözleşme kurumuna yönelttiği birbirinden farklı bakış açıları, kavramın hukuki niteliğinin tespit edilmesi sürecine de sirayet eder. Fikrimizce çerçeve sözleşmeyi klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden ayıran kilit taşı, hukuki niteliğinin hem borç doğuran bir sözleşme¹³ hem de bir

¹³ Çerçeve sözleşmenin 'borç doğuran sözleşme' vasfına ilişkin bkz. HOFFBAUER, s. 19; GATSI, s. 193; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 46-47; YILMAZ, s. 25, s. 27 ve s.55; EREN 2023a, s. 225 p. 615.

sözleşme kurma yöntemi¹⁴ olmasıdır. Gerçekten de çerçeve sözleşme yalnızca, kapsamına aldığı münferit sözleşmenin/sözleşmelerin tabi olacağı hukuken bağlayıcı esaslara uyulması borcunu doğuran bir sözleşme değil; aynı zamanda akla gelen tüm sözleşme ilişkilerinin formüle edilmesinde başvurulabilen bir sözleşme kurma yöntemidir.

III. İŞLEVLERİ

A. Genel Olarak

Çerçeve sözleşmenin uygulamada sıklıkla başvurulanan bir hukuki enstrüman haline gelmesini sağlayan olgu, pek çok ihtiyaca cevap vermeyi başardığı için işlevsel açıdan zengin bir hukuki kurum oluşudur. Gerçekten de taraflar arasındaki ilişkinin bir parçası olan münferit sözleşmelerin tabi tutulacağı birtakım esasların hukuken bağlayıcı bir zeminde belirlenebilmesine imkan sağlayan çerçeve sözleşmelerin, “*yeni sosyal ihtiyaçları karşımanın bir yolu*” olduğuna işaret edilmektedir.¹⁵ Bu doğrultuda işlevlerinin ortaya konması; kavramın tüm yönleriyle anlaşılabilmesi, somutlaştırılabilmesi, kurulmasında güdülen taraf menfaatlerinin tespit edilebilmesi ve böylece çerçeve sözleşmenin merkezinde inşa edilen uyumsuzlukların çözümünde tüm bunlardan yararlanılarak tatmin edici çıkış yolları önerilebilmesi açısından elzemdir. Dahası, çerçeve sözleşmenin bir işleve sahip olup olmadığı meselesi, birtakım hukuk kurallarına (örneğin, önsözleşmenin şekline ilişkin TBK m. 29/II’ye) tabi tutulup tutulmayacağı sonucunu belirlemesi yönüyle de pratik bir önem arz edebilir.

Çerçeve sözleşmenin işlevleri hukuki, ekonomik ve psikolojik olmak üzere üç sac ayağına dayanan bir sistematik içinde kaleme alınacaktır.

B. Hukuki İşlevi

Klasik borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak çerçeve sözleşmelerin temel amacı ve bu amaç doğrultusunda temel hukuki işlevi; bir mal ve/veya hizmetin ifasının sağlanması, karşılıklı veya tek taraflı bir edim değişiminin (ifâ faaliyetinin) gerçekleştirilmesi ve böylece sözleşmenin ta-

¹⁴ Çerçeve sözleşmenin ‘sözleşme akdetme yöntemi / metodu’ olma vasfına ilişkin bkz. HOFF-BAUER, s. 14; BARLAS, s. 818; UYAN Göktürk, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Genel Kredi Sözleşme Kavramı ile İlişkisi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 79, S. 4, 2005, s. 1134, ZAKI, s. 1066.

¹⁵ WEBER, s. 403.

raflarının aktif veya pasifinde bir değişiklik yaratılması değildir.¹⁶ Mal ve/veya hizmetin ifasını, bu vesileyle de gerçekleşecek -karşılıklı veya tek taraflı- bir edim değişimini konu alan sözleşmeler ise -genellikle¹⁷- bizzat münferit sözleşmelerdir.¹⁸ Çerçeve sözleşme kurumunun hukuki işlevlerinin temeli, -ve bu doğrultuda hukuken amaçladığı temel sonuç¹⁹- ilerde kurulacak veya halihazırda kurulmuş münferit sözleşme ilişkisinin/ilişkilerinin tabi olacağı birtakım esasların hukuken bağlayıcı bir zeminde belirlenebilmesidir.

İlgili amaç doğrultusunda çerçeve sözleşmelerin hukuki işlevi; tüm çerçeve sözleşmelerin içeriğinde doğası gereği kendiliğinden barındırdığı ‘(1) Bütün Çerçeve Sözleşmelerde Ortak Hukuki İşlevler’ başlığı altında: ‘(a) Bağlayıcılık İşlevi’, ‘(b) Tamamlayıcılık İşlevi’, ‘(c) Hukuki Güvenilirlik (Belirli-lik/İstikrar) İşlevi’ olarak kaleme alınacak ve ‘(d) Ortak Hukuki İşlevlerin Birbirlerine Bağlılığının Değerlendirilmesi’ni takiben; her çerçeve sözleşmede kendiliğinden var olduğu kabulü ile hareket edilemeyecek ancak çerçeve söz-

¹⁶ WEBER, s. 410; GILLOR, s. 77; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 113; LARENZ / WOLF, s. 428; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 32 ve s. 86; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1043 ve s. 1047; BARLAS, s. 813 ve s. 818; YILMAZ, s. 18, s. 51 ve s. 94; AYRANCI, s. 109 ve s. 110.

¹⁷ Tam da bu noktada tarafımızca bilinçli olarak ‘genellikle’ ibaresine neden yer verildiğinin ayrıca açıklanması gerekir. Her ne kadar çerçeve sözleşmenin temel amaç ve işlevinin edimlerin ifası olmadığından bahsetsek de irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü gereği, bir çerçeve sözleşmenin edim değişimini konu edinip edinemeyeceği, bu ihtimalde ilgili sözleşmenin çerçeve sözleşme niteliğini kaybedip kaybetmeyeceği meselesinin de üzerinde düşünülmesi gerekir. Kanaatimizce bir mal veya hizmetin ifasını amaçlayan bir sözleşme ilişkisinin, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin tabi olacağı birtakım esasları belirlemesi halinde aynı zamanda çerçeve sözleşme vasfını da haiz olmasına bir engel yoktur. Bu işlev, bazı çerçeve sözleşmelerde karşımıza çıkan bir hukuki işlev olarak ‘ifa işlevi’ başlığı altında ayrıca kaleme alınacaktır.

¹⁸ Bir mal ve/veya hizmetin ifası amacının güdüldüğü sözleşme ilişkilerinin münferit sözleşmeler olduğu yönünde bkz. GILLOR, Viviane, **Der Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte der Europäischen Bankenvereinigung (EMA) Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen**. 2006, s. 77; YILMAZ, s. 18; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 32; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1047; GÜRZUMAR, s. 28; KIRCA, s. 22.

¹⁹ Çerçeve sözleşmenin hukuken amaçladığı temel sonucun ilişkinin (ve bu doğrultuda münferit sözleşmenin/sözleşmelerin) tabi olacağı esasların belirlenmesi olduğu yönünde bkz. BARLAS, s. 813; YILMAZ, s. 18; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 32; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1047; AYRANCI, s. 109 ve s. 110. Barlas bu amaç doğrultusunda çerçeve sözleşmenin “...bir anlamda gelecekteki sözleşmelerin çekirdeğini oluşturduğunu” ifade etmektedir, bkz. BARLAS, s. 813. Çerçeve sözleşmenin temel amacının bir mal ve hizmetin ifası değil münferit sözleşme ilişkisinin/ilişkilerinin tabi tutulacağı esasların belirlenmesi olacağını destekleyen bir örnek olarak tek satıcılık sözleşmesi işaret edilebilir (aynı yönde bkz. YILMAZ, s. 18, dn. 5). Öyle ki çerçeve sözleşme niteliği taşıyan tek satıcılık sözleşmesiyle, tarafların ileride akdedecekleri satım sözleşmelerinin tabi olacağı esaslar belirlenirken; bu esasların uygulanacağı ve ifa amacı güden sözleşmeler münferit satım sözleşmeleridir.

leşmeye kazandırılacak işlevler, ‘(2) Bazı Çerçeve Sözleşmelerde Hukuki İşlevler’ başlığı altında: ‘(a) Hazırlık İşlevi’, ‘(b) Önsözleşme İşlevi’, ‘(c) Sürekli Borç İlişkisi Doğurma İşlevi’, ‘(d) İfa İşlevi’ ve nihayet ‘(e) Değiştirme (Tadil) ve/veya Ortadan Kaldırma İşlevi’ olarak ele alınacaktır.

1. Bütün Çerçeve Sözleşmelerde Ortak Hukuki İşlevler

Bütün çerçeve sözleşmelerde ortak hukuki işlevler, çerçeve sözleşmenin doğası gereği beraberinde getirdiği kabulü ile yola çıkılan, bu sebeple de tüm çerçeve sözleşmelerin sahip olduğu ve birbirinden ayrılmaz şekilde fonksiyon gösteren işlevlerdir. Bu kapsamda ‘(a) Bağlayıcılık İşlevi’, ‘(b) Tamamlayıcılık İşlevi’, ‘(c) Hukuki Belirlilik İşlevi’ ele alınmalı ve nihayet söz konusu ‘(d) Ortak Hukuki İşlevlerin Birbirine Bağlılığı’ değerlendirilmelidir.

a. Bağlayıcılık İşlevi

Özünde şüphesiz birer ‘sözleşme’ vasfı taşıyarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan çerçeve sözleşmeler, bu niteliklerinin temel bir sonucu olarak hukuken bağlayıcıdır. Öyle ki çerçeve sözleşmeler, tarafların akdedecekleri -ve hatta fikrimizce halihazırda akdettikleri- münferit sözleşmeye/sözleşmelere uygulanacak bağlayıcı esasları belirlemekte ve bu bağlılığı hukuki bir zemin üzerine inşa etmektedir. Bağlılığın hukuki zeminde inşa edilmesi ise, tarafların ilişkiye bağlılığını hukuk dışı olgularla (örneğin vicdan, ahlak, vb.) güçlendirmeye çalışan diğer enstrümanlara²⁰ kıyasla çerçeve sözleşmeyi daha güçlü ve işlevsel bir mertebeye yükseltmektedir.

Bağlayıcılık işlevi ile kastedilen, tarafların çerçeve sözleşme vasıtasıyla ilgili münferit sözleşmeye/sözleşmelere uygulanacağı konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile anlaştıkları meselelerin hukuken bağlayıcı olması ve üzerinde tekrar anlaşılmasına gerek duyulmaksızın -kendiliğinden- ilgili münferit sözleşme ilişkisine/ilişkilerine uygulanması²¹,

²⁰ Örneğin yarattığı bağlılık vicdani ve ahlaki olan niyet mektubu, centilmenlik anlaşması ve sözleşme taslakları.

²¹ Çerçeve sözleşmede üzerinde anlaşılan hükümlerin, tarafların her bir münferit sözleşmede tekrar anlaşılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden münferit sözleşmelere de uygulanacağı - bu yönde bir bağlayıcılığı beraberinde getirdiği- yönünde bkz. WEBER, s. 403, s. 410-411 ve s. 413; FIKENTSCHER Wolfgang / HEINEMANN Andreas, **Schuldrecht**, Berlin, 2006, s. 85; GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I**, 10. Auflage, Zürich, Schulthess, 2014, N. 1099; MOUZAS / FORD, s. 1254; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 2, s. 32, s. 36-37; BARLAS, s. 814; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1048; AYRANCI, s. 108; EREN 2023a, s. 225 p. 615; YILMAZ, s. 18 ve s. 164.

böylece kapsamına aldığı münferit sözleşmeler için “bağlayıcı bir ortam”²² yaratmasıdır.

Söz konusu hukuken bağlayıcı ortamın, uygulamada sıklıkla karşılaşılan çerçeve sözleşme modeli esas alındığında, ilk bakışta çerçeve sözleşmeyi takiben kurulacak münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kapsamına aldığı düşünülebilir. Oysa çerçeve sözleşme, -uygulamada nadiren rastlanıyor olsa da- kapsamına aldığı münferit sözleşmeyle/sözleşmelerle aynı anda veya onu/onları takiben de kurulabileceğinden, söz konusu bağlayıcı ortamın kendisiyle aynı anda veya kendisinden önce kurulan münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri de kapsadığı ifade edilmelidir.

Çerçeve sözleşmenin bağlayıcılık işlevi, ilişkinin (ve dolayısıyla da münferit sözleşmelerin) tabi olacağı temel kuralların tekrar tekrar anlaşma konusu haline getirilmesinin tarafların omzuna yüklediği ekonomik ve psikolojik külfetleri ortadan kaldırarak, sürecin ilerleyen basamaklarının hız kazanmasını ve işlem maliyetlerinin azaltılmasını sağlar. Öyle ki söz konusu esaslar üzerinde her bir münferit sözleşme bünyesinde tekrar tekrar anlaşılması ihtiyacı; para, enerji ve zaman kaynaklarının harcanması sonucunu doğurmakla kalmaz; aynı zamanda “Ya tekrar anlaşılamazsa?” endişesini taşıyan tarafların omzuna bu belirsizlikten kaynaklanan psikolojik bir yük bindirir ve hukuki ilişkideki muğlaklığı besler.

Bağlayıcılık işlevinin kapsamının ve bunun beraberinde getireceği pratik sonucun da aydınlatılması gerekir. Çerçeve sözleşmenin içeriğinde yer verdiği ve münferit sözleşme ilişkilerinde uygulanmasını amaçladığı esaslar konusunda bağlayıcı olacağına şüphe yoktur. Zira her sözleşme ilişkisi gibi çerçeve sözleşme de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile anlaştıkları hususlar yönünden bağlayıcılık doğurur. Bunun pratik sonucu, çerçeve sözleşmenin içeriğinde yer bulmayan her bir meselenin çözümüne yönelik boşluk doldurma faaliyetinde taraf iradeleri araştırılırken doğar. Bu ihtimalde tarafların, ya henüz hukuken bağlı olacakları bir seçim yapmaktan kaçınarak meselenin gelecekte -kuvvetle muhtemel münferit sözleşmeler eliyle- kararlaştırılmasını istedikleri ya da hukuk düzeninin belirlemiş olduğu kuralların ilgili boşluğu doldurmasına, bu da mümkün değilse üzerinde anlaşılmamış söz

²² WEBER, s. 410. ZAKI, bu bağlayıcı ortamı ifade ederken çerçeve sözleşmelerin “bir kanun gibi” gelecekte kurulacak sözleşme ilişkilerinin tabi tutulacağı esasları belirlediğinden bahseder, bkz. ZAKI s. 1088. Çerçeve sözleşmenin “bağlayıcı” olarak nitelendirilmesi için ayrıca bkz. GATSI, s. 54.

konusu meselenin bir uyuşmazlık konusu haline gelmesi ihtimalinde hakim tarafından karara bağlanmasına razı oldukları sonucuna varılır. Somut olayda bu ihtimallerden hangisinin var olduğunun tespit edilebilmesi, hakimin taraf iradelerini titizlikle yorumlaması ile mümkün olabilir.

Bağlayıcılık işlevinin kapsamı bakımından, içeriğinde taraflarca mutabık kalınan çerçeve hükümlerle sınırlı bir bağlayıcılığın söz konusu olacağı şüphesiz olmakla birlikte, çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması yönünde bir borç ve bu yönüyle de bir bağlayıcılık doğurup doğurmadığı sorusuna odaklanan tartışma²³ işaret edilmeye muhtaçtır. Çerçeve sözleşmenin kavramsal olarak münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcu doğuran bir yükümlülük içerdiğinin kabul edilmesi halinde, bağlayıcılık işlevinin kapsamı daha geniş değerlendirilecek; öyle ki çerçeve sözleşme münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması yönünde bir borç doğurarak bu yönde de hukuken bağlayıcı olacaktır. Ancak çerçeve sözleşmenin kavramsal olarak münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcu doğuran bir yükümlülük içermediği yönündeki -bizim de katıldığımız- görüş doğrultusunda, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcu, çerçeve sözleşme kavramının zorunlu içeriğine dahil olmadığından, -aksi kanundan, taraf iradelerinden veya temelini TMK 2. maddesinden alan dürüstlük kuralından doğmadıkça- çerçeve sözleşmeler münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma yönünde bir hukuki bağlayıcılığı beraberinde getirmez. Öyleyse bu yönde bir bağlayıcılık, -hemen aşağıda 'önsözleşme işlevi' başlığı altında kaleme alınacağı üzere- bazı çerçeve sözleşmelerde karşımıza çıkan hukuki işlevlerden biridir.

Nihayet, 'hukuken bağlayıcı' olma işlevinin çerçeve sözleşmeye kattığı 'sözleşme' vasfı; somut bir çerçeve sözleşme ilişkisinin beraberinde getirdiği uyuşmazlıklarda hukuk düzenince sözleşme ilişkilerine uygulanabilecek çözümlerin, bu bağlayıcılığın ihlal edilmesi halindeyse hukuk düzeninin sözleşmeye aykırılığa bağladığı hukuki sonuçların -elbette kavramın kendine özgü karakterine uygun düştüğü ölçüde²⁴ - çerçeve sözleşmeler bünyesinde de geçerli olması sonucunu doğurur.

²³ Tekrara düşmemek gayesiyle söz konusu tartışma ve ilgili görüşler için bkz. (2) Bazı Çerçeve Sözleşmelerde Hukuki İşlevler / (b) Önsözleşme İşlevi.

²⁴ Zira, kavramın kendine özgü karakterinin beraberinde getirdiği sonuç, birtakım hukuki kurumların (örneğin irade sakatlıkları, hükümsüzlük, sözleşmeden dönme, fesih vb.) klasik borçlar hukuku sözleşmelerine uygulandığı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı üzerine düşünülmesi ihtiyacıdır. Ancak bu mesele, çerçeve sözleşme kavramının işlevlerini sunma amacını taşıyan bu makalenin sınırlarını aşar.

b. Tamamlayıcılık İşlevi

Çerçeve sözleşme vasıtasıyla, kapsamına aldığı tüm münferit sözleşmeler için bağlayıcı olacağı yönünde anlaşılan hükümler, münferit sözleşme/sözleşmelerde uygulama alanı bulacağından, söz konusu münferit sözleşme/sözleşmeler bünyesinde adeta ‘görünmez’ birer sözleşme hükmüdür. Bir diğer ifadeyle çerçeve hükümler, aralarındaki işlevsel bağ gereği, çerçeve sözleşmenin kapsamına aldığı münferit sözleşmenin/sözleşmelerin görünmez içeriğidir. Bu hükümler, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin içeriğini tamamlayarak ya daha yolun başında ilgili münferit sözleşme bünyesinde sözleşme boşluğunun doğmasını engeller ya da zamanla vücut bulan sözleşme boşluklarının üzerinde anlaşılan bu bağlayıcı hükümlerle doldurulabilmesine imkan sağlar. İşte çerçeve sözleşmenin hukuki bir enstrüman olarak üstlendiği tamamlayıcılık işlevi bunu ifade eder.²⁵

Çerçeve sözleşmenin tamamlayıcılık işlevi, içeriğindeki çerçeve hükümlerle münferit sözleşmeye/sözleşmelere uygulanacak birtakım esasların doğrudan belirlenmesi yöntemiyle yerine getirilebileceği gibi; dolaylı olarak çerçeve hükümler vasıtasıyla, belirlenmeyen hususların sonradan belirlenmesi yetkisinin taraflardan birine veya üçüncü kişiye bırakılmasıyla da mümkündür. Bu doğrultuda örneğin, bir geminin sefer kirasına ilişkin çerçeve sözleşmede, kiracıya kargo hacmi ve yolcu sayısına ilişkin -gelecekte kullanacağı- bir belirleme hakkı tanınmasına veya -özellikle İngiliz Hukukunda karşılaşıldığı şekilde- uzun vadeli tedarik sözleşmelerinde yer verilen üçüncü taraf müdahil klotuna (*third party intervener clause*) işaret edilmektedir.²⁶

Belirtmek gerekir ki bir sözleşme boşluğunu doldurma faaliyetinde, bizzat sözleşmenin taraflarının kendi iradelerini dile getirerek ilgili boşluğu doldurmasının, taraf iradelerinin hakim tarafından tespit edilerek doldurması faaliyetinden daha sağlıklı olacağı şüphesizdir. Öyleyse hakimin taraf iradelerini hiç veya doğru tespit edememe ihtimaline karşı bu iradelerin çerçeve sözleşme ile açıkça ortaya konması, sözleşme boşluklarının doldurulmasına yönelik pek çok uyumsuzluğu daha en başından engellemekle kalmaz; ilgili boşluğun doğrudan taraf iradeleriyle doldurulması vasıtasıyla taraflarca daha sağlıklı bir sonuca ulaşılmasına da katkı sağlar. Böylece çerçeve sözleşme vasıta-

²⁵ Çerçeve sözleşmelerin, münferit sözleşmeleri tamamlayan ortak hükümler içerdiği yönünde bkz. BARLAS, s. 809; LARENZ / WOLF, s. 428; WEBER, s. 410 ve s. 414; FIKENTSCHEER / HEINEMANN, s. 84; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1047, s. 1049, ve s. 1051; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 32, s. 34 ve s. 36; AYRANCI, s. 107; KIRCA, s. 22; YILMAZ, s. 14.

²⁶ İlgili örnekler için bkz. WEBER, s. 420.

sıyla, yalnızca adeta bir yap-bozun kayıp parçası gibi münferit sözleşme/sözleşmelere entegre olarak doğması ‘muhtemel’ sözleşme boşluklarının doğması engellenmekle veya halihazırda doğmuş bir sözleşme boşluğu tamamlanmakla kalmaz; tarafların istek ve ihtiyaçlarına uygun bir sonucun üzerinde anlaşılması yoluyla taraf iradeleri açıkça sunulmuş ve hukuk düzeninin veya hakimnin ilgili boşluk için önereceği çözümünden daha üstün tutulmuş olur.

Bu doğrultuda çerçeve sözleşmenin tamamlayıcılık işlevi, çerçeve sözleşme ile münferit sözleşme/sözleşmeler arasındaki zamansal ilişki dikkate alındığında karşımıza çıkacak ihtimallere binaen iki alt işlevle ele alınmalıdır. Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmeden/sözleşmelerden önce kurulduğu çerçeve sözleşme modeli esas alındığında, çerçeve sözleşmenin içeriğinde yer alıp taraflarca mutabık olunan bir meselenin daha sonra kurulan münferit sözleşmenin/sözleşmelerin içeriğinde boş bırakılması halinde çerçeve sözleşmenin içeriği münferit sözleşmedeki eksikliği derhal tamamlayarak tam anlamıyla bir sözleşme boşluğunun doğmasını engellemektedir. Bu sebeple ilgili ihtimalde teknik anlamda bir sözleşme boşluğundan bahsedilemeyeceği -zira muhtemel (potansiyel) sözleşme boşluğu çerçeve sözleşme tarafından anında doldurulduğundan hukuk dünyasında bir boşluk olarak vücut bulmayacağı- gibi; olsa olsa söz konusu çerçeve sözleşmenin yokluğunda veya geçersizliğinde doğma ihtimali olan muhtemel (potansiyel) bir sözleşme boşluğundan söz edilebilir. Oysa münferit sözleşmenin/sözleşmelerin çerçeve sözleşmeden önce kurulması -sözleşmenin ne zaman kurulacağına ilişkin irade serbestisi gereğince- mümkün olduğundan, tarafların münferit sözleşmedeki/sözleşmelerdeki boşluğu/boslukları çerçeve sözleşme vasıtasıyla doldurmaları da imkan dahilindedir ki bu ihtimalde gerçek ve teknik anlamda bir sözleşme boşluğunun söz konusu olduğuna ve bu boşluğun çerçeve sözleşme vasıtasıyla doldurulduğuna şüphe yoktur. Öyleyse çerçeve sözleşmenin tamamlayıcılık işlevi, salt ‘tamamlama’ fiilinden daha geniş bir rolü ihtiva ederek; ilk ihtimalde doğması ‘muhtemel’ sözleşme boşluklarının doğumunu engellemeye yönelirken, ikinci ihtimalde halihazırda doğmuş sözleşme boşluklarının tamamlanmasını sağlar.

Nihayet, bir görüşe göre çerçeve sözleşmede kararlaştırılmayan hususların taraflarca zımnen münferit sözleşmede kararlaştırılmak üzere ayrı tutulduğu kabul edilir.²⁷ Bu kabul, uygulamada sıklıkla başvuru alan, münferit sözleşmelerin

²⁷ Çerçeve sözleşmede kararlaştırılmayan hususların netleştirilmesinin taraflarca zımnen münferit sözleşmeye/sözleşmelere bırakıldığı ve münferit sözleşmede/sözleşmelerde netleştirileceği yönünde bkz. FUCHS-WISSEMAN Georg, **Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag**, Marbug, 1980, s. 99; WEBER, s. 413; ŞEN DOĞRAMACI

çerçeve sözleşmeden sonra kurulduğu çerçeve sözleşme modeli açısından makul olsa da münferit sözleşmelerin çerçeve sözleşmeden önce kurulduğu örnekler için işin doğası gereği doğru bir sonuç doğurmaz. Öyle ki münferit sözleşme/sözleşmeler çerçeve sözleşmeden önce kurulduysa, bu sefer münferit sözleşmede/sözleşmelerde kararlaştırılmayan hususların taraf iradelerince çerçeve sözleşmede kararlaştırılmak üzere ertelendiği düşünülebilir. Dahası, aralarındaki kronolojik ilişkiye uygun şekilde, çerçeve sözleşmede kararlaştırılmayan hususların taraflarca zımnen münferit sözleşmede/sözleşmelerde kararlaştırılmak üzere ayrı tutulduğu veya tam tersine *-vice versa-* münferit sözleşmede/sözleşmelerde ele alınmayan bir hususun kararlaştırılmasının çerçeve sözleşmenin kurulmasına ertelendiği -taraf iradelerinin gerçekten bu yönde olması sonucunda- kabul edilebileceği gibi; somut olayda taraflarca kanunun tamamlayıcı hükümlerinin uygulanmasının da zımnen kabul edilmiş olabileceği gözden kaçırılmamalı ve sözleşme boşluğunun nasıl doldurulacağına odaklanan yorum faaliyetinde bu ihtimal de dikkate alınmalıdır.

c. Hukuki Belirlilik İşlevi

İnsan ilişkilerinde şüphesiz en kıymetli unsurlardan biri ‘belirlilik’, tarafların geleceği kendilerini güvende kabul edebilecekleri oranda öngörebilmelerini ve böylece ilişkinin geleceğine güvenebilmelerini, bu doğrultuda ilişkinin geleceğini planlama gücüne sahip olabilmelerini ifade eder. Gelecekte kurulacak hukuki ilişkilerin tabi olacağı birtakım esasları şimdiden belirlemesi yönüyle taraflar arasındaki hukuki ilişkide hukuki güvenilirliği, belirliliği ve istikrarı beslediği şüphesiz olan çerçeve sözleşmelerin bu işlevinin taşıdığı değer göz ardı edilemeyeceğinden, çerçeve sözleşmelerin işlevleri arasında, hukuki belirlilik (hukuki güvenilirlik/istikrar/stabilizasyon/standardizasyon)²⁸ işlevi de kaleme alınmaktadır.²⁹

2010, s. 54 ve s. 87. WEBER, sözleşme taraflarının bazı hususların kararlaştırılmasını geleceğe bırakmalarında menfaatlerinin bulunmasının sözleşme konusunun kapsamından, karmaşıklığından veya piyasa konjonktürleri dikkate alındığında maliyet ve fiyat gibi unsurların net olarak hesaplanamıyor olmasından kaynaklanabileceğini ifade etmektedir, bkz. WEBER, s. 419 ve aynı yönde SCHOOFS, s. 260.

²⁸ Bu işlevi ifade edebilmek için tarafımızca ‘hukuki belirlilik’ ifadesi esas alınmakla birlikte; literatürde çerçeve sözleşmelerin bu işlevini karşılamak üzere ‘(hukuki) güvenilirlik’, ‘istikrar’, ‘stabilizasyon’ veya ‘standardizasyon’ ifadelerinden de yararlanıldığı tespit edildiğinden, ilgili ifadelere de -parantez içinde de olsa- dikkat çekilmesi ve yer verilmesi uygun görülmüştür.

²⁹ Çerçeve sözleşmelerin belirlilik (istikrar) sağlama işlevi olduğu yönünde bkz. GATSI, s. 54; WEBER, s. 403, s. 305 ve s. 419 vd.; GILLOIR, s. 53; BARLAS, s. 810; MOUZAS / FORD, s. 1255; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1047 ve s. 1052; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 32, s. 53 ve s. 121; YILMAZ, s. 14 ve 18.

Belirlilik sağlama işlevinin, ilk bakışta sadece münferit sözleşmelerden önce kurulan çerçeve sözleşmelerde söz konusu olduğu ve çerçeve sözleşme eliyle gelecekte kurulacak münferit sözleşmenin/sözleşmelerin tabi olacağı birtakım esasların hukukî bağlayıcı bir zeminde belirlenmesi ile birlikte hukukî belirliliğin sağlandığı düşünülebilir. Oysa bu işlev, yalnız münferit sözleşmeden/sözleşmelerden önce kurulan çerçeve sözleşme modeli için değil, çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmeden/sözleşmelerden sonra kurulduğu hukukî ilişkiler için de anlam ifade eder. Öyle ki çerçeve sözleşme, -kendisinden önce veya sonra kurulması önemli olmaksızın- bir veya birden çok münferit sözleşmenin tabi olacağı esasları belirlemesi halinde bu sözleşme ilişkisinin/ilişkilerinin uygulanmasında bir hukukî belirlilik yarattığı gibi; birden çok hukukî ilişkiyi aynı esaslara tabi tutması yönüyle de bir standardizasyon sağlar.

d. Ara Değerlendirme: Ortak Hukukî İşlevlerin Birbirine Bağlılığının Değerlendirilmesi

Çerçeve sözleşmenin ‘kavramsal’ düzlemde beraberinde getirdiği, bu yönüyle de tüm çerçeve sözleşmeler için ortak olduğu ifade edilen bağlayıcılık, tamamlayıcılık ve nihayet hukukî belirlilik işlevlerinin bir arada uygulanabilirliği üzerinde ayrıca durulmalıdır. Çerçeve sözleşmenin ortak hukukî işlevleri, birbirinden bağımsız olmadıkları gibi ancak ve ancak birbirlerini tamamlayarak var olabilir. Yerinde bir benzetmeyle bu işlevler, çerçeve sözleşmenin var olabilmesi için bir arada işleyen bir çarkın ayrılmaz dişlileri gibi beraber fonksiyon göstermeye mecburdur. Öyle ki bir çerçeve sözleşme, hukukî bağlayıcı olma işlevi sayesinde münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri hukukî bağlayıcı kurallarla tamamlama işlevini yerine getirir ve böylece taraflar arasındaki ilişkide uygulanacak birtakım esasları ortaya koyarak hukukî belirliliğe katkı sağlar.

Çerçeve sözleşmelerin ortak hukukî işlevlerinin ele alınmasında şu örnek üzerinde durulması, ortak hukukî işlevlerin birbirine bağlılığının somutlaştırılması için değerlidir: Bir tek satıcılık sözleşmesinde, sözleşme konusu ürünlerin üreticisi ile tek satıcının, ileride kurulacak münferit sözleşmelerde bağlayıcı olmak üzere tek satıcının ürünleri teslim alma ve bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde işleyecek (TBK m. 179 vd. kapsamında) bir ceza koşulu üzerine anlaşmış olduklarını varsayalım. Bu anlaşma, kapsamına aldığı her bir münferit satım sözleşmesi için hukukî ‘bağlayıcı’dır ve somut bir münferit sözleşmede tek satıcının ürünleri teslim alma ve bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde bir ceza koşulu uygulanır

uygulanmayacağı sorusuna cevap vererek ilgili münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri bu yönüyle ‘tamamlar’. Böylece her bir münferit satım sözleşmesinde tek satıcının ürünleri teslim alma ve bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde doğacak hukuki sonuca (ceza koşuluna) ışık tutarak ‘hukuki belirlilik’ ilkesine katkıda bulunur. Çerçeve sözleşmenin bağlayıcılık işlevi olmasaydı, -hayatın olağan akışı gereği hukuken bağlayıcı olmayan bir ceza koşulunu ifa etmek istemeyeceğine neredeyse emin olduğumuz- tek satıcı, kuvvetle muhtemel ilgili çerçeve sözleşme hükmü ile hukuken bağlı olmadığını ileri sürer, ceza koşulunun uygulanmasını reddederdi. Hal böyleyken münferit sözleşmenin/sözleşmelerin, çerçeve sözleşmenin ceza koşuluna ilişkin bu hükmüyle tamamlanabilmesi de mümkün olmazdı. Böylece sürecin en başında, üretici nezdinde uygulanacağı konusunda haklı bir güven doğuran ceza koşulunun uygulanamıyor -veya uygulanacaksa da nasıl uygulanacağının belirsiz- olması ise hukuki belirlilik ilkesine şüphesiz zarar verirdi.

Nihayet, kaleme alınan tek satıcılık sözleşmesine ilişkin örnek vasıtasıyla da izah edilmek istendiği üzere gücünü, -özünde bir sözleşme olmasının sonucunda- hukuken bağlayıcı olmasından alan çerçeve sözleşmenin söz konusu üç işlevi birbirine -işin doğası gereği- bağlıdır. Çerçeve sözleşme hukuken bağlayıcı olduğu için münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri hukuken bağlayıcı bir zeminde tamamlar ve tarafların hukuki belirliliğin ve istikrarın sağlanmasına yönelik menfaatini destekler. Ortak hukuki işlevlerin birbirine bağlı şekilde anlam ve işlerlik kazanması sonucunda, birinin yokluğu bir diğer işlevi -adeta bir domino taşı gibi etkileyerek- ortadan kaldırır ve taraf menfaatlerinin çerçeve sözleşme vasıtasıyla tatmin edilememesi sonucunu doğurur.

2. Bazı Çerçeve Sözleşmelerde Hukuki İşlevler

Bağlayıcılık, tamamlayıcılık ve nihayet hukuki belirlilik işlevi, tüm çerçeve sözleşmeler için ortak ve ‘olmazsa olmaz’ (*sine qua non*) hukuki işlevler olarak bir arada işlevseldirler. Ancak bu hukuki işlevlere ek olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesi ışığında, çerçeve sözleşmelere başkaca hukuki işlevlerin kazandırılabilmesi de mümkündür.

Çerçeve sözleşmeye taraf iradelerince kazandırılabilen -böylece bir çerçeve sözleşmenin sahip olması sağlanabilecek- hukuki işlevlerden ‘(a) Hazırlık İşlevi’, ‘(b) Önsözleşme İşlevi’, ‘(c) Sürekli Borç İlişkisi Doğurma İşlevi’, ‘(d) İfa İşlevi’ ve ‘(e) Değiştirme (Tadil) ve/veya Ortadan Kaldırma İşlevi’ üzerinde durulması yerinde olacaktır.

a. Hazırlık İşlevi

Hukuki ilişkiye hazırlık süreci, şüphesiz tüm sözleşme ilişkileri için ancak özellikle de girift hukuki işlemler açısından önem arz eder. Çerçeve sözleşmeye taraf iradelerince dahil edilen hukuki işlevlerden biri hazırlık işlevidir. Çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmeden/sözleşmelerden önce kurulduğu model esas alındığında, çerçeve sözleşme ve münferit sözleşme/sözleşmeler arasındaki ilişki gereğince, çerçeve sözleşme görüşmeleri ile başlayan an, aslında münferit sözleşme/sözleşmeler için de birer sosyal temas ve sözleşme görüşmesi niteliği taşır. Böylece çerçeve sözleşme, bizzat kendisinin kurulmasını amaçlayan sözleşme görüşmeleri ile birlikte, kurulacak münferit sözleşmeye/sözleşmelere ilişkin sosyal teması başlatır ve bu yönüyle bir hazırlık işlevi taşır.

Hazırlık işlevinin tüm çerçeve sözleşmeler için ortak bir hukuki işlev olduğundan bahsedilemez zira münferit sözleşmeden/sözleşmelerden sonra kurulan çerçeve sözleşmelerin, -eşyanın doğası gereği hali hazırda kurulmuş münferit sözleşmelere- hazırlık işlevi sunabilmesi makul değildir. Bu sebeptendir ki çerçeve sözleşmeye hazırlık işlevinin kazandırılıp kazandırılmayacağı, taraf iradelerince çerçeve sözleşmenin kapsamına aldığı münferit sözleşmeden/sözleşmelerden önce kurulması tercihine bağlı olarak çerçeve sözleşmeye kazandırılması mümkün bir işlevdir.

Çerçeve sözleşmenin hazırlık işlevi ile kastedilen, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulmasına ilişkin alelade bir hazırlık işlevi değil; bunun ötesinde taraflar için süreç boyunca hukuken bağlayıcı kuralların tespit edildiği güçte bir hazırlık işlevidir. Dahası tüm çerçeve sözleşmelerin kavramsal olarak münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcu doğurduğunu kabul eden -oysa sadece önsözleşme işlevi taşıyan çerçeve sözleşmeler açısından geçerli olduğunu kabul ettiğimiz için katılmadığımız- görüşün kabul edilmesi halinde çerçeve sözleşmeler, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcunu doğuracak güçte bir hazırlık işlevi ihtiva eder.

Çerçeve sözleşmenin hazırlık işlevi ele alınırken, çerçeve sözleşmelerin tamamlayıcılık işlevine mi sahip olduğu yoksa hazırlık işlemi niteliğini mi taşıdığı yönünde yoğunlaşan tartışmalara değinilmesi de yerinde olacaktır. Bir görüşe göre³⁰ çerçeve sözleşme, münferit sözleşmede yer verilmesi plan-

³⁰ Çerçeve sözleşmenin hazırlık işlemi olduğunu yönünde bkz. ANTALYA, s. 230 vd.'da "Sözleşme Görüşmelerinin Görünüm Şekilleri" ana başlığı altında düzenlenmektedir.

lanan birtakım hükümleri münferit sözleşme kurulmadan önce bünyesinde barındıran ve münferit sözleşmenin kurulabilmesi için gerçekleşen bir hazırlık işlemi iken; bir diğer görüşe göre³¹, kavramsal olarak her durumda münferit sözleşmeye hazırlık amacı ve rolü taşıması mümkün olmadığından öncelikli olarak münferit sözleşmeyi tamamlama işlevini haizdir. Fikrimizce, doğası gereği her iki işlevi de bir arada taşıyabilecek potansiyele sahip bir hukuki kurum olan çerçeve sözleşmenin, söz konusu işlevlerden sadece birini taşımak zorunda olduğunun düşünülmesi, bu işlevler arasında seçim yapılması ve böylece çerçeve sözleşmenin işlevlerinin bu yönde sınırlandırılması yerinde olmadığı gibi gerçekçi de değildir. Tamamlama işlevi tüm çerçeve sözleşmeler için ortak bir işlevken bu işleve somut bir çerçeve sözleşme bünyesinde hazırlık işlevinin eklenebilmesi de mümkündür. İlgili ihtimaller birer örnekle somutlaştırılırsa:

Münferit satım sözleşmelerinden önce kurulan bir tek satıcılık sözleşmesinde, münferit satım sözleşmelerinde bedelin ifasında temerrüde düşülmesi halinde uygulanacak gecikme faizi üzerine anlaşılan tarafların münferit sözleşmelerin tamamlanmasını sağladıkları gibi, taraflar arasındaki sosyal teması ve hukuki süreci başlatarak münferit sözleşmenin kurulmasına hazırladıklarına da şüphe yoktur. İlgili örnekte somut çerçeve sözleşmenin hem hazırlık hem tamamlama işlevi gündeme gelir.

Oysa ele alınan kurguda çerçeve sözleşme ve münferit satım sözleşmelerinin kurulma sıraları değiştirildiğinde, -bir diğer ifadeyle çerçeve sözleşme münferit satım sözleşmelerini takiben kurulduğunda- artık işin doğası gereği çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmelerin kurulmasına hazırlık işlevinden bahsedilemeyeceği -zira münferit sözleşmelerin halihazırda kurulduğu- açıktır. Ancak çerçeve sözleşme bünyesinde taraf iradelerince tüm münferit sözleşmelere uygulanacak esaslar üzerinde anlaşıldığına ve böylece kurumun tamamlayıcılık işlevinden yararlandığına şüphe yoktur.

İki farklı örneğin ortaya koyduğu üzere, ‘çerçeve sözleşmenin işlevleri’ meselesinde genel geçer bir sonuca varmak makul olmadığı gibi bunun yerine, her bir çerçeve sözleşmenin taşıdığı işlevin içinde bulunduğu somut ola-

³¹ Çerçeve sözleşmenin tamamlama işlevine sahip olduğu yönünde bkz. WEBER, s. 410 ve s. 414; BARLAS, s. 809; AYRANCI, s. 107; LARENZ / WOLF, s. 428; FIKENTSCHER / HEINEMANN, s. 84; FUCHS-WISSEMAN, s. 23; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 34; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1049; KIRCA, s. 22. KIRCA çerçeve sözleşmelerin tamamlama işlevini daha geniş şekilde “yardımcı ve tamamlayıcı sözleşmeler” olarak ifade etmektedir, bkz. KIRCA, s. 22.

yın özellikleri dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zira bir çerçeve sözleşmenin işlevlerinin sağlıklı olarak değerlendirilebilmesi, ilgili -somut- çerçeve sözleşmenin kapsamına aldığı -somut- münferit sözleşmeyle/sözleşmelerle olan ilişkisinin ve taraf iradelerinin bu sözleşmeye biçtikleri rolün bir bütün halinde ele alınmasıyla mümkün olabilir.

Nihayet, yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki çerçeve sözleşmelerin ‘hazırlık işlevi’ ile bir ‘hazırlık işlemi’ niteliği taşıyıp taşımadıkları her ne kadar birbiriyle bağlantılı olsa da aynı meseleler değildir. İlk bakışta çerçeve sözleşmeleri hazırlık işlemlerine yaklaştıran olgunun, çerçeve sözleşmeler ile münferit sözleşmeler arasındaki zamansal ilişki olduğu, çerçeve sözleşmeler ileride kurulacak münferit işlemlerin çerçevesini çizmeyi amaçladıklarından, işin doğası gereği münferit işlemlerden önce kuruldukları ve bir hazırlık işlemi niteliği taşıdıkları düşünülebilir.³² Bu yaklaşım fikrimizce, çerçeve sözleşmelerin münferit sözleşmelerden sonra kurulabileceği ihtimalini tamamen göz ardı etmekte ve bu yönüyle de eksik bir sonuç doğurmaktadır. İfade etmek gerekir ki çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hazırlık işlevi taşıması, ‘hazırlık işlemi’ niteliğine sahip olduğu anlamına gelmez zira çerçeve sözleşme, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulmasına yönelik bir hazırlık işlevi taşıyor olsa dahi bir hazırlık işleminden çok daha fazlasını; zira, başlı başına bir borç doğuran sözleşme ilişkisini ve sözleşme kurma yöntemini ihtiva eder.

b. Önsözleşme İşlevi

Önsözleşme işlevi ile kastedilen, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcunu doğurma işlevidir. Çerçeve sözleşmenin kavramsal olarak içeriğinde münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcu doğuran bir yükümlülük içerip içermediği meselesi tartışmalı³³ olmakla birlikte; fikri-

³² Hatta -katılmadığımız yönde- ŞEN DOĞRAMACI’ya göre çerçeve sözleşmelerin münferit sözleşmelere kıyasla öncelikli olarak kurulması, “*münferit sözleşmelerin tümü göze alındığında mutlak*” olarak karşımıza çıkar ancak münferit sözleşmelerden bir kısmı çerçeve sözleşme ile birlikte kurulabilir, bkz. ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 121 dn. 561.

³³ Söz konusu tartışma ve yazarlarca benimsenen farklı görüşler için bkz. ZAKI, s. 1075; GATSI, s. 118 vd.; MOUZAS / FORD, s. 1254; BARLAS, s. 814-815; KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, s. 112; WEBER, s. 410, s. 412 ve s. 413; FIKENTSCHEER / HEINEMANN, s. 84; TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.1/I**, Ankara, 1984, s. 32; HENRICH, s. 117; FUCHS-WISSEMAN, s. 99; KRAMER, s. 242; GAUCH / SCHLEUP / SCHMID, N. 1099; GILLOR, s. 78; LARENZ / WOLF, s. 467; ANTALYA, s. 230; YILMAZ, s. 13, s. 58 ve s. 61; AYRANCI, s. 107 ve s. 110; UYAN, s. 1131; İŞGÜZAR, s. 33; KIRCA, s. 22; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 32, s. 36, s. 38 vd.; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1047.

mizce böyle bir yükümlülük çerçeve sözleşmenin olmazsa olmaz (zorunlu) bir unsuru olamaz. Bu doğrultuda sözleşme özgürlüğü gereğince her çerçeve sözleşme münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcu doğurmaz ve bu yönüyle önsözleşme işlevi taşımaz. Ancak bir kanun hükmünce, taraf iradelerince veya somut olayın özelliklerinin dürüstlük kuralınca değerlendirilmesi sonucunda çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcu doğurması halinde, ilgili çerçeve sözleşmenin aynı zamanda önsözleşme işlevi de taşıdığı sonucuna varılacaktır.³⁴

Önsözleşme işlevi taşıyan bir çerçeve sözleşme örneği olarak *von der Crone*, münhasır bir dağıtım anlaşmasında yedek parçaların satın alınmasına ilişkin -önsözleşme karakteri taşıyan- bir yükümlülüğün sözleşmenin içeriğine dahil edilebileceğini ancak bu sözleşmenin temel gayesi dikkate alındığında gelecekteki seçim ortamını düzenlemek olduğundan çerçeve sözleşme niteliğini de taşımaya devam edeceğini; zira, farklı içerik ve yapılarıdaki anlaşmaların gelecekteki seçim ortamını düzenleme - tarafların bağlı olacakları temel ilkeleri ortaya koyma- işlevi taşıdığı ölçüde çerçeve sözleşme niteliğini haiz olacağını ifade etmektedir.³⁵

Münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri takiben kurulan çerçeve sözleşmeler açısından bu çerçeve sözleşmelerin -münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcu doğuran bir- önsözleşme işlevi taşıyamayacağı -işin doğası gereği- malumun ilanıdır. Zira söz konusu hukuki ilişki bünyesindeki münferit sözleşme/sözleşmeler halihazırda (zaten) kurulduğundan, bu sözleşmelerin kurulması borcunu doğuran bir önsözleşmenin kurgulanması mümkün ve makul değildir. Öyleyse, kronolojik açıdan münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulmasını takip eden çerçeve sözleşme modeli esas alındığında bu modelin önsözleşme işlevi taşıyor olması, önsözleşme işlevinin bütün çerçeve sözleşmelerde ortak bir hukuki işlev olmadığı kabulünü ve bazı çerçeve sözleşmelerde gündeme gelen bir hukuki işlev olarak nitelendirilmesini haklı çıkarır.

Çerçeve sözleşmenin önsözleşme işlevini haiz olabilmesi için, kurulması borcunu doğuracağı münferit sözleşmenin/sözleşmelerin esaslı unsurlarının belirli veya belirlenebilir olması, önsözleşme kurumunun doğası gereği

³⁴ Aynı yönde AYRANCI, s. 111. Dahası AYRANCI, önsözleşme karakteri taşıyarak içeriğinde münferit sözleşmeyi kurma yükümlülüğü barındıran çerçeve sözleşmelerin 'karma sözleşme' olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir, bkz. AYRANCI, s. 111.

³⁵ VON DER CRONE, s. 249.

şarttır. Söz konusu belirliliğin veya belirlenebilirliğin sağlanamaması halinde ilgili münferit sözleşmenin/sözleşmelerin nasıl kurulacağı belirlenemeyeceğinden çerçeve sözleşmenin önsözleşme işlevi taşıdığından bahsedilemez, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulmasına ilişkin yükümlülüğün ifası sağlanamaz ve onunla amaçlanan taraf menfaatleri tatmin edilemez.

Çerçeve sözleşmenin içeriğindeki önsözleşme işlevi, sözleşmenin taraflarının karşılıklı olarak -birbirleriyle veya üçüncü bir kişiyle- münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcunu doğurarak iki taraflı bir rol üstlenebileceği gibi; yalnızca taraflardan birinin -çerçeve sözleşmenin karşı tarafıyla veya bir üçüncü kişi ile- münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcunu da doğurabilir.

Çerçeve sözleşmenin içeriğine dahil edilen önsözleşme işlevi sayesinde taraflar, yalnızca kurulacak münferit sözleşmenin/sözleşmelerin tabi tutulmasını arzu ettikleri esaslar üzerinde anlaşmakla kalmaz, hedefledikleri ilişki bünyesinde münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulmasını ve kurulmaması halinde bundan doğacak zararların tazminini garanti altına almayı da hedeflerler. Tarafların bu amaç doğrultusunda kurdukları somut bir çerçeve sözleşmeye iradeleri vasıtasıyla önsözleşme karakteri kazandırabilmeleri sözleşme özgürlüğü ilkesince mümkündür. Ancak münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcu doğuran yükümlülüğün varlığının çerçeve sözleşmenin niteliğini bir önsözleşme haline getirip getirmeyeceği sorusunun ayrıca cevaplandırılması gerekir. Fikrimizce bu işlevin varlığı, ilgili sözleşmenin çerçeve sözleşme vasfını ortadan kaldırarak hukuki işleme salt ‘önsözleşme’ niteliği kazandırmaz. Zira çerçeve sözleşme ve önsözleşme kurumları, kavramsal olarak birbirinden farklı iki kurum olmasına rağmen, söz konusu çerçeve sözleşmenin içeriğine bir önsözleşmenin dercedilebilmesi, böylece bir çerçeve sözleşmenin önsözleşme işlevi taşıyabilmesi mümkündür.

Nihayet, çerçeve sözleşmenin önsözleşme işlevi uygulamada genellikle münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcu doğurmasıyla vücut bulsa da ‘münferit sözleşme’ vasfı taşımayan bağımsız bir sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma borcu doğurması ve çerçeve sözleşmenin önsözleşme işlevinin ‘bağımsız bir sözleşmenin kurulması borcu doğuran bir yükümlülük’ ile somutlaşması da mümkündür. Bir diğer ifadeyle, yapılması borcu altına girilen borçlandırıcı işlem (esas sözleşme) çerçeve sözleşmenin kapsamına aldığı bir münferit sözleşme olabileceği gibi; çerçeve sözleşmeden bağımsız bir başka sözleşme ilişkisi de olabilir. Her iki ihtimalde de çerçeve sözleşmenin içeriğindeki önsözleşmeden doğan hukuki problemlere, önsözleşmeye ilişkin hüküm ve sonuçlar uygulama alanı bulur.

c. Sürekli Borç İlişkisi Doğurma İşlevi

Tüm çerçeve sözleşmelerde ortak olduğu ifade edilemeyen ancak bazı çerçeve sözleşmeler bünyesinde ortaya çıkabilecek işlevlerden bir diğeri de sürekli borç ilişkisi doğurma işlevidir.

Çerçeve sözleşmeler ele alınırken baskın görüşçe ‘süreklilik’ unsurunun kavramın zorunlu bir unsuru olduğu ve çerçeve sözleşmelerin beraberinde sürekli bir borç ilişkisi doğuracağı kabul edilmektedir.³⁶ Böylece bu süreklilik olgusunun çerçeve sözleşmenin istikrar ve hukuki güvenilirlik avantajlarına da katkı sağladığı ifade edilmektedir.³⁷

Fikrimizce sürekli veya ani edimli sözleşme vasfını haiz olan ‘çerçeve sözleşme’ kavramı değil, bizzat çerçeve sözleşme akdetme yöntemiyle hukuk dünyasında vücut bulan, çerçeve sözleşme ile kapsamına aldığı bütünden oluşan ‘somut’ sözleşme ilişkisidir.³⁸ Bu itibarla -her ne kadar uygulamada sıklıkla karşılaşılan çerçeve sözleşme örnekleri sürekli borç ilişkisi doğursa da- süreklilik unsuru içermeyen -bu yönüyle ani edimli- çerçeve sözleşmelerin de kurulabilme ihtimali göz ardı edilemez.

Bir sözleşme kurma yöntemi olan çerçeve sözleşme modeli esas alınarak kurulan somut sözleşme ilişkisinin ani edimli veya sürekli edimli bir

³⁶ Çerçeve sözleşmelerin süreklilik unsuru içerdiği ve/ya sürekli nitelikte bir borç ilişkisi doğurduğu yönünde bkz. WEBER, s. 410 ve s. 419; GILLOR, s. 78; HOFFBAUER, s. 17; VON DER CRONE, s. 235; BARLAS, s. 817-819; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 4, s. 34 ve s. 42 vd.; YILMAZ, s. 167; AYRANCI, s. 110; FIKENTSCHER / HEINEMANN, s. 33 ve s. 84; HERZOG Nicolas, *Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht*, Zürich, 1999, s. 108-109; İŞGÜZAR, s. 14 ve s. 33; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 112; FUCHS-WISSEMAN, s. 98-99; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1043, s. 1050, s. 1052 ve s. 1060; YILMAZ, s. 23, s. 29, s. 54, s. 57; ANTALYA, s. 230; UYAN, s. 1134. Söz konusu sürekli yükümlülüğün kendine özgü olduğu yönünde bkz. WEBER, s. 410-411 ve UYAN, s. 1135.

İlgili görüşün tarafımızca ‘baskın görüş’ olarak ifade edilmesinin sebebi, çalışmamız kapsamında ele alınan Türk, İsviçre, Alman, Fransız, İngiliz ve Amerikan, hukuk kaynaklarında kayda değer bir ağırlıkla benimsenmiş olmasıdır. Bu doğrultuda WEBER eserinde “*Typische Klauseln für Langfristige Rahmenverträge (Uzun vadeli çerçeve sözleşmeler için tipik hükümler)*” başlığını -uzun vadeli olmayan çerçeve sözleşmelerin de kurgulanabileceği düşüncesiyle kanaatimizce- kasten tercih etmektedir, bkz. WEBER, s. 419. Aynı yönde VON DER CRONE, çerçeve sözleşmelerin sürekli bir yükümlülük getirmesi mümkün olduğu gibi “*tek bir (basit) yükümlülük*” de getirebileceğinden süreklilik unsuru içermek zorunda olmadığını ifade etmektedir, bkz. VON DER CRONE, s. 247.

³⁷ WEBER, s. 405; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 44; YILMAZ, s. 30.

³⁸ Bu kapsamda çerçeve sözleşmenin sürekliliğinin münferit sözleşmelerin kurulması ile birlikte netleşeceği yönündeki önerisi için bkz. ALTINOK ORMANCI Pınar, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 32.

borç ilişkisi teşkil edebileceğini gözler önüne seren şu iki örnek kurgulana-bilir: Sözleşme ilişkilerinden biri sürekli edimli ve çerçeve sözleşme olduğu konusunda şüphe duyulmayan bir franchise sözleşmesi; ikincisi ise tarafların değerli bir antika saate ilişkin gelecekte akdedecekleri satım sözleşmesinin tabi olacağı esasları belirledikleri bir çerçeve sözleşme olsun. Söz konusu örneklerden ilkinin sürekli bir borç ilişkisi teşkil ettiği gönül rahatlığıyla ifade edilebilse de ikinci hukuki ilişkide sözleşmenin zaman ile ilişkisi bakımından fikrimizce ani edimli bir sözleşme ilişkisi olduğu sonucuna varılmalıdır. Zira, kanaatimizce, “ani-sürekli edimli borç ilişkisi” vasfını haiz olacak hukuki ilişki ‘çerçeve sözleşme’ kavramı değil; bizzat çerçeve sözleşme akdetme yöntemiyle hukuk dünyasında vücut bulan, çerçeve sözleşme ile kapsamına aldığı bütünden oluşan ‘somut’ sözleşme ilişkisidir. İkinci sözleşme ilişkisinde, çerçeve sözleşme modeli esas alınarak kurulan sözleşme ilişkisi -en nihayetinde- bir satım sözleşmesidir. İşaret edilen birbirine zıt örneklerden de anlaşıldığı gibi, salt ‘çerçeve sözleşme’ kavramının, sürekli-ani edimli borç ilişkisi sınıflandırmasına tabi tutulması yerinde olmaz ve çerçeve sözleşme modeli esas alınarak kurulan hukuki ilişki sonucunda, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğması kesin olmadığından³⁹, bu işlev çerçeve sözleşmenin kavramsal olarak zorunlu bir işlevi olarak kabul edilemez.

d. İfa İşlevi

Çerçeve sözleşmenin temel gayesinin kapsamına aldığı münferit sözleşmeye/sözleşmelere uygulanacak birtakım esasları düzenlemek olduğuna şüphe yoktur.⁴⁰ Ancak çerçeve sözleşmenin kendi bünyesinde, kapsamına aldığı münferit sözleşmenin/sözleşmelerin asli edim yükümlülüklerini içerip içermeyeceği, kurumun işlevlerinin tespit edilmesinde önem taşıyan bir sorudur. Fikrimizce, -her ne kadar uygulamadan alışık olunmasa da- münferit sözleşmenin/sözleşmelerin asli edim yükümlülüklerinin çerçeve sözleşme bünyesinde yer alabilmesi mümkündür. Münferit sözleşme/sözleşmeler ile çerçeve sözleşme şeklen tek bir sözleşme bünyesinde buluşabilir ve böylece

³⁹ MOUZAS / FORD’da kabul gören genel yaklaşıma karşı çıkarak çerçeve sözleşmelerin her zaman uzun vadeli bir sözleşme ilişkisi oluşturmalarının zorunlu olmadığını zira taraflar arasındaki ilişkinin zamansal niteliğini belirleme yetkisinin taraflarda olduğunu ifade etmektedir, bkz. MOUZA / FORD, s. 1249.

⁴⁰ Öyle ki çerçeve sözleşmenin bu özelliği yukarıda, çerçeve sözleşmelerle klasik borçlar hukuku sözleşmeleri arasındaki farklardan biri olarak işaret edilmiştir, bkz. ‘(B) Hukuki İşlevi’ başlığı.

çerçeve sözleşme içeriğinde barındırdığı yükümlülüklerin ifasını da hedefleyebilir. Çerçeve sözleşmenin beraberinde getirdiği söz konusu bu işlev, çerçeve sözleşmeye münferit sözleşmenin/sözleşmelerin asli edim yükümlülüklerinin dahil edilmesi sonucunda taraf iradelerince kazandırılabilen bir işlevdir.

Çerçeve sözleşmenin içeriğine dercedilen ve ifa işlevinin doğmasını sağlayan sözleşme münferit sözleşme olabileceği gibi, münferit sözleşme niteliği taşımayan -bu kapsamda çerçeve sözleşmede üzerinde mutabık kalınan esaslarla bağlı olmayan- bağımsız bir başka sözleşme ilişkisi de olabilir.

Nihayet, çerçeve sözleşmenin ifa işlevi taşıyabilmesi için, çerçeve sözleşme bünyesinde ifası talep edilecek münferit veya bağımsız sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Söz konusu ifası talep edilecek sözleşmenin asli edim yükümlülüklerinin belirli veya belirlenebilir olmaması veya sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının mevcut olmaması halinde, münferit sözleşmenin varlığından söz edilemeyeceğinden edimlerin ifasına ilişkin bir yükümlülük gündeme gelmez ve çerçeve sözleşmenin ifa işlevinden de bahsedilemez.

e. Değiştirme (Tadil) ve/veya Ortadan Kaldırma İşlevi

Çerçeve sözleşme, taraf iradeleri doğrultusunda münferit sözleşmeye/sözleşmelere uygulanan esasları kısmen veya tamamen değiştirme ve/veya ortadan kaldırma amacı güden hükümler de içerebilir. Bu ihtimalde çerçeve sözleşmenin değiştirme (tadil) ve/veya ortadan kaldırma işlevi gündeme gelir.

Bir çerçeve sözleşmenin değiştirme veya ortadan kaldırma işlevinin söz konusu olabilmesi için -işin doğası gereği- halihazırda ondan önce kurulmuş (değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması konusunda anlaşılacak hükümleri içeren) münferit sözleşme/sözleşmeler mevcut olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu münferit sözleşmenin/sözleşmelerin tabi olduğu esasları değiştirme veya ortadan kaldırma işlevine sahip çerçeve sözleşmenin söz konusu münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri takiben kurulması gerekir. Böylece çerçeve sözleşme vasıtasıyla söz konusu hükümler tamamen veya kısmen değiştirilebileceği gibi ortadan da kaldırılabilir.

Görüldüğü gibi bu işlev, her çerçeve sözleşmede var olmayan ancak taraf iradelerince çerçeve sözleşmenin kurulduğu ana ve içeriğine bağlı olarak çerçeve sözleşmeye kazandırılacak bir işlevdir. Dahası kanaatimizce, tek

bir münferit sözleşmeyi kapsamına alan sözleşmeler de çerçeve sözleşme olarak nitelendirilebileceğinden, değiştirme (tadil) ve ortadan kaldırma sözleşmeleri -birden çok sözleşmeyi kapsamaları halinde şüphesiz olduğu gibitek bir münferit sözleşmeyi kapsamına almaları halinde de çerçeve sözleşme niteliği taşır.

C. Ekonomik İşlevi

Çerçeve sözleşmelerin ekonomik işlevi⁴¹, kurumun işlevlerinin tam anlamıyla ele alınabilmesi gayesiyle üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken bir diğer meseledir.⁴²

Sanayi devrimiyle birlikte bireysel mal ve hizmet sunumlarının kitlesel hareketlere evrilmesi sonucu, ticari hayatta hız, işlem maliyetlerinin azalması ve hukuki güvenlik ihtiyacı artmıştır. Kitlesel mal ve hizmet arzı ile günümüz ekonomik ilişkileri, aynı veya farklı aktörler arasında birbirini tekrar eden sayısız hukuki girişimin sürdürülmesini gerektirir. Bu hukuki girişimlerin her biri için sıfırdan yola çıkmak, ekonomik etkinliğin gerçekleştirilmesi amacına ket vurur. Öyle ki ekonominin temel işleyişi ele alındığında, her bir piyasa aktörü ile, her bir mal veya hizmet arzı için aynı veya benzer bir hukuki ilişkinin kurulması sürecine sıfırdan başlanması, kısa vadede zaman, emek ve paradan oluşan maddi kaynak kaybı ile tarafların gider kalemlerine eklenecek işlem maliyetlerini doğurmakta, söz konusu maliyet kalemleri alışılmış bir sonuç olarak fiyatlara yansıtılmakta ve fiyatların artması mal veya hizmete yönelen talebin azalması sonucunu doğurmakta; uzun vadede ise, talebin azalması karşısında hedeflediği kar marjına ulaşamayan mal veya hizmet sağlayıcılarının piyasadan çekilmesi ile beraber arzın da daralması (veya en iyi ihtimalle arz miktarı azalmasa bile söz konusu mal ve hizmetin fiyatının tüketicinin maddi gücünün çok üzerinde artmasıyla talebin azalması) sonucu mal

⁴¹ Çerçeve sözleşmelerin ekonomik analizi ve özellikle de ‘Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu’nu esas alan bakış açısı için ayrıca bkz. ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 57 vd. ile ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1057-1059.

⁴² Bir hukuk kurumunun ekonomik işlevinin ele alınmaması o kurumun eksik incelenmesi sonucunu doğurur. Zira hukuk ve ekonomi ayrılmaz şekilde iç içedir. VON DER CRONE’nin ifadesiyle “*Hukuk, ekonomik parametreleri etkiler.*” (bkz. VON DER CRONE, s. 76-77) ve “*Sözleşme hukukunda karar vermenin hem hukuki hem de ekonomik boyutları vardır.*” (bkz. VON DER CRONE, s. 1) söylemlerinin somut bir örneği, hukuki bir enstrüman olarak çerçeve sözleşmenin tercih edilmesinin beraberinde getirdiği ekonomik sonuçlar (örneğin işlem maliyetlerinin azaltılması)dır. Çerçeve sözleşmenin ekonomik işlevinin göz ardı edilemeyeceği sonucuna ulaştıran bir diğer kanı, çerçeve sözleşmenin ekonomik ve hukuki yönlerinin birbirinden ayrılmasının oldukça girift (zor) bir mesele olduğu düşüncesidir, bkz. ZAKI, s. 1072.

ve hizmetin tüketilememesi ile buna bağlı olarak arzın daha da azalması ve fiyatların daha da artması ile tamamlanan bir kısır döngüyü yaratmaktadır.⁴³

Bu kısır döngünün beraberinde getirdiği ekonomik daralmanın önüne geçecek kurumlardan biri de çerçeve sözleşme kurumudur. Öyle ki çerçeve sözleşmeler, tarafların -genellikle- birden çok hukuki ilişkiye -münferit sözleşmelere- uygulanacak birtakım kuralların tek bir hukuki işlem çatısı altında kararlaştırılmasına imkan sağlayarak zaman, emek ve para başta olmak üzere maliyet teşkil edebilecek kalemlerden tasarruf sağlar ve işlem maliyetlerini azaltır.⁴⁴ İşlem maliyetlerinin minimumda tutulması, mal veya hizmetin fiyatının söz konusu maliyetler fiyata yansımadağı için bu oranda daha düşük bir seviyede kalmasını -veya bir diğer ifadeyle fiyatın söz konusu maliyetler oranında artmamasını- sağlayarak talebin ve buna bağlı olarak da arzın azalmaması sonucuna katkıda bulunur. Böylece çerçeve sözleşme, piyasanın daralmasını önleyen bir mekanizma görevini ifa ederek ekonomik verimlilik sağlayan bir döngünün kilit taşlarından birini teşkil eder.

Açıklanan ekonomik işlev; zaman, emek ve maddi kaynaklardan sağlanan tasarruf sayesinde işlem maliyetlerinin azaltılması yönüyle; genel işlem şartlarının ekonomik etkinliği desteklemedeki rolünü akla getirmekte, böylece bu iki kurum ekonomik işlevleri dikkate alındığında birbirine benzer⁴⁵

⁴³ Fiyatların artarak arzın azalacağına ilişkin aynı yönde bkz. ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 54; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1053; YILMAZ, s. 33. Çerçeve sözleşmenin ekonomik fonksiyonunun tipik ve açık bir örneği olarak tam zamanında üretim sözleşmelerinin işaret edilmesine ilişkin ayrıca bkz. ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 70. Aynı fonksiyonun franchise sözleşmelerindeki görünümü için ayrıca bkz. GÜRZUMAR, s. 4-6; KIRCA, s. 9.

⁴⁴ GILLOR, s. 55; MOUZAS / FORD, s. 1254; ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 54 ve s. 121; YILMAZ, s. 14; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1053. Çerçeve sözleşmelerin işlem maliyetlerini azalttığı kabulüne dayanan bu genellemenin doğruluğunun teyit edilebilmesi için hukukun ekonomik analizi kapsamında bir değerlendirme yapılması ihtiyacı hk. bkz. ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 2 ve s. 61; ŞEN DOĞRAMACI 2022, s. 1053.

Çerçeve sözleşmelerin işlem maliyetlerinin azaltılması sonucunu doğurmasına yönelik olarak, mal ve hizmetin maliyetine eklenecek ‘iletişim’ kalemi üzerine de ayrıca düşünülmelidir. VON DER CRONE’nin belirttiği üzere, iletişim maliyetli olduğundan, işlevsel olarak birbirine eşdeğer iki temel bilgi söz konusu ise, bu bilgilerden daha az iletişim yolu ile elde edilebilen tercih edilecektir (bkz. VON DER CRONE, s. 139). Bu kapsamda fikrimizce çerçeve sözleşme, -süreç boyunca uygulama alanı bulacak birtakım hükümlere ilişkin- belli başlı bilgilerin sürecin başından itibaren herkese ulaşması sonucu doğurarak iletişim ihtiyacını en aza indirmesi yönüyle de işlem maliyetlerini azaltmakta ve diğer sözleşme akdetme modellerine kıyasla, rasyonel olarak tercih edilme yönelimi daha ağır basan bir sözleşme kurma yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁵ Genel işlem şartlarının işlem maliyetlerinin azaltma fonksiyonu hk. bkz. ATAMER 2001, s. 58-59. Genel işlem şartlarının hız ve rasyonalizasyonu sağladığı yönünde bkz. EREN 2023a,

bir rolü paylaşmaktadır. Ancak çerçeve sözleşmeler ile genel işlem şartlarının buluştukları bu ortak payda, ilgili kurumların hukuki niteliğinin birbirinden farklı olduğu gerçeğini değiştirmez.

D. Psikolojik İşlevi

Çerçeve sözleşmenin işlevleri, sadece hukuki ve ekonomik işlevlerinden ibaret değildir. Kanaatimizce kurumun işlevleri kaleme alınırken taraflar üzerindeki psikolojik etkisi de göz ardı edilmemelidir. Literatürde kurumun hukuki ve ekonomik işlevleri üzerinde durulmasına rağmen psikolojik işlevi üzerinde pek -neredeyse hiç- düşünülmemiş olması önemli bir eksikliktir. Zira insan ilişkilerinin merkezinde her hukuki kurum, psikolojik bir işlev taşıyabileceği ve insan psikolojisi üzerinde birtakım sonuçlar doğurabileceği gibi bu sonuçların üzerinde düşünülmesi ilgili kurumun anlaşılabilmesi için kıymetlidir çünkü geniş vizyonlu bir hukukçu için hukuk ve insan psikolojisi ayrılmaz bir bütündür.⁴⁶ Çerçeve sözleşmenin psikolojik işlevi temelde iki sac ayağına dayanır. Bunlardan ilki taraflar arasındaki güven bağına güçlendirmesiyle bir diğeri münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurma konusunda bir motivasyon sağlamasıdır.

Çerçeve sözleşmenin psikolojik işlevleri açısından yola, taraflar arasındaki güven bağına güçlendirmesiyle çıkılmalıdır. Çerçeve sözleşme tarafların münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulmasından önce bir araya gelmesini sağlayarak birbirlerini tanımlarına ve aralarındaki güven bağına güçlendirmelerine olanak sağlar. Böylece taraflar her bir münferit sözleşmeyi kurmak üzere masaya oturduklarında artık birbirine, birbirlerinin istek ve ihtiyaçlarına tamamen yabancı değildir. Bu ‘tanınmışlık’ taraflar arasındaki güven olgusunu besler.

s. 227 p. 621; ATAMER 2001, s. 72; ATAMER Yeşim M., “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 110-111. Bu kapsamda her iki kurumun da ekonomik işlevleri dolayısıyla sundukları avantajların paralel olduğu, bu yönde benzer amaçların hedeflendiği ve işlem maliyetlerini azalttığı yönünde bkz. ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 121 ve s. 135; YILMAZ, s. 84; EREN 2023a, s. 226-227 p. 619-622; LARENZ / WOLF, s. 771; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 228.

⁴⁶ SEROZAN’ın altı çizilmesi gereken ifadesiyle “Geniş vizyonlu bir hukukçu, sosyolojisiz, psikolojisiz, ekonomisiz ve tarihsiz yapamaz.”, bkz. SEROZAN Rona, “Hukukun ve Hukuk Öğreniminin Önemi, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2013/1, 2013, s. XVI.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan çerçeve sözleşme modeli esas alındığında, tarafların gelecekte akdedecekleri münferit sözleşmenin/sözleşmelerin bağlı olacağı birtakım esaslar üzerinde şimdiden anlaşmaları, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması esnasında ilişkinin dinamiğinde gerçekleşebilecek birtakım değişikliklerin olabileceği riskini de göze aldıklarını gösterir. Fikrimizce bir çerçeve sözleşme bünyesinde güven ilişkisi ne kadar yoğunsa, bu riski göze almak da o kadar kolaydır.

Çerçeve sözleşme, sürecin taraflar için ‘psikolojik anlamda daha güvende’ yönetimini sağlar. Zira çerçeve sözleşmenin sağladığı hukuki zemindeki bağlayıcılık, tamamlayıcılık ve belirlilik; tarafların geleceklerini öngörebilmelerini ve belirsizlik olgusunun beraberinde getireceği stresin azaltılmasını sağlar. Böylece tarafların omuzlarındaki -özellikle de karmaşık iş ilişkilerinde daha yoğun olduğu şüphesiz- stres yükünün azaltılması sonucunu doğurur. Tarafların, sözleşme ilişkilerinin tabi olacağı hüküm ve sonuçların -en azından- bir kısmını önceden öngörebilmelerini sağlayarak hukuki ilişkinin geleceği için daha güvende hissedebilmelerini sağlar. Uygulanmasını arzu ettikleri esaslar üzerinde çerçeve sözleşme eliyle yolun başında anlaşılan taraflar, üzerinde tekrar anlaşılmasına gerek olmaksızın münferit sözleşme/sözleşmeler bünyesinde bağlayıcı olan bu esaslar üzerinde gelecekte tekrar anlaşılıp anlaşılmayacağı konusunda da bir endişe⁴⁷ yaşamazlar.

İlgili açıklamalar ilk bakışta, münferit sözleşmeden/sözleşmelerden önce kurulan çerçeve sözleşmeler için kaleme alınıyor gibi görünse de münferit sözleşmeden/sözleşmelerden sonra kurulan çerçeve sözleşmeler için de geçerlidir. Zira, münferit sözleşmeden/sözleşmelerden sonra kurulan çerçeve sözleşmeler de ilgili münferit sözleşmeye/sözleşmelere uygulanacak hükümler bakımından bir belirlilik yarattığından tarafların sürece duyacakları güven duygusunu destekleyerek ilişkideki stres olgusunu azaltır. Öyle ki *Montesquieu*’nun meşhur “En kötü karar, kararsızlıktan iyidir.” söylemini akla getirir şekilde çerçeve sözleşme vasıtasıyla karara bağlanan her mesele, üzerinde kararsız kalınmış ilgili meselelerin taraf psikolojileri üzerinde yarattığı belirsizliği ve stresi hafifletir.

Çerçeve sözleşme yapısal özelliği gereğince, taraflar arasındaki güven ilişkisini kuran veya bu ilişkiye katkı sağlayan hükümlerin münferit sözleş-

⁴⁷ HOFFBAUER’in ifadesiyle “sözleşmenin yerine getirilip getirilmeyeceği konusundaki sürekli belirsizlik” çerçeve sözleşme sayesinde söz konusu olmaz ve çerçeve sözleşmenin, tek seferlik sözleşme ilişkilerine kıyasla daha yoğun bir güven ilişkisi kurduğu kabul edilir, bkz. HOFFBAUER, s. 13.

meden/sözleşmelerden ayrı bir sözleşme bünyesinde -bu kapsamda aynı anda veya farklı zamanda- üzerinde ayrıca zaman ve emek harcanarak müzakere edilebilmesine imkan sağlar. Böylece taraflar, aralarındaki güven ilişkisini besleyen ve münferit sözleşmenin/sözleşmelerin bünyesi içerisinde yok olmasını istemedikleri bu hükümler üzerinde özenle müzakere edebilme imkanına sahip olurlar. Bunun bir göstergesi, taraflar arasındaki güven ilişkisini tesis eden ve/veya kuvvetlendiren aydınlatma, koruma, sadakat, sır saklama, bilgilendirme ve uyarılama yükümlülükleri başta olmak üzere çok sayıda yan yükümlülüğün üzerinde uygulamada sıklıkla bizzat çerçeve sözleşme vasıtasıyla mutabakata varılmasıdır.⁴⁸

Çerçeve sözleşmenin taraflarında yarattığı psikolojik etki bakımından, kavramın genel işlem şartları ile en temel farkını teşkil eden ‘müzakere gücü bertaraf edilmeksizin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kabul edilmesi’nin beraberinde getirdiği ‘sözleşmeye uyma / sözleşmeyi ifa etme’ güdüsü ile ‘sözleşme adaletine uyandırdığı güven’ üzerine de düşünülmesi gerekir. Fikrimizce insanoğlunun, doğası gereği müzakere ederek ulaştığı sonuçlara uymaya eğilimi; söz hakkı olmaksızın kendisine dayatılan kurallara karşı çıkma potansiyeli yüksektir. Çerçeve sözleşmeler sayesinde, tarafların müzakere gücüne sahip olarak karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda mutabık kaldıkları çerçeve hükümlere uyma eğilimi sağlıklı bir temele inşa edilmiştir. Dahası fikrimizce, çerçeve sözleşmenin bu özelliği, müzakere gücünün tek taraf aleyhine bertaraf edildiği genel işlem şartlarının ‘bir tarafça empoze edilme’ unsuruna yönelik bu psikolojik yükü ortadan kaldırmakta, tarafın ‘*take it or leave it*’ seçimleriyle kendisine dayatılan genel işlem şartlarına kıyasla bizzat müzakere ederek kabul ettiği çerçeve hükümlere uyma eğilimine⁴⁹ ve bu doğrultuda somut sözleşme ilişkisinin adil bir düzen doğurduğu hissine katkı sağlamaktadır.

Münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcu doğuran ve bu yönüyle önsözleşme işlevi taşıyan çerçeve sözleşmeler esas alındığında, ilgili

⁴⁸ Güveni tesis eden veya kuvvetlendiren yan yükümlülüklerin çerçeve sözleşmede yer alması ve bu yan yükümlülüklerle ilişkin çeşitli örnekler için bkz. ŞEN DOĞRAMACI 2010, s. 44 ve s. 94; YILMAZ, s. 56-57; WEBER, s. 405; GÜRZUMAR, s. 16-18; KIRCA, s. 109 vd. Dahası, MAURENBRECHER, çerçeve anlaşma niteliği taşıyan genel bankacılık sözleşmesinin, prensip olarak sadece bankacılık ilişkisine ilişkin güvene dayalı yükümlülükler içerebileceğini ifade etmektedir, bkz. MAURENBRECHER, s. 210.

⁴⁹ HOFFBAUER benzer yönde, çerçeve sözleşmeler ile genel işlem şartlarını karşılaştırmaksızın, çerçeve sözleşmenin kurulmasının tarafların sözleşmenin ifasına (sözleşmeye uymaya) gönüllülüğüne bir sinyal olduğunu ifade etmektedir, bkz. HOFFBAUER s. 17.

münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması ‘önsözleşme’ kurumuyla desteklendiğinden, tarafların çerçeve sözleşmede/sözleşmelerde üzerinde mutabık kalınan esasların uygulanacağına duydukları güvenin daha da güçlü olacağı sonucuna varılır.

Çerçeve sözleşme, taraflar arasındaki güven ilişkisine olumlu yönde katkı sağlamakla kalmaz; taraflara, sözleşme ilişkisinin henüz bağlanmak istemedikleri meseleler üzerinde anlaşmayı gelecekte anlaşacakları münferit sözleşmelere bırakabilme özgürlüğü sağlayarak talepteki dalgalanmalara tepki gösterebilmelerini ve bu yönüyle de bir esnekliği garanti altına alır.⁵⁰

Çerçeve sözleşmenin bir diğer psikolojik işlevi, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması yönünde psikolojik anlamda güçlü bir motivasyon -adeta itici bir kuvvet- oluşturmaktır. Tarafların çerçeve sözleşmenin kurulması safhasında, halihazırda -az ya da çok miktarda- maddi ve/veya manevi kaynak harcamış olmaları, belli başlı bir yol katettikleri düşüncesi ve bu yolun -bir hiç uğruna- boşu boşuna gidilmiş olmaması arzusu⁵¹, tarafların gelecekte münferit sözleşmeyi/sözleşmeleri kurmaları yönünde psikolojik anlamda güçlü bir motivasyon yaratmakta; dahası, hemen yukarıda kaleme alındığı üzere, çerçeve sözleşmenin taraflar arasındaki güven bağını güçlendirmiş olması da bu motivasyona katkı sağlamaktadır.

Çerçeve sözleşmenin taraflar arasında yarattığı güven bağının ve münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulacağı yönünde doğurduğu motivasyonun pratik önemi, *Culpa in Contrahendo* kurumu ile birlikte düşünüldüğünde ortaya çıkar. Çerçeve sözleşmenin içeriğinde münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcu doğuran bir yükümlülük taşıması zorunlu olmasa da somut olayın özellikleri gereğince çerçeve sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması, münferit sözleşmenin/sözleşmelerin de kurulacağı yönünde haklı bir güven doğurduğu ölçüde söz konusu haklı güvenin boşa çıkarılması halinde *Culpa in Contrahendo* sorumluluğundan söz edilebilir. Çerçeve sözleşmenin kurulması süreci, gelecekte kurulması planlanan

⁵⁰ HOFFBAUER, s. 2; GATSI, s. 3, WEBER, s. 405.

⁵¹ Bu psikolojik işlev arabuluculuk görüşmelerinde de benzer şekilde karşımıza çıkar. Öyle ki arabuluculuk görüşmelerinde arabulucunun ilk oturumlarda tarafları üzerinde anlaşmaları nispeten daha kolay ve olası meselelere yönlendirmesi önerilmekte, zira tarafların uyuşmazlığın kolay kısmı üzerinde anlaşmalarının ilerleyen oturumlarda nispeten daha zor olan meseleler üzerinde -boşa yol katetmiş olmamak hissiyatıyla- anlaşmaları için de güçlü bir motivasyon oluşturacağı düşünülmekte; bu yaklaşım arabuluculuk eğitimlerinde benimsenebilecek bir strateji olarak işaret edilmektedir.

münferit sözleşme/sözleşmeler için elbette hukuken bağlayıcı bir sözleşmenin varlığı sebebiyle alelade bir sözleşme görüşmesinden çok daha fazlasını teşkil etse de aynı zamanda bir sözleşme görüşmesi niteliği de taşır. Zira çerçeve sözleşme ve münferit sözleşme arasındaki işlevsel bağ gereğince çerçeve sözleşme görüşmeleri ile birlikte münferit sözleşme/sözleşmeler için de sosyal temas başlar. İşte söz konusu sözleşme görüşmelerinde münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulacağına ilişkin yaratılan haklı güvenin dürüstlük kuralına aykırı şekilde boşa çıkartılması sözleşme görüşmelerinde kusurdur. Kanaatimizce, çerçeve sözleşme ilişkisinde münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulacağına duyulan ‘haklı güven’ klasik borçlar hukuku sözleşmelerine kıyasla daha yoğun değerlendirilebileceğinden; çerçeve sözleşmede yer alan bu güven unsurunun *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunun doğmasında gerekçe teşkil etmesi sonucuna daha kolay varılabilir. Zira fikrimizce, çerçeve sözleşmede gelecekte kurulması düşünülen bir münferit sözleşme ilişkisinin bağlayıcı olacağı esaslar üzerinde mutabık kalınıyor olması, söz konusu münferit sözleşmenin kurulacağına duyulan haklı güveni -klasik bir borçlar hukuku sözleşmesine kıyasla- daha kolay inşa eder. Özellikle de sözleşmenin taraflarının tacir olması halinde basiretli davranma yükümlülüğüne; münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulacağı yönünde temelsiz bir güvenin doğmaması için yerine getirilmesi gereken özen çok daha ağırdır. Böylece çerçeve sözleşmenin psikolojik işlevi, diğer sözleşme ilişkilerine kıyasla *Culpa in Contrahendo* sorumluluğunun vücut bulabilmesine daha kolay zemin hazırlar.

Nihayet, çerçeve sözleşmenin beraberinde getirdiği güven ilişkisi, sözleşme ilişkisine devam edilmesini taraflardan (veya ilgili taraftan) dürüstlük kuralı gereğince beklenemeyecek ölçüde zarar görmüşse, sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesinde haklı sebep teşkil edebilir.

IV. SONUÇ

Çerçeve sözleşme kurumunun tüm yönleriyle anlaşılabilmesi; hukuki, ekonomik ve psikolojik işlevlerinin bir bütün olarak ele alınabilmesiyle mümkün olur. Çerçeve sözleşmenin işlevleri üzerine düşünmek, yalnızca öğretiyeye katkıda bulunan bilişsel bir faaliyet olmadığı gibi; çerçeve sözleşmelerin uygulaması için de anlam taşır. Zira, kendine özgü karakteri sebebiyle yine kendine özgü problem ve çözümleri beraberinde getirecek çerçeve sözleşmeler masaya yatırılırken, kavramın işlevlerinin ve bu işlevlerin tatmin etmeyi amaçladığı taraf menfaatlerinin göz ardı edilmesi düşünülemez.

İşlevlerinin ortaya konması; kavramın tüm yönleriyle anlaşılabilmesi, somutlaştırılabilmesi, kurulmasında güdülen taraf menfaatlerinin tespit edilebilmesi ve böylece çerçeve sözleşmenin merkezinde inşa edilen uyumsuzlukların çözümünde tüm bunlardan yararlanılabilmesi açısından elzemdir. Dahası, çerçeve sözleşme merkezinde yürütülecek bir yorum faaliyetinde, çerçeve sözleşmenin işlevlerinin ve bu işlevlerin korumayı amaçladığı menfaatlerin göz ardı edilmesi düşünülemez.

Çerçeve sözleşmenin işlevleri, ‘borç doğuran bir sözleşme’ olmasının beraberinde getirdiği hukuki işlevi ile, ‘verimli bir sözleşme kurma yöntemi’ olarak nitelendirilmesini sağlayan ekonomik işlevinden ibaret olmadığı gibi; aynı zamanda psikolojik işleviyle bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Kavramın psikolojik işlevi yalnızca teorik bir değer taşımaz; *Culpa in Contrahendo* sorumluluğu başta olmak üzere hukuk düzeninin taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğuna bağladığı hüküm ve sonuçlar açısından da önem arz eder.

Çerçeve sözleşmenin hukuki işlevleri ele alındığında bu işlevlerden bağlayıcılık, tamamlayıcılık ve hukuki belirlilik işlevleri bütün çerçeve sözleşmelerde karşılaşılmaması yönüyle ortak hukuki işlevlerken; diğer hukuki işlevlerin çerçeve sözleşmenin taraf iradelerince şekillenen içeriğine bağlı olarak bazı çerçeve sözleşmelerde karşımıza çıkabilecek hukuki işlevler olduğu görülür. Hazırlık, önsözleşme, sürekli borç ilişkisi doğurma, ifa, değiştirme (tadil) ve ortadan kaldırma işlevlerinden oluşan, çerçeve sözleşmenin kavramsal olarak sunmak zorunda olmadığı ancak taraf iradeleri doğrultusunda birinin, birkaçının veya hepsinin bir somut çerçeve sözleşme bünyesinde mevcut olmasının da mümkün olduğu bu işlevlerden hangisinin/hangilerinin somut çerçeve sözleşmede yer aldığı ve rolünün yoğunluğu, ancak ve ancak somut sözleşmenin incelenmesi ile çözülebilir. Örneğin taraflar bir çerçeve sözleşme ile münferit sözleşmelerin kurulmasına hazırlanmayı amaçladıklarından somut çerçeve sözleşmenin hazırlık işlevi daha ağır basabilecekken; bir başka çerçeve sözleşme ile münferit sözleşmenin/sözleşmelerin kurulması borcunun doğmasını amaçladıklarından önsözleşme işlevinin ağır bastığı bir çerçeve sözleşme ilişkisinden bahsedilebilir.

‘Çerçeve sözleşmenin sunduğu hukuki işlevlerin neler olduğu ve bu işlevlerin yoğunluğu’ meselesi, soyut değil somut bir mesele olduğundan; çerçeve sözleşmenin hukuki işlevlerinin tespitinde soyut ve kavramsal olarak kabul edilecek ‘genel-geçer’ bir işlev belirlemesi yapmak yerine, her bir somut çerçeve sözleşmenin taşıdığı işlevlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi

daha sağlıklıdır. Somut bir çerçeve sözleşmenin işlevlerinin sağlıklı değerlendirilmesinin pratik önemi, ilgili işlev doğrultusunda birtakım hukuki düzenlemelere başvurulabilecek (örneğin tadil işlevi ve/veya önsözleşme işlevi söz konusu ise bu işlevi doğuran hükmün geçerliliği için aranacak şekil şartları açısından ilgili hukuki düzenlemelerden yararlanılabilecek) olmasıdır. Bir diğer ifadeyle, çerçeve sözleşmenin belirli bir işleve sahip olup olmadığı, birtakım hukuk kurallarına tabi tutulup tutulmayacağı sonucunu belirlemesi yönüyle pratik bir önem taşır.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan çerçeve sözleşme modelinin kapsamına aldığı münferit sözleşmeden/sözleşmelerden önce kurulması ve böylece hazırlık işlevi taşıması, beraberinde sürekli bir borç ilişkisi getirmesi, bir mal veya hizmetin ifasını hedeflememesi; çerçeve sözleşmelerin ‘yalnızca bu özellikleri ve işlevleri taşımak zorunda olduğuna’ ilişkin yanlış bir izlenim yaratır. Oysa bu gerçek -aksine-, çerçeve sözleşmenin uygulamada alışkın olunan bir ‘tipik’ modelinin var olduğu ve buna bağlı olarak ‘tipik’ ve ‘atipik’ olmak üzere farklı şekillerde karşımıza çıkabileceği farkındalığını; dahası, bu ‘tipik ve atipik’ modeller üzerine doktrince düşünülmesi ihtiyacını gün yüzüne çıkarır.

KAYNAKÇA

- ALTINOK ORMANCI Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1-1**, Ankara, 2019.
- ATAMER Yeşim M., “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 103-137.
- ATAMER Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta, İstanbul, 2001.
- AYRANCI Hasan, **Önsözleşme**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- BARLAS Nami, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, ss. 805-828.
- EREN Fikret, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2015, s. 63-126.
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Legem Yayınevi, Ankara, 2023. (2023a)
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Legem Yayınevi, Ankara, 2023. (2023b)
- FIKENTSCHER Wolfgang / HEINEMANN Andreas, **Schuldrecht**, Berlin, 2006.
- Fransız Medenî Kanunu, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032040737 (Erişim Tarihi: 18.03.2025).
- FUCHS-WISSEMAN Georg, **Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessiv-lieferungsvertrag**, Marbug, 1980.
- GATSI Jean, **Le Contrat - Cadre**, Paris, 1996.
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / SCHMID Jörg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I**, 10. Auflage, Zürich, Schulthess, 2014.
- GILLOR, Viviane, **Der Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte der Europäischen Bankenvereinigung (EMA) Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen**. 2006.
- GÜRZUMAR Osman Berat, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukun Korunması**, Beta, İstanbul, 1995.
- HENRICH Dieter, **Vorvertrag-Optionsvertrag-Vorrechtsvertrag**, Tübingen, 1965.
- HERZOG Nicolas, **Der Vorvertrag im Schweizerischen und Deutschen Schuldrecht**, Zürich, 1999.
- HOFFBAUER Christiane, **Der Rahmenvertrag in der Lieferbeziehung**, Berlin, 2010.
- İŞGÜZAR Hasan, **Tek Satıcılık Sözleşmesi**, Dayınlarlı Yayınları Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1989.

- KIRCA Çiğdem, **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Enstitüsü, Ankara, 1997.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Cilt I): Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KRAMER Ernst A., **Berner Kommentar das Obligationenrecht Art. 19-22**, Bern, 1991.
- LARENZ Karl / WOLF Manfred, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, München, 2004.
- LAW Jonathan (Ed.), **A Dictionary of Law**, Oxford Üniversitesi Yayınları, İngiltere, 2022.
- MAURENBRECHER Benedikt, “Die Vereinbarung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Rahmenvereinbarung und Geschäftsverbindungsvertrag”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C. I, S. 109, 1990, ss. 173-210.
- MOUZAS Stefanos / FORD David: “Managing Relationships in Showery Weather: The Role of Umbrella Agreements”, **Journal of Business Research**, Cilt: 59, Sayı: 12, 2006, s. 1248-1256.
- OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt I)**, İstanbul, 2022.
- ÖZEN Burak, **Kredi Açma Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- SCHOOF Oliver, **Rahmenvertrag. In: Das Recht des Corporate Real Estate Managements / Rahmenvertrag**, Springer Gabler, Wiesbaden, 2015, ss. 259-275. https://doi.org/10.1007/978-3-658-00107-0_38 (Erişim Tarihi: 18.03.2025)
- SEROZAN Rona, “Hukukun ve Hukuk Öğreniminin Önemi, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2013/1, 2013, ss. IX-XVI.
- ŞEN DOĞRAMACI Hayriye, “Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı ve Ekonomik Fonksiyonu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S. 3, 2022, ss. 1043-1077.
- ŞEN DOĞRAMACI Hayriye, **Çerçeve Sözleşmeler**, Eskişehir, T. C. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Medeni Hukuk Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010.
- TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.1/I**, Ankara, 1984.
- UYAN Göktürk, “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Genel Kredi Sözleşme Kavramı ile İlişkisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 79, S. 4, 2005, ss. 1129-1143.
- UYUMAZ Alper / OUMER Kamil Abdu, “Framework Agreements Under Turkish Law”, **Law and Justice Review**, C. 9, S. 15, Aralık, 2017, ss. 37-60.
- VON DER CRONE Hans Caspar, **Rahmenverträge**, Schultess Poligraphischer Yayınevi, İsviçre Zürih, 1993.
- VON GIERKE Otto, “Dauernde Schuldverhältnisse”, *Jher. Jb.* 64 (1914), ss. 355-374.
- WEBER Rolf H., “Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehungen”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, C. I, S. 106, 1987, ss. 403-434.

WHEELER Sally, **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research - Contracts and Corporations (Chapter 6)**, Oxford, 2012, ss. 125-150.

YILMAZ Cüneyt Arif, **Çerçeve Sözleşmeler**, Seçkin, Ankara, 2023.

ZAKI Magdi Sami, “Le Formalisme Conventionnel illustration de la Notion de contrat-cadre”, **Revue Internationale de Droit Compare**, 38-4, 1986, ss. 1043-1096.