

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

ISSN: 1304-2408

## HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği  
© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

## Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Hüseyin Özbek

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

## Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD  
Araştırma Görevlisi

## Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

## Mehmet Türker Karapınar

Türkiye Barolar Birliği Dergisi Haber Müdürü

## Danışma Kurulu / Board of Advisors\*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /  
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım  
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,  
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler  
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these  
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden  
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in  
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM  
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye  
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is being permanently indexed  
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özak Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 105 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

**Basım Tarihi / Printing Date : 24. 11. 2021**

## TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmaları düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

### Yayın Politikası

- 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

- Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

- İlk maddedeki kural "**çeviriler**" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
- Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
- Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

- Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının ön düzeltmeden sonra kabul edildiği ve hangi sayının yayın listesine alındığının yazara bildirildiği tarihi ifade eder.

Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetiyecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.

İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.

8. Yazı, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.

Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.

Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.

11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.  
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

### Yayın Kuralları

1. Yazı, [yazin@barobirlik.org.tr](mailto:yazin@barobirlik.org.tr) adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,  
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.  
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece baş harfleri büyük ve soyadı ve adın sonunda sadece virgül olmalıdır.  
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.  
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

### İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme, mahkeme vs. isimlere ek getirilirken diğer özel isimlerde olduğu gibi kesme işaretiyle ayrılması,  
**Örneğin:** Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin, İzmir 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,  
**Örneğin:** Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,  
**Örneğin:** 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,

5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,  
**Örneğin:** TCK'nın, HUMK'un
6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,  
**Örneğin:** syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/Erdem/Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimeden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

### Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.  
Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.  
Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

## HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 1 Ahmet EKİNCİ**  
Modern Hukuk Pratiğinde Dini Argümantasyon Tartışmaları / The Debates about Religious Argumentation in the Practice of Modern Law
- 73 İlhami ÖZTÜRK / Arif Emre SÜMER**  
Siyasi Partiler Hakkında Uygulanan Devlet Yardımından Yoksun Bırakma Yaptırımının Hukuki Niteliği / The Legal Character of the Sanction of Deprivation of State Aid Applied on Political Parties
- 125 Mehmet Zülfü ÖNER**  
TCK'da Hakaret Suçunun Alenen İşlenmesi / The Commitment of Public Defamation in TPC
- 187 Bahar TOPSAKAL**  
Kişilerin Huzur Ve Sükununu Bozma Suçu Bakımından Gerçek İçtima ve Fikri İçtima Kurallarının Değerlendirilmesi / Evaluation of Actual Aggregation and Conceptual Aggregation Rules in Terms of the Crime of Deterioration of Peace and Order
- 209 Yuzarsif Selçuk COŞKUN**  
Ceza Muhakemesinde Susma Hakkı ve Bağlantılı Haklar / Right to Remain Silent and Related Rights in Criminal Procedure
- 255 Denizhan HOROZGİL**  
AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergi Cezalarında "Non Bis In Idem" İlkesi / The "Non Bis In Idem" Principle in Tax Penalties in the Light of the Judgments of the Echr and the Constitutional Court
- 295 Mehpare ÇAPTUĞ**  
İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulama Alanı Ve Aksayan Yönleri / Application Field of Mediation and Its Problematical Aspects in Legal Disputes of Which the Administration is a Party
- 317 Özge BÖLÜKBAŞI**  
Karşılaştırmalı Hukuka Göre Birlikte Velayet Kararlarında Hakimin Dikkate Alabileceği Bazı Esaslar ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği / Some Principles that the Judge May Consider in Decisions on Joint Custody According to Comparative Law and Their Applicability in Turkish Law

**361 Ayşen SEYMEN ÇAKAR**

Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Kadının Cinsel Sakatlanması / A Deviation Example from Women's Human Rights: Female Genital Mutilation

**381 Emine MINDİZ**

Roma Hukukuna Göre Sorumluluk Ölçütleri İçerisinde Imperitia'nın Yeri / The Place of Imperitia within the Criteria of Responsibility According to Roman Law

**407 Özlem TÜZÜNER / Erkam Talat DUYMUŞ**

Yargıtay Kararları Işığında Hemşirenin Hukukî Sorumluluğu / The Legal Responsibility of Nurses in the Light of Turkish Supreme Court Decisions

**445 F. Elif ÇELİK**

Sonradan ve Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşı Olmanın Başvuru Şartları (TVK M. 11) Application Requirements of Being Turkish Citizen by Naturalization (Turkish Nationality Act Article 11)

**509 Belkıs KONAN**

Tanzimattan Günümüze Hukuk Mesleğinde Kadın / Woman in Legal Profession From the Tanzimat to the Present



# MODERN HUKUK PRATIĞİNDE DİNİ ARGÜMANTASYON TARTIŞMALARI\*

## THE DEBATES ABOUT RELIGIOUS ARGUMENTATION IN THE PRACTICE OF MODERN LAW

Ahmet EKİNCİ\*\*

**Özet:** Bu çalışmada laik bir liberal sistem içerisinde hukuki süreçte dini gerekçelerin sınırlandırılması gerektiği görüşü ile bu yöndeki girişimleri destekleyen görüşler ele alınmaktadır. Liberal bir laik sistemde devlet, tüm inançlar karşısında tarafsız olmalıdır. Bu tarafsızlık, devletin kararlarında, akıl ve bilim ile tüm toplum tarafından paylaşılan öncüllere dayanmasını gerekli kılar. Çünkü dini iddialar toplumun o dine mensup olmayan ya da dindar olmayan gruplarını ikna edemez, bu iddialar bu kişi grupları bakımından makul karşılanmaz. Bu durumda dini gerekçelerle kabul edilen yasalara bu kişilerin rıza göstermesi mümkün değildir. Rızaya dayanmayan bir yasanın dayatılması ise demokratik değildir. Diğer yandan özellikle semavi dinler günümüzde halen toplumları etkilemektedir. Bu nedenle dini kaideler doğrudan olmasa bile toplum üzerindeki etkileri nedeniyle hukuk ve politika ile ilişki içerisinde kalmaya devam etmektedir. Yasama ve yürütme üyeleri, belirli konulara ilişkin görüşlerini dini hassasiyetleri çerçevesinde şekillendirebilmektedir. Zaman zaman da bu hassasiyetlerini dini argümanlar ile de destekleyebilmektedir. Dindar politikacıların ya da dini gerekçeleri savunanların dini gerekçelerin sınırlandırılmasına yönelik itirazları ise dinin bir bütün olarak akıl ile çelişmediği, dini gerekçelerin dışlanmasıyla ayrımcılık ortaya çıkardığı, kamusal aklın tek başına kavramsallaştırmada dini gerekçeler kadar güçlü olmadığı, dinin çoğulculuğa katkı sağladığı ve insan haklarının genişlemesinde dindarların da katkısı olduğu şeklindedir.

**Anahtar Kelimeler:** Laiklik, Devletin Dinler Karşısında Tarafsızlığı, Seküler Argüman, Dini Argüman, Kamusal Akıl

\* Çalışmamı hazırlarken sorularıma içtenlikle cevap veren kıymetli hocalarım Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu ve Dr. Arş. Gör. Osman Gazi Ünal'a, makalenin taslak halinde titizlikle okuyarak düşüncelerini benimle paylaşma nezaketi gösteren kürsü arkadaşlarım Arş. Gör. Serkan Nebi Yıldırım, Arş. Gör. Fatih Süngü ve Arş. Gör. İsmail Hatip'e teşekkürü bir borç bilirim.

\*\* Dr. Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, ahmet.ekinci@hbv.edu.tr., ORCID: 0000-0003-0803-6449, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.04.2021, Kabul Tarihi: 23.04.2021

**Abstract:** The study aims to evaluate the views which are in favor that the religious arguments have to be restricted in the legal process and that they have to be allowed. In a liberal system, the state have to have an impartiality toward every consciences. The impartiality stipulates the rationale, science and premises which is shared by whole society in terms of the decision-making process of the state. Because these claims are neither able to convince nor accessible in terms of the people which doesn't belong to same religious groups. In that situation, the law which would be enacted by the religious arguments doesn't have a legitimacy for these people. Imposing a law which doesn't rely on the consent on the people doesn't comply with the democracy. On the other side, specially divine religions still have an important potential to affect the society in present. Therefore, even if it is not directly, religious rules are continuing to stay in contact with policy and law making process by virtue of their power on the society. Consequently, the members of parliament or executive branches can form their ideas on the certain issues by their religious sensitiveness. Even, they can support obviously their ideas by religious arguments sometimes. the pious politicians or pious citizens have some objections to the restriction of the religious ideas from the policy such as that the religious arguments doesn't contrary to reason as a whole, that to exclude the religious arguments from the policy causes the discrimination against pious citizens, that the religion have potential for contribution to plurality within the society, that the public reason doesn't have yet powerful and convincing semantic tools as much as the religion and that the content of the human rights were expanded by the religious human right activists.

**Keywords:** Laicism, Religious Argument, Secular Argument, State Independency Toward The Religions. Public Reason

## Giriş

“*Bicentennial Man*” isimli filmde *Andrew* isimli bir robot, insani duygular geliştirir ve insanlara özgü bir fiziksel görünümün yanında insana özgü pek çok biyolojik bütünleyici parça ve organları da temin eder. Sonunda ise devlet tarafından bir “insan” olarak tanınmak için yargıya başvurur. Mahkeme başkanı ile *Andrew* arasında şu diyalog geçer:

*Mahkeme Başkanı: Pozitronik beyin nedeniyle tam anlamıyla ölümsüzsünüz.*

*Andrew: Evet efendim.*

*Mahkeme Başkanı: Bu yüzden Andrew, toplum ölümsüz bir robotu hoş görebilir fakat ölümsüz bir insanı asla hoş göremeyiz. Bu durum çok fazla kıs-*

*kançlık ve çok fazla öfke ortaya çıkarır. Üzgünüm Andrew. Bu mahkeme seni insan olarak onaylamıyor.<sup>1</sup>*

Görüldüğü üzere söz konusu filmde mahkeme başkanı bir robotun insan olma talebini reddediyor ancak bunu yaparken açıkça kamu düzeninin ve huzurunun gereklerine atıf yapıyor. Bu atfı aynı zamanda sıradan makul bir insanın anlayacağı bir biçimde gerçekleştiriyor. Oysa çok basit bir şekilde *“Bay Andrew, Bizi insan yapan, ruhtur. Ruh ise yalnızca Tanrı verir. Siz ise bir robotsunuz. Yani sizi Tanrı yaratmadı, bir insan yaptı. Bu nedenle sizi insan olarak onaylamıyorum”<sup>2</sup>* diyebilirdi. Fakat bu gerekçe, kendisini dindar olarak addetmeyen ya da din ile hukuken bir nesneye insan sıfatı verilmesi arasındaki bağ konusunda ikna olmayan pek çok vatandaşın tatmin olmamasına eden olurdu. Öyleyse, ikna edicilik bakımından, bu filmdeki mahkeme yargıcının tercih ettiği gerekçelerden ve argüman kullanımından çıkarabileceğimiz bazı sonuçlar mevcuttur. Bu çalışmada bu sonuçlar laiklik üzerinden türetilmektedir.

Laiklik, hem çokça tartışılan hem de eskimeyen bir kavramdır. Bu yönüyle de çekiciliğini korumaktadır. Kapsamı itibarıyla devlet ile din arasına mesafe konulmasını gerektiren laiklik, dinin devlet üzerindeki tahakkümünü ortadan kaldırmayı, her bireyin egemenlik bakımından eşit paya sahip olmasını sağlamayı amaç edinir. Bunu yaparken hukuk kurallarının teşekkülünde, bu kuralların icrasında ve devletin örgütlenmesinde dini kaidelerin, dinin dünyaya ilişkin öngörülerinin belirleyici olmaması önemlidir. Yani devlet, yalnızca akla, sağduyuya, ortak kanaatlere ve bilime dayanan, pozitif dayanakları olan hukuk kuralları ortaya koymalı; bu kuralları, dini hassasiyetlerden arınmış

<sup>1</sup> Isaac Asimov tarafından yazılan, Chris Columbus tarafından ve başrollerinde Robin Williams, Embeth Davidtz, Sam Neill’in yer aldığı film için bakınız: *“Robot Adam (1999)”*, <https://www.imdb.com/title/tt0182789/>, (Erişim Tarihi: 8.8.2020).

<sup>2</sup> Semavi dinlerde insanın Allah tarafından yaratıldığı ve ancak onun tarafından alındığına inanılır. Kur’an-ı Kerim’de söz konusu husus şu şekildedir: *“Yaratan rabbinin adıyla oku! O, insanı alaktan (asılıp tutunan zigottan) yaratmıştır.”* Alak Suresi, 1 ve 2. ayetler. Yahudi ve Hristiyan öğretisi ise bu meselede Tevrat’ta yer alan şu hükümler ile ele almaktadır: *“Tanrı, “Kendi suretimizde, kendimize benzer insan yaratalım” dedi, “Denizdeki balıklara, gökteki kuşlara, evcil hayvanlara, sürüngenlere, yeryüzünün tümüne egemen olsun. Tanrı insanı kendi suretinde yarattı, onu Tanrı’nın suretinde yarattı. Onları erkek ve dişi olarak yarattı.”* Tekvin, 1-26-27.

bir şekilde uygulamalıdır. Diğer yandan din olgusu gücünü halen muhafaza etmekte, toplum nezdindeki etkisi ve muteberliği dolayısıyla da devlet aygıtının elinde bulundurduğu iktidar araçlarıyla sürekli iç içe bulunmaktadır. Böylece uygulamada pek çok dini kaide ile hukuk kuralı örtüşebilmektedir. Örneğin insan öldürmek hem günah hem suçtur.<sup>3</sup> Keza hırsızlık veya yağma da öyle.<sup>4</sup> Kişinin eşini aldatması boşanma sebebi iken aynı zamanda dinen de ayıplanmakta, hatta cezalandırılmaktadır.<sup>5</sup> Prensip olarak bu örtüşme; akıl, sağduyu ve bilim ile izah edilebildiği ölçüde mahsurlu değildir. Örneğin söz konusu örnekler, bir eylemin sonucu olarak birinin yaşam hakkını, mülkiyet hakkını ya da insan onurunu zedelemekte, toplumun birlikteliği için temel gereklilik olan karşılıklı güveni yıkmaktadır. Eylemlerin hukuka aykırılığını tek başına ortaya koyan bu gerekçelerden bağımsız olarak dini kaideler de bu eylemleri günah olarak nitelemektedir. Dolayısıyla prensipteki<sup>6</sup> bu örtüşme bir gerilim ortaya çıkarmamaktadır. Buna karşın alkol kullanımı, fuhuş ya da eşcinsel birliktelikler gibi rızası ile bu eylemlere katılanlar dışındakiler için ilk bakışta bir zarar doğurmayan ya da insan hakları ihlali doğurmayan fakat dini kaideler bakımından ayıplanan, hatta bu eylemlerde bulunanların cezalandırılması öngörülen ahlaki meseleler söz konusudur. Bu durumda üçüncü kişi-

<sup>3</sup> Maide Suresi, 32. Ayet: “İşte bundan dolayı İsrâiloğulları’na şöyle yazmıştık: “Bir cana kıymaya veya yeryüzünde fesat çıkarmaya karşılık olması dışında, kim bir kimseyi öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de bir can kurtarırsa bütün insanların hayatını kurtarmış gibi olur.” Şüphesiz peygamberlerimiz onlara apaçık deliller getirdiler. Ama bundan sonra da onların çoğu yeryüzünde taşkınlık göstermektedirler.” Bkz. <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/M%C3%A2ide-suresi/701/32-ayet-tefsiri>, (Erişim Tarihi: 9.4.2021).

<sup>4</sup> Maide Suresi, 38. Ayet: “ Hırsızlık eden erkek ve hırsızlık eden kadının yaptıklarına karşılık bir ceza, Allah’tan bir ibret olarak ellerini kesin. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir.”, <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/M%C3%A2ide-suresi/707/38-ayet-tefsiri>, (Erişim Tarihi: 9.4.2021).

<sup>5</sup> Nur Suresi, 2. Ayet: “Zina eden kadın ile zina eden erkeğin her birine yüz sopa vurun. Allah’a ve ahiret gününe inanıyorsanız, Allah’ın dinini uygulama hususunda o ikisine karşı merhamet duygusuna kapılmayın. Mû’minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.” Bkz. <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/N%C3%BBr-suresi/2793/2-ayet-tefsiri>, (Erişim Tarihi: 9.4.2021).

<sup>6</sup> Buradaki prensip, söz konusu eylemlerin yanlışlığına, yani “kötü” olmasına dair uzlaşmadır. Yoksa örneğin İslam dini çerçevesinde öldürme suçunun cezasının kısas olması ya da hırsızlık cezasının uzuv kesme olması gibi cezanın infazına yönelik olarak meydana gelen hukuk ve din arasındaki uzlaşmazlık alanları mevcuttur. Ancak çalışmanın konusu bu suç tiplerinin cezası olmadığından detaya girilmemiştir.

lere yönelmiş maddi ya da manevi bir zarar ya da insan hakları ihlalini tespit etmek her zaman kolay değildir. Dolayısıyla söz konusu eylem alanlarını sınırlamak akıl, bilim, sağduyu ve paylaşılan öncüller ile izah edilebilir olmaktan çıkabilmektedir. Hal böyleyken bu gibi konularda bireyin eylem alanının sınırlandırılmasını konu alan düzenlemelerin dini kaideler ile örtüşmesi, durumu daha karmaşık bir hale sokabilir. İşte bu gerilimden hareketle çalışma, yasa yapımı ve yasaların icrası sırasında dini inanç ve kanaatlerin ne ölçüde yasa yapımına etki etmesi gerektiğini ya da edebileceğini incelemeyi amaçlamaktadır.

Çalışmanın amacı, hukuk kuralları konulurken ve icra edilirken dini inanç ve kanaatlerin etkili olmasının pratikte engellenemeyeceğini fakat -özellikle bireylerin eylem alanının sınırlandırılması söz konusu olduğunda- kurala etki eden motivasyonun ve kuralı meşrulaştırıcı argümantasyonun en az içinde barındırabileceği dini argüman/motivasyon kadar güçlü, ikna edici ve erişilebilir bir seküler argümantasyon olması gerektiğini ortaya koymaktır. Zira çoğulcu ve seküler bir toplumda yalnızca dini inanç ve kanaatler ile desteklenebilen argümanların pek çok açıdan zararları söz konusudur. Diğer yandan çalışmada ne dindarların ne de dinin bizatihi kendisinin toplumsal alandan dışlanmasının mümkün olmadığı ve dini argümanlar ile hukuk kuralları arasında bir örtüşmenin pekâlâ olabileceği de kabul edilmektedir. Toplumu şekillendiren dinin hukuk ile etkileşimi kaçınılmazdır. Ancak bu örtüşmenin, özellikle insanın eylem alanını sınırlamaya yönelen düzenlemeler söz konusu olduğunda, en az dini olanlar kadar güçlü seküler argümanlar ile de desteklenmesi zorunludur.

Çalışmada en sık kullanılan kavram “argüman” kelimesidir. Argüman, başkalarını bir görüşün doğru olduğuna inandırmak, ikna etmek için sunulan önerme yahut önermeler dizisi ve belli bir konuda farklı görüşlerin kullanıldığı tartışma anlamına gelir. Argümantasyon ise “düzenli ve mantıki iddiada bulunma anlamını taşıyor. Teori olarak argümantasyon ise, sahip olunan arkaplana ve edinilen felsefi pozisyona bağlı olarak farklı şekillerde tanımlanabilir.”<sup>7</sup> Bu açıdan çalışmada seküler argümantasyon, bir kişinin düşünce ve kanaatlerini ortaya koyarken dini bir iddiayı esas almaması, iddianın meşruiyetini ispatlayabilmek için bu dünya haya-

<sup>7</sup> Eveline T Feteris, Hukuki Argümantasyonun Temelleri, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Pinhan Kitabevi, 2019, s. 19 (çevirenin notu).

tından sonra verilecek olan bir ödül ve cezanın ya da doğrudan doğaüstü bir “Yüce Varlık” kavramına başvurmanın gerekli olmamasıdır.<sup>8</sup> Bu tür bir argümanı ileri süren müzakerecinin iddiasının yöneldiği amaç, seküler saiktir. İddiasını ortaya koyarken destek aldığı gerekçe ya da motivasyon ise seküler teşvik ya da motivasyon olarak kabul edilmiştir. Aksi yöndeki iddialar, dini argümantasyon, dini saik ya da dini motivasyon olarak nitelenmiştir.

Çalışmanın bazı sınırlılıkları bulunmaktadır. Öncelikle çalışmanın kapsamını ölçsüz bir şekilde genişletmemek adına, laiklik ve sekülerizm kavramları arasındaki farklılıklara odaklanılmamaktadır.<sup>9</sup> Bunun yerine çalışmada, devletin dini inanışların ve kanaatlerin dile getirilmesine hoşgörü ile yaklaştığı, dini toplumsal yaşamdan dışlamaya çalışmadığı bir laiklik anlayışı olarak “pasif laiklik” anlayışı temel alınmış,<sup>10</sup> “laik” ve “seküler” kavramları birbiri yerine kullanılmıştır. Diğer yandan ülkemizdeki laiklik ile ilgili tartışmalar, dini yemin, başörtüsü, kimliklerdeki din hanesi gibi “klasikleşmiş” örnekler üzerinden ilerlemektedir. Çalışma ise bu örnekler üzerinden ilerlememekte, bir kavrayış olarak dini inanç ve kanaatlerin insan haklarının sınırlandırılması noktasında bir argüman olarak ileri sürülebilir sürülemediğini incelemektedir. Bunu yaparken de eşcinsel birliktelikler ve kürtaj gibi bazı konular çalışmada ele alınan konuyu izah edecekleri

<sup>8</sup> Aydınlanma düşünürlerinin doğa yasasını da bu şekilde izah etme yolunu tercih ettikleri görülmektedir. Doğa yasası, “doğanın ışığıyla, yani müspet vahyin yardımı olmadan bilinebilir bir yasa olacaksa bu yasanın geçerliliğinin ölümden sonra hayatı veya ölümden sonra hayata inancı gerektirmeyen kurallardan oluşmalıdır.” Bkz. Leo Strauss, *Doğal Hukuk ve Tarih*, Çev. Murat Eşen, Petek Onur, Say Yayınları, İstanbul, 2011, s. 246-247.

<sup>9</sup> “Laik” ve “seküler” kelimeleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Kelime anlamı olarak laiklik, ruhban sınıfından olmama anlamına gelir. Bu bakımdan, Orta Çağ Avrupası’nda kilise mensubu olmayan halk için kullanılan bir tanımlama olarak karşımıza çıkar. Bu tanımlama çerçevesinde bir şeyin “laik” olması, onun bir başka özelliğine bakılmaksızın, dinden etkilenmemiş olması anlamına gelir. Seküler (seacularis) kelimesi ise “yüzyıl, çağ” anlamlarına gelen Latince saeculum kelimesinden türetilmekte olup, sekülerleşme, çağdaşlaşma anlamına gelir. Devletin sekülerleşmesi devletin kurumsal yapısını, çağa uygun olarak yapılandırması olarak anlaşılabilir. Buna karşın her iki kelime de birbirini tanımlar niteliktedir. Zira her ikisinde de temel olan dinden uzaklaşmadır. Benzer yönde Bkz. İonna Kuçuradi, “Laiklik ve İnsan Hakları”, *Laiklik ve Demokrasi*, Der. İbrahim Kaboğlu, İmge Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 216-218.

<sup>10</sup> Pasif laiklik ve dışlayıcı laiklik anlayışı arasındaki farklar için Bkz. Ahmet Kuru, *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik-ABD, Fransa ve Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 14 vd.

ölçüde yer almaktadır. Dini inanç ve kanaatlerin bu bağlamda neden ileri sürülmemesi gerektiğine ilişkin görüşler temelde kamusal akla dayanmaktadır. Laiklik ile kamusal akıl kavramları ise çalışmada birbirlerini tamamlayan kavramlar olarak değerlendirilmiştir. Bu görüşe yönelik ise pek çok itiraz ileri sürülmektedir. Çalışmada bu itirazların en dikkat çekicileri olarak şunlar incelenmiştir:

*a. Dini argümanlar iddia edilenin aksine bir bütün olarak akıl ile çelişmemektedir.*

*b. Dini argümanların kullanımını yasaklamak bir bütün olarak dindarların politikaya katılımını yasaklamaktır. Bu ise ayrımcılık demektir.*

*c. Dindarların çoğulcu olmadığı iddiası yanlıştır.*

*d. Dini kavramsallaştırmalar seküler kavramlar karşısında anlamsal güç bakımından hala üstündür.*

*e. İnsan haklarının ilerlemesi dindar insanların çabaları ile mümkün olmuştur.*

Zaten çalışmayı anlamlı kılan da bu karşı argümanların neden yetersiz olduklarını ortaya koyma iddiasıdır. Çalışmada yalnızca dini inanış ve kanaatler üzerine temellenen yasaların meşruiyetinin sağlanamayacağı iddiası birçok unsur bakımından ele alınarak ortaya konulmaya çalışılmaktadır. İlâveten çalışma, ülkemizin yaşadığı dönüşümün ne anlam ifade ettiğini ortaya koymak bakımından da bir giriş niteliği taşımaktadır. Zira Türkiye Cumhuriyeti laik bir hukuk devletidir. Buna karşın mahkemeler kararlarında giderek daha fazla dini hüküm ve kaidelere yer vermeye<sup>11</sup> başlamış görünmektedir. İlâveten

<sup>11</sup> Çalışmanın hazırlanmasındaki temel güdülerden birini basında 29 Temmuz 2020 tarihinde çıkan bir haber oluşturmaktadır. Söz konusu haber, bir hâkimin, bir kilisenin haçını sökerek yere atan kişiye verdiği hapis cezasını temellendirirken Kur'an-ı Kerim'in En'am Suresi'nin 108. Ayeti'ne atıf yapmasını konu edinmektedir. Bu doğrultuda hâkim, Ceza Kanunu'nda yer alan hırsızlık, mala zarar verme vs. konuya ilişkin pek çok düzenlemenin yanı sıra ayrıca hukukun, hele ki laik hukukun kaynağını oluşturmayan hukuk-dışı bir argümana dayanma ihtiyacı duymuştur. İlâveten söz konusu kaynağa atıf yapmanın yargılamanın kapsamı düşünüldüğünde gerekli olmadığı da görülmektedir. Zira kanunlarda söz konusu mala zarar verme ve hırsızlık gibi düzenlemeler yer almasa idi dahi hukukun evrensel prensibi olarak devlet bireyi, bir başkasından gelebilecek her türlü zarara karşı korumayı taahhüt eder. Haber için Bkz. "Laik hukuk devletinde ayet referanslı karar!", Halk TV, <https://halktv.com.tr/ozel-haber/laik-hukuk-devletinde-ayet-referansli-karar-430475h>, (Erişim Tarihi: 23.9.2020).



politik tercihlerin değişmesinde dini inanç ve kanaatler başat bir rol oynamaktadır.<sup>12</sup> Bu nedenle dini iddiaların yasa yapımına ya da bu yasaların icrasına ne ölçüde etki edebileceğinin, bu etkinin nereye kadar mazur görülebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle öncelikle çalışmada laiklik ve liberalizm arasındaki ilişki, her ikisinin de ortak unsurları olarak kabul edilebilecek olan *tarafsızlık, akılcılık ve bireycilik* üzerinden kurulmuştur. Akabinde ise dini inanç ve kanaatlerin neden yasa yapımı ve icrasında kullanılmaması gerektiğine ilişkin görüşler özetlenmiştir. Sonrasında ise yukarıda adı geçen karşı argümanlar incelenmiştir.

Çalışma sonuç olarak, dinin bir “bütün” olarak akıl dışı olmadığını, çoğulculuğu teşvik etme potansiyeli olduğunu ve dini bir bütün olarak dışlamanın vatandaşlar arasındaki eşitliği zedeleyeceğini vurgulamakta iken dindar bir devlet görevlisinin, yasama ya da yürütme üyesi olup olmadığı fark etmeksizin, eylemleri için ileri sürdüğü seküler argümanının en az dini olan kadar güçlü ve ikna edici olması gerektiğini ön plana çıkarmaktadır.

## I. Devletin Karar Alma Sürecinde Dini Söylemin Engellenmesine Yönelik Görüşler

### A. Laiklik ve Liberalizmin Ortak Unsurları: Tarafsızlık, Bireycilik ve Akılcılık

Bireyin ya da kamu görevlisinin, iyiye ve doğruya ilişkin tahayyülünü şekillendirmesi noktasında, dinin zorunlu bir referans kaynağı olmasının engellenmesi,<sup>13</sup> aydınlanma düşüncesinin olduğu kadar,<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Örneğin Kadına Karşı Şiddetin Engellenmesi Hakkında İstanbul Sözleşmesi’nden çıkılmasının arkasında yatan saiklerden birisi bu sözleşmenin eşcinselliği meşrulaştırdığı, bunun ise dinen günah olduğudur. Bkz. ‘Anadolu Platformu’dan İstanbul Sözleşmesi raporu: Eşcinsel birliktelikler ve günah olarak tanımlanan eylemler meşrulaştırılıyor’ T24, <https://t24.com.tr/haber/anadolu-platformu-dan-istanbul-sozlesmesi-raporu-escinsel-birliktelikler-ve-gunah-olarak-tanimlanan-eylemler-mesrulasirililiyor,89860>, (Erişim Tarihi: 13.4.2020).

<sup>13</sup> Bazı yazarlar laikliği dinden bağımsız düşünme erdemi olarak ele almaktadır. Bkz. Doğu Ergil, “Laiklik Üzerine Düşünceler-Türkiye Örneği”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 44, Sa. 3, 1989, ss. 1, s. 4-6.

<sup>14</sup> Kant, aydınlanmayı, bireyin kendi hatası ile içine düştüğü ergin olmama durumundan kurtulması olarak tanımlar. Düşünürün bu noktada işaret ettiği husus ise şüphesiz, düşünceye kota koyan her türlü araçtır. Zira yazar, bir başkasının



laikliğin de temelini oluşturur. Bu erdemini kapsadığı alanı ve kapsadığı düşünce formlarını belirlemek ise önemli bir uğraş alanı olarak karşımıza çıkar. Laik düşünce yapısı bir medeniyet vazifesi (duty of civility) olarak bireylerden de talep edilebilir fakat nihayetinde bu talep ancak ahlaki bir taleptir. Devletin kurumları olarak yasama, yürütme ve yargı organı mensuplarının ise laik düşünce yapısı etrafında hareket etmesi bir zorunluluktur.<sup>15</sup>

### 1. Tarafsızlık

Laiklik prensibinin temelde taşıdığı özelliklerinden biri devletin dinler karşısındaki tarafsızlığıdır.<sup>16</sup> Devlet herhangi bir dine ya da din karşıtlığına karşı tarafsız bir tutum içinde olmamalıdır. Yani devlet hem dinler karşısında hem de bir bütün olarak din olgusu karşısında tarafsızdır. Öyle ki Kuçuradi'ye göre, devletin örgütlenmesi yapılırken,

---

aklını kullanmadan düşünememe durumu, kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna bağlama durumu olarak tanımlar. Şüphesiz, dini dogmalara ilişkin durum da bu sözlerden payını alacaktır. Bkz. Immanuel Kant, *Aydınlanma Nedir?*, Çev. A. Kurt, *Özgürlüğün İdeolojisi-Liberalizm*, Ed. Doğan Gürpınar, Liber Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 65-77, s. 68; Özellikle aydınlanma dönemi ile birlikte akılcılık, eylemin, ilahi bilgidense insan aklına dayanmasına geçişi simgeler. Bkz. Hans Daiber "God versus Causality", *Islam and Rationality-The Impact of al-Ghazali*, Ed. Georges Tamer, Leiden, Brill, 2015, 1.

<sup>15</sup> Diğer yandan, yasama ve yürütme organlarını politikacıların oluşturduğu düşünüldüğünde, seçim propagandalarında kullanılan dilin ya da medya organlarının yayınlarının, köşe yazarlarının tercih ettikleri söylemlerin kamusal alan içerisinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği de tartışmalıdır. Örneğin Habermas, bu alanların da kamusal alan içerisinde görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargı makamları kamusal alanın tecelli ettiği yerlerin başındadır. Buna karşın yargı organı kullandığı yöntem, politikadan bağımsızlığı ve ihtiva ettiği önem nedeniyle ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1995, s. 217; İbrahim Kaboğlu, "Devlet, Hukuk ve Toplum", *Laiklik ve Demokrasi*, Ed. İbrahim Kaboğlu, İmge Kitabevi, 2001, ss. 237-245, s. 240-243; Cristina Lafont, "Religion in the Public Sphere: Remarks on Habermas's Conception of Public Deliberation in Postsecular Constellations", Vol. 14, No. 2, 2007, s. 240-241; Kent Greenawalt, "Religiously Based Judgements and Discourse in Political Life", *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Vol. 22, No. 2, 2007, 445-491, s. 455-457; Kaboğlu, (2001), s. 240

<sup>16</sup> Diğer prensipler ise özgürlük ve eşitliktir. Bunlar, özgürlük, eşitlik ve tarafsızlıktır. Özgürlük, bireyin dilediği dine inanması ya da hiçbirine inanmamayı tercih etmesi özgürlüğü ile kamusal alan içerisinde, başkalarının temel hak ve özgürlüklerine ihlal oluşturmadığı sürece dininin emrettiği ibadetlerini yapma özgürlüğüdür. Eşitlik ise devletin herhangi bir dinin/mezhebin mensuplarına, başka bir dinin/mezhebe mensup bireyler karşısında avantaj ya da dezavantaj sağlamaması anlamına gelir. Korkut Kanadoğlu, "Laiklik ve Din Özgürlüğü", *TBB Dergisi*, 2013, C. 109, ss. 353-384, s. 354.

hukuku oluşturulurken ve işletilirken herhangi bir dinin dünya görüşüne, ilke ve kurallarına uyulup uyulmadığına bakılmamalıdır.<sup>17</sup> Aliefendioğlu ise bu durumu, dinin kamu gücüne dayanmaması, ya da kamuda, dinsel kökenli bir düzenleme yapılmaması olarak ifade eder.<sup>18</sup> Bu kriter, devletin tüm vatandaşlarıyla yalnızca “vatandaş” olmaları hasebiyle bağ kurmasını sağlar. Bu sayede eşitlik prensibi sağlanmış olur.<sup>19</sup> Elbette devletin özgürlük, adalet, eğitim ve sağlık konuları gibi doğrudan müdahil olması gerekli olan konularda belirli bir politikayı benimsemesi gerekir. Burada tarafsızlık acil bir ihtiyaç olmayabilir.<sup>20</sup> Buna karşın vatandaşların üzerinde uzlaşma sağlayamadığı ve sağlama imkânının da sınırlı olduğu (Hristiyan ya da İslam kültürü, felsefi ya da diğer hayatı kuşatıcı olan görüşler bakımından) belirli bir “iyi” anlayışı devlet tarafından açıkça belirlenmemelidir.<sup>21</sup> Aksi halde devlet belirli bir yaşam tarzını dikte ediyor demektir.<sup>22</sup> Devletin tarafsız kalması, dindar çoğunluğun azınlık karşısında bir baskı unsuru olarak belirmesini engeller. Bu nedenle de devletin tarafsızlığını muhafaza edebilmesinin en temel yollarından biri çoğulculuğu teşvik etmekten geçmektedir.<sup>23</sup> Bu çoğulculuk dini aidiyetlerin çeşitlenmesi şeklinde

<sup>17</sup> Kuçuradi, (2001), s. 217.

<sup>18</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “Laiklik ve Laik Devlet”, Laiklik ve Demokrasi, Der. İbrahim Kaboğlu, İmge Kitabevi, 2001, ss. 73-128, s. 76.

<sup>19</sup> Robert Audi, *Religious Commitment and Secular Reason*, New York, Cambridge University Press, 2000, s. 33; Robert Audi, “The Separation of Church and State and the Obligations of Citizenship”, *Philosophy and Public Affairs*, 1989, Vol. 18, No. 3, pp. 259-196, s. 262-265; Hakan Mertcan, “Karşılaştırmalı Olarak Türkiye’de Laiklik”, *Atatürk Dil Kültür ve Tarih Kurumu*, <https://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/Mertcan-Hakan-Kar%c5%9eILA%c5%9etirnalı-olarak-T%c3%9cRK%c4%b0YE%e2%80%99DE-LA%c4%b0KL%c4%b0K.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.10.2020), ss. 305-327, s. 311.

<sup>20</sup> Hatta pek çok liberal demokraside devletin resmi olarak benimsediği din veya mezhepler de bulunmaktadır. Örneğin İngiltere bunlardan bir tanesidir. Kraliçe resmi olarak kilisenin başıdır. Bununla birlikte bu tür tercihlerin açıkça belirli bir din ya da mezhebe ayrıcalık tanımak mı yoksa bir geleneğin devamı mı olduğu belirleyici olacaktır. İlki liberal demokrasi için kabul edilemez iken ikinci hususu doğrudan reddetmemek gerekir. Eğer devletin eylem ve işlemlerinde diğer mezheplerden ya da dinlerden olan vatandaşlara karşı bir ayrımcılık söz konusu değil ve devlet açıkça liberal demokratik değerlere bağlı ise tarafsızlık kriteri sağlanabiliyor demektir. Dolayısıyla devletin açıkça bir dini benimsemesi doğrudan eşitlik prensibinin ihlali anlamına gelmez. Michael Perry, *Religion in Politics*, Oxford University Press, New York, 1997, s. 17; Audi, (2000), s. 37-38.

<sup>21</sup> Bkz. Strauss, (2011), s. 223.

<sup>22</sup> Audi, (2000), s. 59-63.

<sup>23</sup> Audi, (2000), s. 39-40.

olabileceği gibi diğer felsefi düşüncelerin de yaygınlaşmasına rıza gösterilmesi ile de sağlanabilecektir.<sup>24</sup>

## 2. Bireycilik ve Akılcılık

Laikliğin liberal demokrasi ile doğrudan ilişkili iki yönü daha bulunmaktadır: bireycilik ve akılcılık.<sup>25</sup>

Liberal demokrasi anlayışında birey, dışardan bir baskı görmeksizin ve kendisine belirli bir hayat anlayışı dayatılmaksızın, kendi hayatı ile ilgili gerçekleri, doğruları, inançlarını kendi keşfetmeli, kendi doğruları ile yaşayabilmelidir. Bu anlayış, liberalizmin bireycilik anlayışını ifade eder. Kişi kendisi için neyin iyi olduğuna karar verme yetkisine ve yetisine sahip olmalıdır. Bu noktada, John Stuart Mill'in şu ifadeleri önem kazanmaktadır:

*"Bireye, maddi ya da manevi olsun, kendi hayrı için müdahale yeterli bir gerekçe değildir. Hiçbir kimse, bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, sırf böyle yapması onun için hayırlı olacaktır diye, onu daha mesut kılacaktır diye, başkalarının düşüncelerine göre böyle yapması akıllıca yahut doğru olacak diye mecbur edilemez."*<sup>26</sup>

Öyleyse devletin birey üzerinde bir tahakkümü kabul edilemez. Çünkü devletin vazifesi "iyi insan" yetiştirmek değildir. Vatandaşlar için devletin sağlaması gereken şey herkesin yaşamını korumasını ve geliştirmesini sağlayacak araçlara ulaşma imkânıdır. Kişinin kendi hayatını belirleme yönündeki bu özerkliğine devletin iyi insan yetiştirmek amacıyla, hele ki bu tahakkümünün kaynağı dini olarak, müdahalede bulunması devletin tarafsızlığını doğrudan ihlal edecektir.<sup>27</sup>

Akılcılık, devlet görevlilerinin eylemlerinde belirli ölçüde anlaşılabilirlik, kabul edilebilirlik, akıl ile kuşatılabilirlik bulunmasıdır. Bir argümanın akıl ile kuşatılabilir olması için belirli bir şablon vardır. Rawls'a göre bunlar; muhakeme, anlamlandırma ve delillendirme.

<sup>24</sup> David Hollenbach, "Contexts of the Political Role of Religion: Civil Society and Culture", *San Diego Law Review*, 1993, Vol. 30, No. 4, 877-901, s. 878-879.

<sup>25</sup> Kent Greenawalt, "Religious Convictions and Political Choice", Oxford University Press, New York, 1988, s. 21.

<sup>26</sup> John Stuart Mill, *Hürriyet Üzerine*, Çev. Osman Dostel, Sadeleştiren Ömer Çaha, Liberte Yayınları, 2009, s. 56; Strauss, (2011), s. 217-218, 262-263.

<sup>27</sup> Audi, (2000), s.83-84; Greenawalt, (1988), s. 22-23; Aliefendioğlu, (2001), s. 84.

Ancak bu unsurları barındıran bir argüman üzerine konuşulabilir bir argüman olarak ortaya çıkabilir. Bunlar olmaksızın ortaya atılan her argüman ancak söylev olarak kalacaktır.<sup>28</sup>

Pozitif bilimin tüm yönleri ile ispatlayarak ortaya koyabileceği bir husus üzerinde herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır.<sup>29</sup> Bu noktada doğruluğu ya da yanlışlığı ortaya konulacak bir mesele bulunmamaktadır. Fakat pozitif bilimin doğrudan sonuçlar üretmediği durumlarda bir argümanın anlaşılabilir ve erişilebilir olması için halkın geneli tarafından kabul edilen ve sağduyu (common sense) ile tespit edilebilen, müzakerecilerin her biri tarafından paylaşılan öncüller (shared premises) önemli bir yer tutmaktadır.<sup>30</sup> Bunun anlamı, sosyal hayatın gerektirdiği diğer toplumsal ilişkilerin düzenlenmesi bakımından müzakerecilerin demokratik bir tartışmada tüm vatandaşların ikna olacağı bir argüman ortaya koyması isteniyorsa, bu argümanın özel bir öğrenim ya da yetkinlik gerektirmeksizin makul her vatandaş tarafından anlaşılabilir bir formda sunulması gerektirir.<sup>31</sup> Örneğin insan

<sup>28</sup> John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1995, s. 220.

<sup>29</sup> Örneğin Covid-19 hastalığının nefes yoluyla bulaştığının ve hızla yayılarak olumsuz sonuçlara yol açtığı bilim adamları tarafından ispat edilmesi sonrasında tüm vatandaşlara diğer vatandaşların yaşam hakkını tehlikeye atmamaları için maske takma zorunluluğunun getirilmesi böyle bir durumdur. Bilim insanları meselenin tıbbi yönünü ortaya koymuşlardır. Bu nedenle konunun hukuki veçhesi ayrı bir müzakereyi gerektirmeyecek bir açıklıktadır. Bu anlamda AİHM'in yakın zamanlarda vermiş olduğu ve çocukların bulaşıcı hastalıklardan korunması amacıyla zorunlu aşı öngörülmesinin, ailelerinin bu aşığı reddetmesi durumunda ise çocukların okul öncesi eğitime kaydedilemeyeceklerinin hukuken düzenlenmesinin özel hayatın gizliliği hakkını ihlal etmediğine yönelik kararı da bu tür bir akıl yürütmeye dayanmaktadır. Kararında AİHM zorunlu aşının bulaşıcı hastalıklar karşısındaki önleyiciliğine değinen bilim insanlarının değerlendirmelerine de doğrudan göndermede bulunmuştur. Bkz. *Case of Vavřička and Others v. The Czech Republic*, Applications nos. 47621/13 and 5 others, 8/4/2014, parag. 306-311.

<sup>30</sup> Rawls, (1995), s. 224; Kent Greenawalt, "Religious Convictions and Political Choice: Some Further Thoughts", *DepPaul Law Review*, 1990, pp. 1019-1045, s. 1022; Greenawalt, (2007), s. 447; Andras Sajó, "Preliminaries to a Concept of Constitutional Secularism", *I Con*, 2008, Vol. 6, No. 3, pp. 605-629, s. 610-611.

<sup>31</sup> Zira sağduyu (common sense) özel bir yetenek gerektirmeyen, herkes tarafından tatbik edilen muhakeme yeteneği olarak tanımlanmaktadır. Düz, sıradan iyi muhakemedir. Bkz. *Free Dictionary*, <https://www.thefreedictionary.com/Common+Sense>, (Erişim Tarihi: 10.4.2021). Ayrıca şeyler üzerinde pratik bir şekilde düşünme anlaşılabilir kararlar verme kabiliyeti olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. *Oxford Learned Dictionaries*, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/common-sense?q=common+sense>, (Erişim Tarihi:

haklarına, yani insanın eylem alanına bir sınırlandırma getirebilmek için ya bu eylemin bireyin bizatihi kendisine veyahut başkalarına zarar vereceği ortaya konulmalıdır. Örneğin hiç kimse yaralanmak ya da öldürülmek istemez, malı çalınсын ya da hasta olsun da istemez. Ayrıca yanlış bilgilendirildiği bir eylemin sonucu olarak akıl sağlığını kaybetmek ya da delirmek de insanların sağlıklı iken tercihleri arasında pek bulunmaz.<sup>32</sup> Öyleyse bir eylemin bu tür kötü sonuçlar üreteceği ya da üretme ihtimalinin kuvvetli olduğu ortaya konulabilirse insan eylemlerine sınır getirilebilir. Bu durumda bireyler hiçbir çaba harcamaksızın bu eylemin neden sınırlandırıldığını anlar. Ayrıca bu şekildeki paylaşılan öncüllere başvurmanın önemli bir yönü de tartışma ortamına katkı sağlamasıdır. Zira bu argümanların yanlış olduğunu düşünen muhalif grup, kullanılan argümanı kolayca anlayabildiği için yanlışlığını da farklı sorular vasıtasıyla sınavabilir ya da karşıt bir argüman sunabilir.<sup>33</sup> Örneğin sigara içmenin kişinin sağlığına zararlı olduğunu, dolayısıyla yasaklanması gerektiğini öne süren bir politikacı paylaşılan öncüllere dayanıyordur. Çünkü insan sağlığının önemi ve korunması gerekliliği herkesçe kabul edilir. Buna karşın karşıt bir politikacı da sokak lezzetlerinin pek çoğunun da sağlığa zararlı olduğu bilinmesine karşın yasaklanmıyor, yasaklanması dahi düşünülüyor oluşu karşısında sigaranın tek başına ve tamamen yasaklanmasının kişilerin özgür tercihlerine orantısız bir sınırlandırma olduğunu ileri sürebilir. Böylece tüm müzakerecilerin birbirlerine karşı yönlendirdikleri argümanlar ortak, paylaşılan öncüllere dayanmaktadır.

Öyleyse akılcılık; mantık, sağduyu ve bilime dayanmayı şart koşar. Bağlılık ve inanca dayanan kişisel sezgilere, vicdana, hislere, tahhütlere, gelenek ve otorite gibi olgulara dayanmayı reddeder.<sup>34</sup> Zira kişisel inancını ya da sezgilerini öne süren bir kişinin muhatabından bekleyebileceği tek şey anlaşılma değil, “inanılmaktır”. Politik bir

10.4.2021); Türk Dil Kurumu ise sağduyu kavramını “doğru, akla uygun yargılar verme yeteneği, akıselim, hisselim” şeklinde tanımlamaktadır. Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.4.2021).

<sup>32</sup> Thomas Nagel, “Moral Conflict and Political Legitimacy”, *Philosophy & Public Affairs*, 1987, Vol. 16, No. 3, 215-240, 224.

<sup>33</sup> Nagel, (1987), s. 232.

<sup>34</sup> Greenawalt, (1988), s. 24; Aliefendioğlu, (2001), s. 84; Ergun Özbudun, “Atatürk ve Laiklik”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1992, C. 8, Sa. 24, 429-438, s. 437; Ergil, (2001), s. 6; Strauss, (2011), s. 257-258.

müzakerede ise beklenti kişinin argümanını güçlendirmek için sunduğu delillerin doğruluğunun kabul edilmesi ya da en azından yanlışlanmamasıdır.<sup>35</sup>

Yasaların akla uygunluğunun en önemli sonucu bireylerin huzursuz olmaksızın devlet tarafından alınan kararlara itaat etmeleridir. Özellikle bireyin temel hak ve özgürlüklerini sınırlamaya yönelik kararlar, bireyi ikna edecek ölçüde açık ve ikna edici olmalıdır.<sup>36</sup> Aksi halde devletin bireye belirli bir yönde davranmayı dayatması söz konusu olur.<sup>37</sup> O zaman hükümet, gündelik yaşamı düzenleyen ve icrai niteliği olan hukuk normları ihdas ederken ve uygularken, bu kuralın kendisine uygulanacak kişiler tarafından kabul edilebilir ve meşru olarak görülmesini sağlamalıdır.<sup>38</sup> Bu durum, liberal demokratik teoride “kamusal akıl” kavramı ile karşılanmaktadır.<sup>39</sup>

### B. Dini Argüman Kullanılmasına Karşı Görüşler

Bu başlık altında, liberal anayasal bir düzen içerisinde yasama ve yürütme görevlilerinin kanun ve kararlarını meşrulaştırmak noktasında neden dini argümanları kullanmamaları gerektiği incelenmektedir. Görüleceği üzere bu çıkarımların büyük bir kısmı yukarıda ele alınan tarafsızlık, bireycilik ve akılcılık unsurlarından türetilmektedir. Bu görüşler çalışmanın geri kalanında, her bir başlık altında incelenen aksi yöndeki görüşlerin yorumlanması bakımından da temel teşkil etmektedir.

<sup>35</sup> Nagel, (1987), s. 232.

<sup>36</sup> Ancak bu siyasi bakımdan kişisel hirs ve menfaatlerin takip edilmesini ortadan kaldırmak demek değildir. Elbette bireyler kişisel menfaatleri çerçevesinde eyleyebilir. Fakat akılcılık, bireylerin, özellikle de politikacı ve kamu görevlilerinin, kişisel hirs ve menfaatlerini elde etmek için alacakları kararları diğer bireylere dayatmalarına engel oluşturur. Yani birey için menfaat söz konusu olsa da alınan kararların toplum açısından akla uygun ve kabul edilebilir olması önemlidir. Robert Audi, “The Place of Religious Argument in a Free and Democratic Society” *San Diego Law Review*, 1993, Vol. 30, No. 4, pp. 677-702, s. 689-690.

<sup>37</sup> Greenawalt, (1988), s. 24.

<sup>38</sup> Derek H Davis, “Religion and the Abuse of Judicial Power” , *Journal of Church and State*, 1997, Vol. 39, No. 2, 203-214, s. 211; Jürgen Habermas, “Religion in the Public Sphere” , *European Journal of Philosophy*, 2006, Vol. 14, No. 1, s. 4.

<sup>39</sup> Detaylı bilgi için Bkz. Jonathan Quong, “Public Reason” , *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/public-reason/>, (Erişim Tarihi: 3.3.2021).



## 1. Dini İddialar Çoğulcu Bir Toplumda Herkes İçin İkna Edici Değildir

Günümüzün liberal demokrasileri önemli ölçüde çoğulcu yapıdadır. Öyle ki belirli bir dini görüşün toplumun ezici çoğunluğunu oluşturması güçtür.<sup>40</sup> Bu nedenle belirli bir dinin ya da dini topluluğun sahibi olduğu “iyi” anlayışının ve belirli bir kalıp içerisinde yaşamayı gerektiren anlayışlarının toplumun geri kalanı için de aynı ölçüde anlamlı olması güçtür. Çünkü inanç olgusu temelde kişisel tecrübeye dayanmaktadır.<sup>41</sup>

Bir tecrübenin politik alanda savunulabilir bir iddiaya dönüşebilmesi için, o tecrübenin başkasına aktarıldığında, bu kişinin söz konusu tecrübenin doğruluğundan şüphe etmeyeceği açık olmalıdır. Ayrıca kişisel tecrübe kendisine aktarılan kişi, kendisi ile iletişim kuran kişinin dürüstlüğüne güvenebilir fakat bu tecrübeyi kendisi bizzat müşahede etmediğinden doğruluğu ya da en azından tamamen doğruluğu hakkında tecrübeyi yaşayan kadar emin olamaz.<sup>42</sup> Yani kişisel tecrübe, aktarılan kişi açısından aynı etkiyi doğuramaz. Kendi tecrübesini ileri sürecek olan kişi, bu tecrübeye, bu tecrübeyi yaşamamış olan kişilerin atfedeceğinden daha fazla anlam yüklememelidir. Çünkü bir kişinin öznel tecrübesi nihayetinde yalnızca bu kişilerin yaşamlarını etkilemektedir.<sup>43</sup> Elbette bu tecrübe, belirli metotlar vasıtasıyla inanmayan-

<sup>40</sup> Amerika’daki inanç çeşitliliği için Bkz. Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019, s. 317 (dipnot 645).

<sup>41</sup> Greenawalt’a göre dindarlar genel olarak dini görüşlerinin inanmayanlar tarafından da erişilebilir olduğunu kabul eder. Bunu ispatlamak için temelde üç görüş ileri sürülmektedir. Bunlar evrenin mükemmel bir nizama sahip olmasından dolayı bir yaratıcının var olması gerektiği, peygamberler tarafından Allah’ın yardımıyla gerçekleştirilen mucizelerin varlığı ve dine uygun yaşayan insanların yaşantılarının inanmayanlar tarafından da tasdik edilmesidir. Kabaca ifade edilen bu varsayımlar inanmayan kişilere aktarıldığında karşılaşılabilecek tepkiler bir kenara, pek çok dindar insan dahi kabul etmektedir ki tam anlamıyla dini bir bakış açısına sahip olabilmek için, yani kâmil bir mü’min olabilmek için daha kişisel seviyede bir tecrübeye ihtiyaç duyulmaktadır. Dini tecrübenin aktarılması ise ağırlıklı olarak aklın ve rasyonalitenin araçlarından ziyade, sanat, metafor, mistik dil ve ritüellere dayanmaktadır. Bkz. Kent Greenawalt, “Grounds for Political Judgement: The Status of Personal Experience and the Autonomy and Generality of Principles of Restraint”, *San Diego Law Review*, 1993, Vol. 30, No. 4, pp. 647-675, 650-652; Frederick Mark Gedicks, Roger Hendrix, “Democracy, Autonomy, and Values: Some Thoughts on Religion and Law in Modern America”, *Southern California Law Review*, 1987, Vol. 60, pp. 1579-1619, s. 1604.

<sup>42</sup> Greenawalt, (1993), s. 656-657.

<sup>43</sup> Greenawalt, (1993), s. 659.

lara aktarılabilir. Hatta bir ölçüde, akıl ile bütünüyle kavranamasa da, bu tecrübeye sahip olmayanlar tarafından anlaşılabilir. <sup>44</sup> Ancak argümanlarını bu tecrübeye dayandıran kimselere yaptığı etki ve inandırıcılığın aynı kuvvetle bu tecrübeye sahip olmayanlara da ulaştığı söylenemez. <sup>45</sup> İşte dini iddialar da Greenawalt'a göre kişisel tecrübeye dayanır ve bu tecrübe tekrar edilebilir değildir.

Bu noktada Jeremy Waldron'un karşı tarafa izah edilemez bir husus olarak verdiği örneği konuyu açıklayıcı görünmektedir. Yazar, işkencenin devlet tarafından kullanımına karşı olunması ile ilgili olarak ortaya çıkan "*İşkence Karşıtı Bir Evanjelist Bildirge (An Evangelical Declaration Against Torture)*" içerisinde yer alan şu cümleleri incelemektedir:

*"Dirilme (incarnation), (...) yaratımın kırıkları vasıtasıyla hareket eden bir Tanrı ortaya çıkarır. (...) (Bu) Tanrı ve insanlık arasındaki boşluğun mucizevi bir şekilde giderilmesidir. Bu andan itibaren, zevkleri ve kederleri ile insan tecrübesi Tanrı Kişisi (The Person of God) üzerine yazılmıştır. ...Bu Kutsal Ruh (The Holy Spirit), kelimelerle anlatılamayacak kadar derin görgüler ve inlemeler ile de insanın acılarına (human pathos) katılır. İşkence görenin çılgınlıkları çok gerçek bir hissiyat içerisinde (...) (aynı zamanda) bu Ruh'un çılgınlığıdır."*<sup>46</sup>

Waldron'a göre, biz eğer yalnızca bu metni esas alarak işkence karşıtı bir tutum sergileyecek isek, Kutsal Ruh inancını benimsemeyen Müslümanlar ile Yahudiler bu açıklamadan yeterince tatmin olmayacaktır. Ayrıca dindar olmayan sekülerler için bu açıklama bir "kuru gürültü" gibi gelecektir. Çünkü aklen ispatlanamaz. <sup>47</sup> Açıktır

<sup>44</sup> Nagel aksi yönde düşünmektedir. Ona göre bir kamusal tartışmada taraflardan birinin sunduğu gerekçeler, karşı tarafındakilerin onun sunduğu gerekçeleri anlayabilmesine imkân tanıyabilmelidir. Fakat dini inanç ya da vahye dayanan gerekçeler ileri süren bireyin gerçekte bu gerekçelerden ne hissettiği ya da bunların doğruluğuna ilişkin inancı, karşı tarafa aktarılabilir değildir. Çünkü inancın kişiselliği bunu aktarılabilir kılmayı engellemektedir. Bkz. Nagel (1987), s. 232.

<sup>45</sup> Jeremy Waldron, "Two Way Translation The Ethics of Engaging With Religious Contributions in Public Deliberation", Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working PaperNo: 10-84, 2010, 5; Greenawalt, (1993), s. 656.

<sup>46</sup> Waldron, (2010), s. 5

<sup>47</sup> Waldron, (2010), s. 5; Strauss'a göre dini iddiaların herkes açısından ikna edici olmamasının bir yönü bu iddiaların ispatlanamaz niteliğindedir. İlahi emirler, vahiy, ispatlanabilir nitelikte değildir. Benzer şekilde peygamber mucizeleri de kanıtlanabilir olmadığı gibi kehanetler de sorgulanabilir. Bu nedenledir ki yaratıcı, ispatlanmayı değil iman edilmeyi beklemektedir. Hukuk normları ve bu normların pratikleri ise ancak gün ışığında herkes tarafından tecrübe edilmiş olanlar



ki kutsal ruhun varlığı bir inanç meselesidir. Dolayısıyla kişisel tecrübeğe dayalıdır ve karşı tarafa aktarılabilir değildir. O zaman da politik alanda kullanılabilir bir argüman olmaktan çıkar. Müzakerecinin ilahi bir kaynağa dayanan ve kendisinin öznel tecrübesi dolayısıyla benimsediği bir davranış normunu, bu tecrübe ne kadar kuvvetli olursa olsun sadece bu yönüyle, başkasının da kabul edeceğinden yola çıkarak dayatması bu nedenle açıkça yanlıştır.<sup>48</sup> Yani dini tecrübeğe dayanan bir gerekçelendirme ile alınan bir karar veya kanunun neden kabul edildiği ancak bu dini tecrübe ile izah edilebiliyor ise burada makul bir şekilde gerekçelendirilmiş bir karar ya da kanun söz konusu değildir.<sup>49</sup>

Greenawalt yine de rasyonalite ile inanç arasında sınır çizmenin kolay olmadığını da farkındadır. Bu hususta toplumun içerisinde bulunduğu şartlar ya da kişisel tecrübenin niteliği de önemlidir. Belirli bir toplumun geneli, ortak sezgiler vasıtasıyla akla yatkın gördüğü inanca ve tecrübeğe dayalı argümanları rasyonel olarak kabul edebilir.<sup>50</sup> Bu değerlendirmeler, sağduyu ya da paylaşılan öncüller kavramları ile de uyumludur. Dindar bir toplumda din, insan eylemini ve toplumsal davranışları etkiler. İşte tam da bu noktada bir dengeleme söz konusu olacaktır ve devletin tarafsızlığı, hukuki olarak sosyal yapıyı düzenlerken karşılaştığı toplumsal olgular karşısında tekrar test edilecektir. Özellikle semavi dinler, toplumsal yapıyı köklü bir şekilde etkilemiştir ve bu yönüyle sosyal gerçeklikleri vardır. Bu gerçeklik, toplumun ahlak anlayışını etkiler.<sup>51</sup> Bu sosyal gerçekliklerin, hukuki düzenlemeler yapılırken ya da bu düzenlemeler icra edilirken doğrudan olmasa bile

---

üzerine inşa edilebilir. Strauss, Sezar ve Brütüs örneğini vermektedir. Hem lehe hem de aleyhe tavır almış kişiler Brütüs'ün Sezar'a ihanetini ortaya koyabilmektedir. Buna karşın vahyin ilahi olarak gelmiş emirler olduğu ispat edilebilir bir olgu değildir. Benzer şekilde düşünürü göre vahiy ile ilgili olarak "sözde vahiy" nitelemesi yapılabilirken somut bir olgu olan savaşlar ile ilgili olarak "sözde savaş" gibi bir niteleme yapılamamaktadır. Leo Strauss, "The Mutual Influence of Theology and Philosophy", *The Independent Journal of Philosophy*, 1979, Vol. 3, pp. 111-117, s. 114-116.

<sup>48</sup> Greenawalt, (1993), s. 656-659.

<sup>49</sup> Greenawalt, (1990), s. 1031.

<sup>50</sup> Kent Greenawalt, *From the Bottom Up-Selected Articles*, Oxford University Press, New York, 2016, s. 20-22; Greenawalt, (1993), s. 661.

<sup>51</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019, s. 28 (dipnot 23).

dolaylı olarak etki edebileceğini kabul etmek gerekir.<sup>52</sup> Çünkü devlet, dini olgular ile her daim karşılaşmak durumunda kalır. Bakırcı'nın ifadesiyle "hukuk düzeni ile dini sistemler arasında, yer yer, açık ya da örtülü birbirine karışmalar görülür. Sosyal kültürde var olan dini değerler, hukuk düzenlerini, hukuk politikalarını da etkiler."<sup>53</sup> Yani bir hukuk kuralının dini meşrulaştırılması yapılamaz, ancak dini kaidelerin ve özellikle vatandaşların önem attığı dini normların göz ardı edilmesi de çoğu zaman mümkün olmamaktadır.<sup>54\_55</sup>

Her şeye rağmen din toplumu şekillendiren ve kültürün çoğulcu yapısına katkı sağlayan değerler arasında yer alsa da, dini argümanlar söz konusu dinin inananları dışındakileri ikna etme gücüne sahip değildir.<sup>56</sup> Hele ki farklı dini gruplar arasındaki uzlaşmanın zayıf olduğu bir toplumda, dini gerekçeler kullanılarak karar alınması ve politikalar üretilmesi, var olan birlikteliğin ahenginin bozulmasına ve dinin kendisinin çatışma unsuru haline gelmesine sebep olacaktır. Bu nedenle özellikle dinin kullanımı açısından karar alım yöntemlerine bazı sınırlandırmaların getirilmesi bu çatışma ve huzursuzluğu asgariye indirecektir.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Örneğin Yargıtay tarafından İslam hukukunun bir kurumu olan "mehir" olgusunun hukuken "bağış" kapsamında meşru kabul edilmesi, dinin, toplumsal yönü itibarıyla hukuka olan etkilerinden biridir. Dikkat edilirse söz konusu uygulamada dine uygunluğu çerçevesinde değil, sıklıkla tatbik edilen toplumsal bir gerçekliği olması ve pratiği itibarıyla bağış ile örtüşmesi dolayısıyla meşru kabul edilmektedir. Bu yöndeki etkileşim ise oldukça doğaldır. Aksi gerçekçi olmayacağı gibi, dinin belirgin bir şekilde etkilediği bir toplumsal gerçeklikten kopuk bir hukuk anlayışının dayatılması, devletin laiklik adı altında ama laiklik aleyhine tarafsızlığını ihlal etmesi anlamına dahi gelecektir. Özgenç (2019), s. 32; Ayşe Nur Kılınc, Ahmet Kılınc, "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 10 Sa. 1, ss. 103-118, s. 104-109; Mustafa Erdoğan, "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü", *Liberal Düşünce Dergisi*, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/1982-anayasasında-din-ozgur-lugu-mustafa-erdogan,189.php>, (Erişim Tarihi: 27.10.2020), 2000, C. 18, s. 109.

<sup>53</sup> Bakır Çağlar, 'Türkiye'de Laikliğin "Büyük Problem"i Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine', *Cogito (Laiklik)*, 2018, ss. 111-119, s. 114-115.

<sup>54</sup> Mertcan, (tarihsiz), s. 311.

<sup>55</sup> Bu husus aşağıda "6. İnsan Hakları Soyut Kavramlarla Sınırlanabilir ve "E. İnsan Hakları ve Demokrasi Düşüncesi ile Dini Argümanların Uyuşabiliyor Oluşu" başlıkları altında detaylıca incelenecektir.

<sup>56</sup> Greenawalt, (2007), s. 447; Benzer yönde Lawrence B. Solum, "Faith and Justice", *DePaul Law Review*, 1989, Vol. 39, 1083-1105, s. 1093.

<sup>57</sup> Greenawalt, (1993), s. 674-675.

## 2. Din Alternatif Kabul Etmez, Tüm Hayatı Kuşatıcıdır

Din tüm hayatı kuşatıcıdır. Bu açıdan din, bireyin hayatının tüm safhasında nasıl davranması gerektiğine ilişkin bir şablon çizer. Devletin bir dini rehber edinmesi durumunda bu şablonu tüm vatandaşlarına dikte etmesi gerekecektir. Bu durumda devletin bireye neyi yemesi, içmesi, giymesi gerektiği, kiminle aşk yaşayabileceği ya da yaşayamayacağı, neleri söyleyebileceği ya da bunlardan hangilerini yapamayacağını belirlemesi gerekecektir. Liberal devlet ise bireyin özerkliğini koruma altına almalıdır. Bu nedenle de devlet, özel hayata müdahale niteliğindeki kararlardan kaçınmalıdır. Birey, özel hayatını yalnızca *karşılıklı saygıya* dayalı *sosyal ilişkileri* çerçevesinde geliştirmelidir. Yani bireyi kısıtlayan tek ahlakilik, başkalarının haklarına saygı duymak şeklindeki adalet prensibi olmalıdır.<sup>58</sup> Bu noktada devlet elbette bazı ahlaki sorunlar ile ilgilenmek durumundadır. Ancak bunu yaparken dahi temel öncülü asla belirli bir ahlaki davranışı ya da spesifik bir *iyi görüşünü* bireye dikte etmek değildir. Aksine devletin tercih ettiği ahlakilik, kişiler arasında cereyan eden tüm sorunların *adalet* ve *karşılıklı saygı* çerçevesinde ele alınması gerekliliğidir. Bu noktada da başvuracağı kaynakların kamusal akla, yani akıl, bilim ve sağduyuya, uygun olması önemlidir.<sup>59</sup>

Dinin tüm hayatı kuşatıcı olmasının kendi içerisinde ürettiği bir başka sonuç olarak da dinin açık fikirliliği içermediği ifade edilmektedir. Özellikle semavi dinler, inananlarına belirli bir “iyi yaşam” kültürünü benimsemeyi ve bu “iyi yaşamı” yaymayı emretmektedir.<sup>60</sup> Buna

<sup>58</sup> Strauss, Hobbes tarafından öne sürülen ahlakiliğin de bu şekilde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Strauss, (2011), s. 219 vd

<sup>59</sup> Greenawalt, (2007), s. 459-460.

<sup>60</sup> İslam öğretisinde söz konusu prensip “iyiliği emretmek kötülükten men etmek” (emr-i bil ma’ruf, nehy-i anil münker) olarak yer alır. Al-i İmran Suresi, 104. ayet şu hükme yer vermektedir: “İçinizden hayra çağıran, iyiliği emredip kötülüğü meneden bir topluluk bulunsun. İşte onlar kurtuluşa erenlerdir.” Diyanet İşleri Başkanlığı Kur’an Meali, <<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/%C3%82l-i%20%C4%B0mr%C3%A2n-suresi/397/104-ayet-tefsiri>> (Erişim Tarihi: 13 Nisan 2021; Hristiyanlık öğretisinde ise bu olgu Hz. İsa’ya atfedilen bir ayet ile izah edilmektedir. Matta 28:18-20 “İsa yanlarına gelip kendilerine şunları söyledi: “Gökte ve yeryüzünde bütün yetki bana verildi. Bu nedenle gidin, bütün ulusları öğrencilerim olarak yetiştirin. Onları Baba, Oğul ve Kutsal Ruh’un adıyla vaftiz edin. Size buyurduğum her şeye uymayı onlara öğretin. İşte ben, dünyanın sonuna dek her an sizinle birlikteyim.” İncil Meali, <https://incil.info/kitap/Matta/28>, (Erişim Tarihi: 13.4.2021).

göre dindar vatandaşlar, kamusal tartışmalara katılırken yalnızca ikna etmek amacı taşımakta, tartışmanın ulaştığı sonucun kendi inançlarına uymaması durumunda bu sonuçtan ikna olma ihtimalini yadsımaktadır. Bunun nedeni dinin dindar birinin tüm hayatını dine uygun olarak yaşamasını gerektirmesidir. Bu toplumsal yaşamında böyle olduğu gibi siyasi yaşamında da böyledir. Onun için politika, dinin tatbik edildiği alanlardan yalnızca biridir. Karar alma ve icra mekanizmalarındaki dindarlar, yetkilerini kullanırken kendi “iyi” anlayışlarını kararlarına yansıtacaklardır zira tâbi oldukları din onlara tüm işlerinde dine uygun hareket etmeyi öğütlemektedir.<sup>61</sup> Belirli bir din ya da mezhebi tercih eden devletin diğerlerini dışlaması kaçınılmazken bu durum, bireyler arasında yaşanması muhtemel dini görüş ayrılıkları ile kıyaslandığında daha yıkıcıdır. Çünkü birey, eşiti ile dini konuda anlaşamadığında bir başkası ile uzlaşması pekâlâ mümkündür. Fakat birey, devleti ile inancı konusunda uzlaşmadığında, artık devlet ile aynı dini eğilimde olan vatandaşlar ile kendisi arasında vatandaşlık bakımından bir “eşitlik” ilişkisi söz konusu olamaz.<sup>62</sup> Bu açıdan bakıldığında kamusal alan içerisindeki müzakere yapısı da ortadan kalkar. Zaten buradan hareketle Fish, “*dini görüşlere sahip biri fikirlerin pazar yerine girmek istemez, aksine onu kapatmak ister... Dindar bir kimse liberalizm ile uzlaşmak istemez; alandan kökünü kazımayı ve onu tüm yönleriyle def etmeyi arar*”<sup>63</sup> demektedir.

Bu tutum açıkça anlaşmamak üzerine kurulu bir siyasi düzen oluşturur. Bu yıkıcı etkilen kaçınmak için çözüm arayan Audi, kamusal aklın kapsamını daraltır ve yalnızca seküler gerekçenin kullanılması gerekliliğini ifade eder.<sup>64</sup> Bu noktada yazar, tartışmaya katılan tarafların ileri sürecekleri argümanların ikna edici ve rasyonel seküler argümanlara dayanması ve bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Şöyle ki dindarlar kendi görüşlerini dikte edebilmek

<sup>61</sup> Mark Modak-Truran, ‘The Religious Dimension of Judicial Decision Making and the De Facto Disestablishment’, *Marquette Law Review*, 1998, Vol. 81, No. 2, pp. 255-288, s. 263; Franklin Gamwell, ‘Religion and Reason in American Politics’, *Journal of Law and Religion*, 1984, Vol. 2, No. 2, pp. 325-342, s. 327-328; Audi, (2000), s. 68.

<sup>62</sup> Perry, (1997), s. 19; Solum, (1989), s. 1093.

<sup>63</sup> Bkz. Stanley Fish, ‘Why We Can’t All Just Along’, *First Things*, Şubat 1996, <https://www.firstthings.com/article/1996/02/001-why-we-cant-all-just-get-along>, (Erişim Tarihi: 16.9.2020).

<sup>64</sup> Audi, (2000), s. 69.

için doğrudan dine dayanmayan seküler gerekçeler bulabilirler. Ancak sadece seküler bir argüman ileri sürebiliyor olmaları onların dini bir temele dayanan görüşlerini dikte etmelerini sağlamamalıdır. İlave-ten söz konusu seküler argüman ikna edici, tek başına ortalama eğitim almış kişiler tarafından erişilebilir ve rasyonel bulunabilmelidir. Audi bunu bir adım daha ileri taşır. Ona göre seküler argümanları ileri süren dindarlar, dini argümanlarının kendilerini motive ettiğinden daha fazla bu görüşü savunmak için motive olmuş olmalıdır. Aksi halde tartışmacı, kendi dini görüşünü dikte edebilmek için sözde bir seküler argüman kullanıyor, bir anlamda tartışmanın taraflarını aldatıyor olabilir.<sup>65-66</sup> Bununla birlikte Audi'nin motivasyonun dahi seküler olmasını gerektiren bu görüşünün karar alıcıların ve uygulayıcıların niyetlerini okumaya kadar genişleme tehlikesini barındırdığı açıktır.

### **3. Alınan Kararların Dini Argümanlara Dayanması Vatandaşlar Arasında Zoraki Birliktelik Oluşturur**

Karar alma sürecinde dini argümanların kullanılması sonucunda ortaya çıkan eşitsizlik vatandaşlar arasında suni bir birliktelik oluşturur. Dost vatandaşlık olgusuyla uyuşmayan bu ilişki “zoraki birliktelik” (modus vivendi) olarak adlandırılmaktadır. Onun yerine Rawls, örtüşen konsensüs (overlapping consensus) fikrini teklif etmektedir.

<sup>65</sup> Yazar bu noktada hangi tür argümanların dini olabileceğine ilişkin olarak kürtaj meselesi üzerinden zigotun durumunu ele almaktadır. Dindarlar, zigot anne karnına düşer düşmez onun canlı olduğunu, dolayısıyla kürtajın masum bir insanın öldürülmesi anlamına geldiğini, dolayısıyla da yasaklanması gerektiğini savunmaktadır. Ancak hiçbir bilimsel veri zigotun hangi aşamada canlı olarak kabul edilebileceğini ortaya koymuş değildir. Dolayısıyla dindarlar bu noktada, argüman olarak dine atıf yapmamakta ise de ilahi kaynaklarından aldıkları ilhamla gerekçelendirmede bulunmaktadır. Yani argüman kanıt olmak bakımından seküler değil dini bir argüman olarak kabul edilmelidir. Diğer yandan yazara göre dindarlar, eğer dinleri bu yönde bir emri dikte etmese idi aynı motivasyonla bu yönde bir gerekçelendirme yapmayacaklardı. Oysaki seküler argümantasyon, ileri sürülen seküler argümanın ikna edici olmasının yanında argümanı ileri süreni tek başına bu yönde bir savunuyu yapmak noktasında motive etmelidir. Bkz. Audi, (1993), s. 689-692; Audi, (2000), s.71-75, 96-100.

<sup>66</sup> Kaldı ki ABD Yüksek Mahkemesi de Lemon v. Kurtzman kararında bir hukuki düzenlemenin ancak seküler bir amacı olduğu durumda anayasal olabileceğini kabul etmiştir. Bu karara göre bir kanun ayrıca, herhangi bir din ya da mezhebin diğerleri karşısında avantajlı ya da dezavantajlı durumda bırakılmaması ve devlet ile dinin aşırı derecede birbirine karışmasının sağlanmaması durumunda anayasa-ya uygun olacağı kabul etmektedir. Bkz. Sajo, (2008), s.624.

Buna göre radikal olanlar elendiğinde, geriye kalan makul gruplar, kendi dünya görüşleri çerçevesinde dini ve felsefi terimlere başvurma zorunluluğu hissetmeksizin, ortak terimler vasıtasıyla birbirlerini ikna edebilirler. Bu sayede belirli adalet ilkelerini rasyonel yollarla destekleyebilirler.<sup>67</sup> Aksi halde, devletin koyduğu kurallardan hoşnut olmayan kesimin bu kurallara rıza göstermeksizin, zoraki uyması, uygun bir fırsatını bulduğunda ise kendi dünya görüşünü dayatmaya çalışması gibi bir durumu ortaya çıkarır. Modern anayasal demokrasilerde elbette görüş ayrılıkları olacaktır. Zaten farklı ideolojilere mensup partilerin nedeni de budur. Fakat politikanın farklı partiler elinde bölünmesi ve çeşitlenmesi zenginlik anlamına gelirken dini gruplar arasındaki siyasi bölünme ise anayasanın koruduğu değerlere zarar veren en büyük şeytanlardan biridir.<sup>68</sup> Hatta Solum, bu anlaşmazlık durumunun derinleşmesi durumunda, 16. ve 17. yüzyıllarda görülen din savaşlarının benzerinin yaşanmasının dahi muhtemel olduğunu ifade etmektedir.<sup>69</sup>

#### 4. Laik Bir Devlette Egemenlik İlahi Bir Kaynağa Ait Değildir

Modern devletin egemenliği ilahi bir kaynağa dayanmaz. Egemenliğin sahibi halkın kendisidir.<sup>70</sup> Yani gücün kaynağı “yaratıcı” değildir. Bu durum, 1794 Fransız Ulusal Konvansiyonu’nda “Fransız halkı Tanrı’nın varlığını kabul eder.” hükmünü içeren kararname ile de ortaya konulmuştur. Yani Tanrı sayesinde devlet yoktur fakat halk iradesi sayesinde Tanrı’nın varlığı kabul edilmektedir.<sup>71</sup> Bu nedenle halk egemenliği ile laiklik arasında, en azından Fransız tecrübesi bakımından, bir yakınlık söz konusudur. Halk egemenliği, birey ile devlet arasında mevcut bulunan diğer aracı kurumları da ortadan kaldırmış olması nedeniyle laikliğin temelinde yer alan bireyin özerkleşmesine de hizmet etmiştir.<sup>72</sup> İlk bakışta, din özgürlüğünün, bireyin kendi dini

<sup>67</sup> Rawls, (1995), s. 135 vd.

<sup>68</sup> Lemon v. Kutzman, 403 U.S. 602, 612 (1971). Michael W. McConnell, “Five Reasons to Reject the Claim That Religious Arguments Should Be Excluded From Democratic Deliberation” *Utah Law Review*, 1999, No. 3, pp. 639-658, s. 641.

<sup>69</sup> Solum, (1989), s. 1095-1096.

<sup>70</sup> Aliefendioğlu, (2001), s. 75-76.

<sup>71</sup> Sajo, (2008), s. 627.

<sup>72</sup> Sajo, (2008), s. 628.



inançlarını özgürce açıklayabilmesi olduğu düşünülürken,<sup>73</sup> halkın çoğunluğunu oluşturan dine mensup olanların sayısal üstünlükleri sayesinde halk egemenliğinin kullanılmasında öncü oldukları düşünülebilir. Buna karşın bu durumda çoğunluk dinine mensup olanların dini kaideleri belirli bir formda da olsa diğer azınlıklara dayatması da söz konusu olabilir ki laikliğin amacının değişik kesimlerinin birlikte uzlaşma içinde yaşaması olduğu düşünülürken,<sup>74</sup> söz konusu dayatmanın halk egemenliği ile de çoğulculuk ile de bağdaşmadığı açıktır. Kaldı ki günümüzde basit bir çoğunluğun iradesi, yani parlamentonun iradesi, azınlıkların da haklarını koruma altına alan anayasalara uygun olduğu ölçüde halk egemenliğinin kullanılması anlamına gelmektedir.<sup>75</sup> Yani halk egemenliği ile çoğunluğun dini arasında olduğundan ziyade halk egemenliği ile laiklik prensibi arasında daha yakın bir ilişkinin bulunduğu söylenebilir.

### 5. İnsan Hakları Soyut Kavramlarla Sınırlandırılmaz

Halkın oyları ile göreve gelen yasama ve yürütme üyeleri kaçınılmaz olarak toplumun ahlakiliğinden etkilenir.<sup>76</sup> Her toplumun içinde bulunduğu şartların ürettiği bir ahlakilik vardır ve ahlaki olan davranışın toplumsal alana yansımaları arzu edilen bir olgudur.<sup>77</sup> Toplumsal düzeni sağlama amacı taşıyan ve bireylerin karşılıklı eylemlerini düzenleyen hukuk da bu tür ahlaki tercihlerden yararlanır. Bu noktada

<sup>73</sup> AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No: 2014/256, Karar Tarihi: 25/6/2014, parag. 56-58.

<sup>74</sup> AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No: 2014/256, Karar Tarihi: 25/6/2014, parag. 60.

<sup>75</sup> Anayurt, (2019), s. 659-661.

<sup>76</sup> Kelime anlamı itibarıyla seciye, huy, karakter anlamına gelir. Yani bir insanın kalıtsal olarak taşıdığı var sayılan kodları, o kişinin ahlakını oluşturur. Varsayımsal olarak her insanın taşıdığı ahlaki kodlar yaradılışı gereği aynıdır. Bu doğrultuda belirli bir toplumun ahlaki kodları bu toplumda kabul gören belirli davranış kuralları ile reddedilen, hoş görülmeven davranışlara işaret eder. Türk Dil Kurumu'na göre ahlâk, "bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kuralları, aktöre, sağtöre" anlamına gelir. Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 7.9.2020).

<sup>77</sup> Ahlak alanında iç eylem ön olana çıkar. Bu nedenle ahlaksal değerlendirme de içten dışa doğrudur. Bu nedenle bir eylemin ahlaki olup olmadığının muhakemesi kişinin vicdanı tarafından yapılır. Yani ahlaki alanda eylemin belirleyicisi bireydir. Yine de bireyin evrensel üstün ahlaki prensipler ile bağlı olduğu düşünülür. Buna karşın dış dünyaya yansıyan eylemleri hukuk ile sınırlanan birey bu alanda daha az özgürdür. Bkz. Yasemin Işıktaş, Hukuk Felsefesi, İstanbul Filiz Kitabevi, 2006, s. 506.

hukuk, ahlaki olanı korurken ahlak da hukuka saygı gösterilmesi ve itaat edilmesini temin eder. Yani hukuk ve ahlak arasında yakın bir ilişki vardır.<sup>78</sup> Din, etkili olduğu toplumları şekillendirir. Bu nedenle inananlarına yüklediği emir ve yasaklar, bir bütün olarak toplumun davranış şekillerini belirler. Dolayısıyla dinden kaynaklı bir ahlak anlayışı gelişmesi doğaldır.<sup>79-80</sup> O zaman din, toplumun ahlak anlayışı vasıtasıyla hukuku etkileyebilir. Bu noktada temel hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlandırılabilceği meselesi, özellikle ele alınmalıdır.

Toplumsal ahlak denilen olgu bir eylemin sınırlandırılabilmesi için gerekli ise de yeterli bir meşruiyet kaynağı değildir.<sup>81</sup> Bir kere bu noktada yalnızca seküler argümanlar kullanılmalıdır. Kullanılabilecek seküler argümanlar ise söz konusu eylemden dolayı ortaya bir *zararın çıktığını* ya da *bir başkasının hakkının ihlal edildiğini* ispat edebilmelidir.<sup>82</sup> Yoksa insan eylemini sınırlandırmanın gerekçesi bu eylemin sadece ahlaken yanlış olması ya da toplumun ahlakının korunması gibi soyut gerekçeler olamaz. Soyut bir ahlak anlayışı, yasaklayıcı bir hukuk kuralı için meşrulaştırıcı bir argüman değildir.<sup>83</sup> Örneğin küçük yaş-takiler ile evlilik, ergin olmayan ve tek başına doğru ve yanlış ayırt edemeyen küçüğü korumak için yasaklanabilir iken fuhuş ise ancak kamu sağlığını etkilediği ölçüde ya da taraflardan birinin rızasının olmadığı durumlarda sınırlandırılmalıdır. Eşlerin cinsel münasebetleri yasak değilken örneğin parkta bunu icra etmeleri, bu birlikteliğe tanık

<sup>78</sup> Özgenç, (2019), s. 32; Işıktaş, (2006), s. 504-505; Audi, (1989), s. 293.

<sup>79</sup> Özellikle semavi dinler bakımından bu iddianın daha da ileri taşıdığı görülmektedir. Zira semavi dinler, evrensellik iddiası taşımaktadır. Bu bağlamda Hristiyan ve İslam geleneği, evrensel ahlak ilkelerinden bahsetmekte, evrensel ahlak ilkelerinin tek kaynağının da İlahi Risalet olduğu vurgulanmaktadır. Bu evrensel ahlak ilkeleri, hukuka öngelen prensiplerdir ve hukuku etkiler. Bu görüşü savunanlara göre bir devlet, bu evrensel ahlak ilkelerinin işaret ettiği davranış normlarını yasalastırdığı ölçüde hukuk devletidir. Bkz. Özgenç, (2019), s. 28 (dipnot 23).

<sup>80</sup> Bu bağlamda İngiltere gibi Hristiyan toplumun ahlak anlayışının Hristiyan geleneklerinin, İran ya da Türkiye gibi müslüman nüfusun yoğun olduğu bir toplumda ise İslami ahlak anlayışının gelişmesi olasıdır. Benzer yönde Bkz. T. A. Roberts, "Law, Morality and Religion in a Christian Society", *Religious Studies*, 1984, Vol. 20, No. 1, ss. 79-98, s. 80.

<sup>81</sup> Bu yöndeki ABD Yüksek Mahkemesi kararları için Bkz. Daniel F. Piar, "Morality as a Legitimate Government Interest", *Penn State Law Review*, 2012, Vol. 117, No. 1, pp. 139-169, s. 142-147,

<sup>82</sup> Mill (2009) 56; H.L.A Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, 3. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2014, s. 38-39, 48-49; Özgenç, (2019), s. 33-34.

<sup>83</sup> Hart, (2014), s. 27-28.



olmak istemeyen, özellikle küçük yaştakilerin, tanık olmak zorunda bırakılmaları nedeniyle zarar ortaya çıkardığı gerekçesiyle yasaklanabilir. Ancak dini ya da dinin etkilediği bir toplumsal ahlakilik anlayışı dolayısıyla bireyin eylem alanının sınırlandırılması, doğruyu ve yanlışlığı kendi başına ayırt edebilen bir vatandaşın, arzu etmediği bir hayat anlayışı doğrultusunda yaşamaya zorlanması olacaktır.

Belirli bir eylemin dinden bağımsız da olsa ahlakiliğinin tespit edilebiliyor oluşu bu eylemin doğrudan yasaklanabilir olması gerektiği anlamına gelmez. Zira davranış normuna aykırı her davranış, ahlâka aykırılık teşkil ederken bu eylemin aynı zamanda hukuka aykırı olabilmesi için toplumdaki hâkim düzeni bozucu nitelik taşıması gerekmektedir.<sup>84</sup> Yani sadece ahlaka aykırılığı öne süren hiçbir gerekçe, bir eylemi hukuken yasaklamak için yeterli değildir.<sup>85</sup> *Hukuki zorlamanın bizatihi kötü bir şey olduğu düşünüldüğünde, bu zorlamayı meşru kılacak ve onu dengeleyebilecek bir iyiliğin (ya da hakkın) tespit edilebilmesi gerekir.*<sup>86</sup> Bunun yerine somut olarak bireylerin yaşayacağı zarar ya da

<sup>84</sup> Örneğin yalan söylemek ahlaki bir davranış değildir fakat hukuk alanında bu yalanın yasaklanabilmesi için bir başkasının hukukuna etki ediyor olması gerekir. Bu kapsamda iftira, suç tasnii, yalan şahitlik, hile, sahtekârlık ve dolandırıcılık gibi fiiller suç olarak düzenlenmektedir. Bkz. Özgenç, (2019), s. 33-34.

<sup>85</sup> Elbette bu yöndeki görüş, çalışmamızda temel alınan görüştür. Yoksa söz konusu çıkarım, hukuk felsefesinin temel problemlerinden birini oluşturmaktadır. Örneğin Lord Devlin, nasıl ki vatana ihanet başlı başına bir suç ve cezalandırılması gerekiyor ise ahlaka aykırı eylemin de aynı şekilde başlı başına toplumun ortak ahlak bilinci karşısında cezalandırılması gerektiğini öne sürer. Zira Devlin toplumun kendi ahlakiliğini devam ettirmek gibi bir sorumluluğu olduğunu öne sürmektedir. Bu nedenle de örneğin evlilik dışı birliktelik, zina ya da homoseksüel ilişki gibi, tarafların rızasına dayanan ve toplumun geri kalanına karşı doğrudan bir zararın oluşmadığı eylemlerin sadece toplumun ahlak anlayışına aykırı olması nedeniyle cezalandırılması gerektiğini savunur. Bu haliyle düşünür, ahlak bakımından bir kamusal ya da özel alan ayırımına karşıdır. Benzer şekilde John Finnis de Aquino'lu Thomas ve Blackstone'dan hareketle yasanın ahlaka uygun olması gerektiğini kabul eder. Yazar, yasa koyucunun, normatif düzenleme yaparken temel iyi olarak belirlediği ahlak kriterlerine uygunluğun gözetilmesi gerektiğini dile getirir. Bu temel iyiler, başlı başına iyidir. Temel iyileri göz ardı eden ve ahlaka aykırı bir yasa, halen yasa gücündedir ancak bu yönüyle, vatandaş nezdinde, ahlâka uygun olan bir yasa kadar etkililiği söz konusu değildir. Dolayısıyla yasa koyucudan irat olunan yasa, ahlaka uygunluğu gözetmelidir. Bkz. Roberts (1984), s. 79-80.

<sup>86</sup> Ertuğrul Uzun, "Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı, Ed. Serdar Gürler, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015, s. 88.

manevi ıstırabın ortaya konulması gerekecektir.<sup>87</sup> Bu yöndeki bir seküler gerekçelendirme şablonu, ABD Yüksek Mahkemesinin *Obergefell v. Hodges* davası üzerinden incelenebilir.<sup>88</sup> Bu dava evlilik hakkından eşcinsel çiftlerin yararlanmasını yasaklayan düzenlemeler ile ilgilidir. Söz konusu kanuni düzenlemelerinin anayasaya aykırı bulunduğu davada, bireyin aile kurmak istediği kişiyi seçmesinin hakkın kullanımı bakımından bireyin özerk alanı içerisinde kaldığını ve bireyin kendisini tanımlamasının bir türü olduğunu ifade eden Yüksek Mahkeme, eşcinsel evliliklerden rahatsızlık duyan ve toplumun geleneksel yanını oluşturan çoğunluğun bu duygusunun dini kaynaklı bir iddiaya dayandığına dikkat çekilmiştir.<sup>89</sup> Dini gerekçelerle ortaya çıkan rahatsızlığın, halk üzerinde negatif bir etkisi olacağından bahisle toplumun bir zarara uğrayacağı iddiası ise zarar olgusunun aşırı derecede hassas bir yorumunu gerektirmektedir. Kaldı ki Yüksek Mahkeme de mevcut kararlarının evlilik hakkının temelini dine dayandırılanların görüşlerini hor görmediğine, asıl aksi yöndeki kişisel tercihin yasalaşmasının devletin bu dini görüşü tasdik etmesi anlamına geleceğine dikkat çekmektedir.<sup>90</sup> Ayrıca kararın çoğunluk görüşünü kaleme alan hâkim Kennedy, eşcinsel çiftlerin mevcut kanunlar vasıtasıyla eşitlikten ve saygılıktan mahrum ve ikinci sınıf vatandaş gibi muamele gördüklerinden bahsetmekte, tüm vatandaşların eşit ve özgür bir şekilde

<sup>87</sup> Bu noktada aleniyet, ahlaksızlığın zarar meydana getirmesinde önemli bir belirleyici olarak karşımıza çıkar. Diğer yandan hukuk paternalizm ekseninde ya da dolaylı bir zararın ortaya çıkma ihtimali olan durumlarda da ahlaki olarak görülmeyen bir eylemi hukuken yasaklayabilir. Her iki örnekte de ana olgu ahlaka aykırılığın aynı zamanda zarar ortaya çıkaracağı düşüncesidir. Hart (2014) s. 38-39, 48-49; Scott C. Idleman, "The Limits of pp.Religious Values in Judicial Decisionmaking" *Marquette Law Review*, 1998, Vol. 81 No. 2, pp. 537-657, s. 557-559.

<sup>88</sup> ABD Yüksek Mahkemesi Kararı, *Obergefell v. Hodges*, No. 14-556, 26/7/2015, s. 13 (Opinion of the Court).

<sup>89</sup> Bu iddia, hem çoğunluk görüşünü kaleme alan hâkim Kennedy'nin hem de görüşe muhalif kalan hâkim Scalia, Roberts, Alito ve Thomas'ın görüşleri içerisinde yer almaktadır. Ayrıca Mahkeme bu davada 1952-1973 yılları arasında Amerikan Psikiyatrik Birliği tarafından eşcinselliğin akıl hastalığı olarak kabul edildiğine, 1974'den sonra ise cinsel yönelimin insan cinselliğinin normal bir ifadesi olarak kabul edilmeye başlandığına dikkat çekilmektedir. Bkz. *Obergefell v. Hodges*, No. 14-556, 26/7/2015, s. 7-8 (Opinion of the Court); Stephen M. Feldman, "(Same) Sex, Lies, And Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (With as Emphasis on *Obergefell v. Hodges*)", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 24, No. 2-3, 2015, ss. 341-368, s. 341.

<sup>90</sup> ABD Yüksek Mahkemesi Kararı, *Obergefell v. Hodges*, No. 14-556, 26/7/2015, s. 19 (Opinion of the Court).

haklarını<sup>91</sup> kullanabilmelerinin anayasanın gereği olduğu düşünüldüğünde bu bireylerin de diğer vatandaşlardan ayrı olmalarını gösterecek haklı bir sebep olmadığından bahsetmektedir.<sup>92</sup> Diğer yandan Feldman, gelenekçi ve dindar bireylerin de demokratik süreçte eşit ve özgür biçimde rol alabileceklerine dikkat çekerken bunun toplumun bir kesiminin ötekileştirilmesi için bir araç olamayacağını da önemle belirtir.<sup>93</sup> Kennedy, eşcinsel evliliklerin hukuken korunuyor olmasının

<sup>91</sup> Keneddy'nin burada "hak" olarak vurguladığı husus evlenme hakkıdır. Hâkim, evliliğin kökenini araştırmakta, dinler tarafından kutsal kılınan bu hakkın, Konfüçyüs ya da Cicero gibi düşünürler tarafından toplumun temeli olarak işaret edildiğine dikkat çekmektedir. Geleneksel olarak evlilik, dinlerde, geleneklerde ve hatta edebiyatta bir erkek ve bir kadına özgü bir eylem olarak dikkat çeker. Fakat bir hakkın, onu geçmişte uygulayanlar tarafından tanımlandığı şekliyle kabul edilse idi yeni ortaya çıkan gruplar tarafından kullanılamaz hale geleceğinden bahsetmektedir. Örneğin önceden kadın ve erkeğin evliliği ailelerinin ayarlamaları vasıtasıyla gelişirken sonradan kadın ve erkeğin özgür iradeleri ile evlilikleri anlaşılır hale gelmiş, kadının toplumdaki yerinin genişlemesi ile birlikte kadının kendi özerk hayatı olduğu kabul edilerek kocasının himayesinden kurtulmuştur. İlaveten ırklar arası evliliğin yasak olduğu bir dönemde Zablocki v. Redhail kararı ile Yüksek Mahkeme, özgür tüm insanların kendi mutluluklarını arama hakkının mahkeme tarafından korunduğunu ve ırklar arası evliliğin evlilik hakkı kapsamında korunduğunu ortaya koymuştur. Bu gelişmeler ise iddia edilen aksine, evlilik kurumunu zayıflatmamış güçlendirmiştir. Yani toplum değişmektedir ve evlilik de bundan nasibini almaktadır. Burada kastedilen ise evlilik hakkının genel olarak "bir erkek" ve "bir kadın" arasında olduğuna ilişkin olarak mevcut bulunan yaygın inanışın değişmekte olduğudur. Yüksek Mahkemeye göre evlilik, aşkın, sadakatin, adanmanın, fedakârlığın ve aile idealinin en yüksek cisimleşmiş hâlidir. Evlilik birliği kurmak durumunda iki kişi daha önce olduklarından daha büyük bir şey oluştururlar. Evlilik, ölüm geldiğinde bile devam etme ihtimali olan bir aşkı teşekkül ettirir. Eşcinsel çiftler de, mahkeme tarafından evlilik kurumuna eşit bir şekilde ulaşmayı talep ederken, yalnızlık içerisinde yaşamaya lanetlenmiş olmayı istemeyen kişiler olarak görülmektedir. Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi Kararı, Obergefell v. Hodges, No. 14-556, 26/7/2015, s. 3-7, 11 (Opinion of the Court); Donald H. J. Herman, 'Extending the Fundamental Right to Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodged' *Indiana Law Review*, 2016, Vol. 49, No. 2, 367-396, s. 368, 382.

<sup>92</sup> Feldman, (2015), s. 356.

<sup>93</sup> Feldman bu hususu, Dahl'ın çoğulcu demokrasiler için öngördüğü perspektiften cevaplamaktadır. Yazar, 19. yüzyılda köleliği meşrulaştırmak için dini bir söylemin geliştirildiğine fakat günümüzde köleliğin yanlışlığının tartışma konusu bile edilmediğine dikkat çeker. Yazar, dini inançlar vasıtasıyla belirli bir gruba yönelen baskıların demokratik kanallar vasıtasıyla da yapılabileceğinden bahisle demokrasinin aynı zamanda azınlık haklarının korunması anlamına gelmesi gerektiğine vurgu yapar. Bu nedenle iyi işleyen bir demokrasi için bazı konular masada bile olmamalıdır. Oysaki Obergefell v. Hodges davasında muhalif hâkimler bu tür bir kararın demokrasi vasıtasıyla, yani parlamenta vasıtasıyla alınmasının gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. Feldman, (2015), s. 351-359, özellikle 356 vd; Benzer yönde Bkz. Herman (2016), s. 379-380.

evlilik kurumunu anlamsızlaştıracığı iddiaları karşısında,<sup>94</sup> kararın dini hassasiyetleri olanların bu yöndeki birlikteliklere ilişkin görüşlerini dile getirmelerini engellemediğini, onların ifade özgürlüklerinin de korunduğunu ve dini inanışları çerçevesinde yaşamaya devam edebileceklerini önemle vurgulayarak dini hassasiyetlere ilişkin bir saldırı olmadığına dikkat çekmeye çalışmıştır.<sup>95</sup> Buradan hareketle denilebilir ki insan haklarının sınırlandırılması, yalnızca toplumsal ahlak anlayışına, hele ki dini inanışların etkilediği bir toplumsal ahlak anlayışına dayanılarak sınırlandırılmaz.

Buraya kadar, dini argümanların kanunların yapımı ve icrası sırasında neden kullanılmaması gerektiğine ilişkin görüşlere yer verilmiştir. Çalışmanın bundan sonraki kısımları ise aksi yöndeki görüşlere ve bu görüşlerin yorumlanmasına ayrılmıştır.

## II. Devlet İşlerinde Dini Argümanların Kullanılmasını Savunanların Görüşleri

### A. Bir Bütün Olarak Dinin Akıl ile Çelişmediği İddiası

#### 1. Genel Olarak Dini Argüman-Akıl İlişkisi

Dini argümanların hukuk alanında geçerliliği sorunu, öncelikle dini argümanların akla uygunluğunun tespit edilmesi ile ilintilidir. Yukarda ele alındığı üzere dini argümantasyonun kullanımına yönelik eleştirilerden biri, bu yöndeki argümanların “erişilebilir” olmaması, akıl ile anlaşılabilir olmamasıdır. Buna karşın aklın kullanılması ile dini argümanların şekillenmesi arasında doğrudan ve sanıldığı kadar büyük bir zıtlık olmadığı yönündeki karşı görüşler de önemlidir.

Greenawalt, dini görüşlerin erişilebilir olmadığını savunur. Fakat bu görüşlerin aynı zamanda doğal hukuk anlayışı çerçevesinde desteklenebiliyor olması durumunda da kamusal akla uygun olacağından bahseder.<sup>96</sup> Bir dini iddianın kamusal akla uygunluğu ise doğal huku-

<sup>94</sup> Davalı olan eyaletlerin savunuları, evlilik kurumunun kutsallığı karşısında eşcinsellerin evlenmelerine izin verilmesinin bu kurumun içini boşaltacağı yönündedir.

<sup>95</sup> ABD Yüksek Mahkemesi Kararı, Obergefell v. Hodges, No. 14-556, 26/7/2015, s. 27 (Opinion of the Court); Feldman (2015), s. 345; Herman (2016), s. 381.

<sup>96</sup> Bkz. Greenawalt, (2016), s. 85-87; Greenawalt, (2007), s. 449-450; Diğer yandan Strauss dini yasaların “en iyi yasa” olduğu, yani onun rasyonel olduğu, iddiası

kun, akla uygunluk, insanların doğası gereği evrensel fitrata sahip olması ve belirli olgulara verdikleri ortak tepkilerden hareketle ortak bir ahlakiliğin ortaya çıkarılabileceği, bu ortak evrensel ahlakiliğin de akıl ile keşfedilebilir olduğu, yani akıl ile de çatışmadığı, akla uygun olmayan ve dolaylı yoldan da gayr-ı ahlaki olan insan yapımı yasanın ise geçersiz olduğu yönündeki ölçütlere dayandırır.<sup>97</sup> Yani Greenawalt'a göre bir dini argüman, bu argümanın Allah'ın emri olmasından bağımsız, aynı zamanda tüm insanlık açısından geçerli kabul edilen öncüllerle de dayanabiliyor ise kamusal akıl ile de uyumludur. Greenawalt'un bu görüşlerine benzer iddiaların Orta Çağ İslam ve Hristiyan düşünürlerince de ileri sürüldüğü görülmektedir.

## 2. Farabi, İbn Rüşd ve Aquino'lu Thomas'ta Din-Felsefe İlişkisi

Orta Çağ İslam düşünürleri, din ile felsefe arasında bir çatışmanın olmayacağından bahseder.<sup>98</sup> Örneğin Farabi, akli kullanarak sonuçlara ulaşma, bilinen olgulardan, kesin öncüller kullanarak kesin sonuçlara ulaşmak anlamında (demonstrative knowledge, burhanî kıyas ve istidlal/delillendirme)<sup>99</sup> felsefenin dinden daha eski olduğunu ortaya koyar<sup>100</sup>. Ona göre, zaman içerisinde ortaya çıkan hatabî (söylev) ve cedelî (diyalektik) yöntemlerinin hakiki bilgiye ulaşmakta yetersiz

---

karşısında mademki bir yasa akla uygundur, o halde Tanrı'nın değil de insan aklının üretimi midir?" sorusunu ortaya atmaktadır. Strauss, (1979), s. 115.

<sup>97</sup> Raymond Wacks, Hukuk Kuramını Anlamak, Çev. Fatma Süzgül Şahin Ünver, Serdar Ünver, Astana Yayınları, Ankara, 2016, s. 41; Zira Greenawalt'a göre doğal hukuk; (1) insan yaşamının tamamıyla varlığın tamamıyla ilişkili olması, (2) insanın doğasının evrensel oluşu, (3) insan olgusunun karakteristik tanımlamasının onun akli ve rasyonallitesi olması, (4) insan olgusu içsel bir amaca ya da kendinden bir kanıtla sahip bir iyi anlayışına sahip oluşu, (5) bu amaçların ve iyilerin, tecrübeyle de içine katacak bir şekilde akıl ile keşfedilebilir oluşu, (6) ahlakiliğin objektif, evrensel ve akıl ile keşfedilebilir oluşu, (7) insanların ahlaki yükümlülüklerinin kendi iç amaçları ile veya kendinden kanıtlara sahip bir iyi anlayışı ile ve onların kendi mutluluğu ile uyumlu oluşu (8) en derin manasıyla bireysel iyi ile ortak iyi arasında bir çatışma olmaması, (9) insan yapımı yasanın uygun bir şekilde doğal hukuku yansıtıyor oluşu ve (10) doğal hukuka uygun olmayan insan yapımı yasanın bazı açılardan gerçekten yasa olmayacak olması olarak sınıflandırılabilir. Greenawalt, (2007), s. 449-450.

<sup>98</sup> Benzer şekilde İbni Rüşd için de felsefe (hikmet) ve din (şeriat) aynı memeden süt emmiş öz kardeşlerdir." Bkz. İbn Rüşd, Felsefe-Din İlişkileri, Haz. Süleyman Uludağ, Dergâh yayınları, İstanbul, 2019, s. 121-122

<sup>99</sup> Burhanî kıyas ile ilgili Bkz. İbn Rüşd, (2019), s. 75 (dipnot 2).

<sup>100</sup> Farabi, Harfler Kitabı, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 69 (On Dokuzuncu Fesil).

kalması ile felsefe, kesin sonuçlara ulaştırarak bilimlerin bilgisi ile olgunlaşmıştır. Olgunlaşan bilimsel bilgi ise ancak bunu anlama yetisine sahip özel bir gruba ve ancak bilimsel argümantasyon araçları vasıtasıyla öğretilbilir iken söylev ve diyalektik, felsefe ile keşfedilen hakikatin topluma aktarılabilmesi için ikincil bir öğretim yolu olarak ele alınmıştır.<sup>101</sup> Bu noktada, Farabî'ye göre, felsefeyle ulaşılan kesin bilgilerin ve yasaların halka öğretilmesi, halkın bu gerçeklikler için ikna edilebilmesi ve bu sayede halkın mutlak mutluluğa ulaşmasını sağlayacak bir araç olarak da din meydana gelecektir.<sup>102</sup> Bununla birlikte din, varlıklar hakkında bilgi sahibi olmayı, aklen nazar etmeyi, keşfetmeyi emretmektedir. Bu ise ancak akli kıyaslar ile mümkündür.<sup>103</sup> Yani Farabî'ye göre din, yüksek ilmî hakikatlerin, burhanî yollarla (yani bilimlerin herkes tarafından anlaşılacak olan yöntemleri ile) anlayamayacak halka izah edilebilmesi için, hikâyeleri, mecazları ve diyalektiği kullanan bir araçtır.<sup>104</sup> Hakiki bir din, burhanî delillere

<sup>101</sup> Farabi, (2008), s. 86-87 (Yirmi Üçüncü Fası).  
<sup>102</sup> Farabi, (2008), s. 86-87 (Yirmi Üçüncü Fası). Farabî'nin bu izahı pek çok yazar tarafından erdemli, hakiki bir dinin felsefe karşısında ikincil bir konumda olduğunu ima ettiği yönünde yorumlanmaktadır. Bkz. Andreas Martinez-Lorca, *La Filosofía Medieval De al-Farabi a Ockham*, Impresia Iberica, 2015, s. 43. Dinin bu noktadaki misyonu farklı açılardan da ele alınmaktadır. Örneğin Habermas, tarihi bakış açısından meseleye yaklaşıldığında Mezopotamya, Suriye ve Mısır'daki antik imparatorluklardaki gibi organize olmuş bir devlete sahip halklar açısından hiyerarşinin kralın şahsından kademeli bir şekilde kraliyet bürokrasisine kaydığı evrede siyasi otoritenin halk nezdinde meşruiyetini sağlamak için ortaya çıkan karmaşık hukuk ve siyasi güç yeni bir işlevsel araca ihtiyaç duymuştur. Bürokrasinin herkesi bağlayacak kararlarına itaatin sağlanması gerekli idi. Hukuk ve siyasi iktidar arasındaki bu itaat köprüsünü kurabilecek çare ise dini inançlar ve ritüellerdi. Böylece kural koyucular halkların sadakatini elde edebilirlerdi. Böylece devletler dinin kutsal yanından faydalanmaya başlamıştır. Böylece dinde yer alan ödül (cennet) ve ceza (cehennem) olgusu, devlet tarafından devralınmıştır. Zamanla ise dini temsil eden kral ile halk birbirlerini temsil etmeye başlamıştır. Halk kralını, kral ise halkını temsil etmeye ve böylece devlet ve toplum bütünleşmeye başlamıştır. Bkz. Jürgen Habermas, "The Political": The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theory", *The Power of Religion in the Public Squar*, Ed. Eduardo Mendieta, Jonathan Vanantwerpen, Columbia University Press, New York, 2011, s. 17-18.

<sup>103</sup> Haşir Suresi'nin "Ey basiret sahipleri itibar ediniz (ibret alınız, kıyas ve istidlal yapınız.)" şeklinde mealen çevrilebilecek olan 2. ayetini Rüşd, yalnızca fıkıhçılar için değil aynı zamanda filozoflar açısından da kıyasın zaruri bir bilgi edinme yöntemi olarak okunması gerektiğini öne sürmektedir. İbn Rüşd, (2019), s. 75, 77.

<sup>104</sup> Farabi, (2008), s. 69 vd (On Dokuzuncu Fası); Majid Fakhry, *Al Farabi- Founder of Islamic Neoplatonism*, Oneworld, Glasgow, 2002, s. 13; Benzer şekilde Bkz. Simone Chambers, "How Religion Speaks to Agnostic: Habermas on the Persistent Value of Religion", *Constellations*, 2007, Vol. 14, No. 2, pp. 210-223, s. 210-211.



dayanan bir felsefeye sahip olduğu, yani mantık ve delillendirme ile iddiaları ispatlanabilir olduğu ölçüde, ilahi gücünü barındırabilir.<sup>105</sup> Çünkü gerçekte Allah'ın emirleri ve doğaya ilişkin öngörülleri ile felsefe arasında bir tezat yoktur.<sup>106</sup> Hatta Farabi, ahlak ve siyasetin, fizik ve metafizik, bilgi teorisi ve mantık ile olan ilişkisinin tesadüfi değil hayati ve zorunlu olduğunu ifade etmektedir.<sup>107</sup> İbn Rüşd açısından ise bu olgu daha da açıktır. Ona göre felsefe, dünyevi olguların akıl ile keşfedilmesi suretiyle Allah'a ulaşmanın bir yoludur.<sup>108</sup> Ona göre felsefe, din ile çatışmaz. İkisi de Allah'ın ortaya koyduğu hakikatten bahseder.<sup>109</sup> Tek farkla ki dini hakikatler bir ön hazırlık yapılmaksızın ve bir peygamber vasıtasıyla irat edilirken felsefe, dinin hikâyeler ve mecazlar yoluyla aktardığı bilginin akıl yoluyla keşfini içermektedir.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Diğer yandan henüz burhanî ilimlerin keşfedilemediği dönemlerde ortaya çıkan dinler eksikler ve yanlışlıklar içerir. Bu dini anlayışı takip eden diğer dinlerin kelimacıları ise, kendinden önceki dinlerin söylev ve diyalektiğine sıkı sıkıya bağlı kaldıkları ölçüde, yanlış içerisindedir. Felsefenin bu dinler ile uyuşmaması ve reddetmesi doğaldır. Bkz. Farabi, (2008), s. 88 vd. (Yirmi Dördüncü Fasal).

<sup>106</sup> Farabi bu noktada, din, burhanî bilgiye dayanan bir felsefeye sahip olsa fakat sonrasında bu felsefe unutulsa ya da bir başka millete bu din benimsetilirken söz konusu felsefe öğretilmese, bu milletin yetiştireceği din bilginlerinin dine ilişkin tasavvurlarının, yani kelim ve fıkıh bilgisinin, tamamen görünüşteki bilgiden ibaret olacağından dolayı, sonradan filozofların bu dinin hakiki felsefesini izah etmek istediklerinde kendilerine düşman olacağını, filozoflar ile kelimacılar/fıkıhçılar arasında bir gerilimin söz konusu olacağından bahsetmektedir. Bkz. Farabi (n 101) 90-91 (Yirmi Dördüncü Fasal).

<sup>107</sup> Ahmet Arslan, "Çevirenin Takdimi-Farabi Hakkında", İdeal Devlet, Çev. Ahmet Arslan, İstanbul, Divan Kitap, 2015, s. 12.

<sup>108</sup> İbn Rüşd bunu sanat/sanatçı metaforu ile izah etmektedir. Ona göre; "sanatı bilmeyen sanata konu olan şeyayı ve eseri bilemez, sanat eserini bilemeyen de sanatkarı bilemez." İbn Rüşd, (2019), s. 79.

<sup>109</sup> Farabi bu açıdan meseleye yaklaştığında bir filozof ile belirli bir dinin kelamcısı(*teolog*) ve fıkıhçısı arasında fark olduğunu ortaya koymaktadır. Kelamcı, belirli bir inanç sistemi içerisinde kutsal kitabı yorumlayan kişidir. Kelamcının yapabilecekleri, söz konusu kutsal kitabı yorumlamaktan ibarettir. Bu açıdan bu toplumun seçkinleri arasında yer alabilir. Ancak filozof, doğayı ve bilimsel bilgiler vasıtasıyla Tanrı'ya ulaşır. Ulaştığı izahlar ile din arasında bağ kurar. Kelamcı ise bu bağ vasıtasıyla halka dini öğretileri izah eder. Fıkıhçı da pratik bakımdan filozoflara benzese de fıkıhçı ilkeleri somut olaylara uygulayan bir pratisyen iken filozof ilkeleri bütün insanlar nezdinde meşhur olan öncüller ve tecrübeyle elde ettiği öncüller olarak kullanır. Bu nedenle filozof, hem kelamcıya hem de fıkıhçıya karşı hem üstün hem de onlara göre evrenseldir. Bkz. Farabi, (2008), s. 71-72 (On Dokuzuncu Fasal).

<sup>110</sup> Farabi'nin görüşlerini benimseyen İbni Sina da tüm bilginin tek bir kaynaktan, Allah'tan, geldiğini ifade eder. Bu nedenle burhanî delilleri kullanan bir filozofun ortaya koyduğu deliller doğru olmak zorundadır. Vahiy de dahil hiçbir bilgi bu bilgiyle çatışmaz. Diğer yandan peygamberler ahlaki ve hukuki açıdan en yük-

Peki, felsefe vasıtasıyla ulaşılan sonuçlar ile hakiki bir dinin öğretileri arasında bir çatışma çıkarsa ne olur? İbn Rüşd açısından bu iki yönlüdür. Bu durumda filozof, kendisinden ya da kullandığı yöntemden kaynaklanan bir art niyet, eksiklik ya da yanlışlıktan dolayı, ya da kendisine yol gösterecek bir akıl hocası olmamasından veyahut da bunların tamamından dolayı hatalı bir sonuca ulaşmış olabilir. Ancak bu nadir durum karşısında felsefeye tamamen cephe almak makul bir çözüm değildir.<sup>111</sup> Diğer yandan filozof, tüm felsefi delillere dayanarak kesin bir sonuca ulaşmış, bu kesin sonuç da dini öğreti ile çatışmış ise burada gerçek bir çatışma söz konusu değildir. Alanında uzman olanlar tarafından ilgili öğreti ve vahiy *te'vil edilir*.<sup>112</sup> Yani vahiy, açıkça yer alan zahir anlamından koparılarak mecazi ve derin anlamı çerçevesinde yorumlanır.<sup>113</sup> Tabir-i caiz ise modern gerçeklik olgusu karşısında dini hükümlerin yorumu *güncellenir*, akla uygun hale getirilir.

İbn Rüşd'ün dini iddiaların izahı için akla başvurma yönündeki görüşleri Avrupalı düşünürleri önemli ölçüde etkilemiştir. Bunlardan biri de Aquino'lu Thomas'tır. Thomas, dini iddiaların felsefe ile çatışma içerisinde olamayacağını kabul eder. Thomas da felsefe ile ispat edilen bilginin iman ile de bilinebileceğini kabul eder. Şu farkla ki İbn Rüşd bir uyumdan bahsederken Thomas felsefenin dini iddiaları haklılaştır-

---

sek yasa koyucu olmaları ve bu hakikatin bilgisine sahip olmaları dolayısıyla esasen filozofturlar. Fakat şu fark vardır ki peygamberin yasayı koyarken bu yasayı keşfetmek için bir hazırlık yapmasına gerek yokken filozof bu hakikatleri akıl ile keşfetmektedir. Filozoflar ise ahlaki-hukuki yasalar koymak noktasında peygamberler ile karşılaştırıldıklarında ehliyetsizdirler. Bkz. Rahim Acar, "Possibility of Equation Between Reason and Revelation: Was Ibn Sina A Deist?", *Uluslararası Din & Felsefe Araştırmaları Dergisi*, 2018, Vol. 1, No. 1, pp. 6-19, s. 8-11.

<sup>111</sup> İbn Rüşd bu durumu, uzun süre susuz kalmış kimselere, kendilerine verilen su boğazlarına durdu da pek çok kimse susuzluktan öldü diye susuz kalmış bir kimseyi tatlı ve soğuk su içmekten, susuzluktan ölene kadar menetmeye benzemektedir. Bkz. İbn Rüşd, (2019), s. 82-83.

<sup>112</sup> Bu noktada Mu'tezile Okulu'nun görüşleri önemli hale gelmektedir. Zira Mu'tezile Okulu, Kur'an ve hadis hükümlerinin somut olaya uygulanmasına karşı değildir. Buna karşın bu okula mensup olanlara göre hem ayetlerin hem de hadislerin güncel şartlara uygunluğu, akıl yoluyla keşfedilmelidir. Bu noktada Mu'tezile Okulu, Kur'anın yaratılmışlığını savunmaktadır. Zira böyle olduğunda ayetlerin yorumlanması mümkün hale gelecektir. Mu'tezile mensupları için insan önce anlamalı, sonra itaat etmelidir. Bu görüşün karşısında ise gelenekselci görüş yer almaktadır. Bu görüş, hükümlere doğrudan itaat edilmesi gerektiğini savunur. Bkz. Richard Martin, Mark Woodward, Dwi S. Atmaja, *Defenders of Reason in Islam*, Oneworld Publication, Oxford, 1997, s. 15.

<sup>113</sup> İbn Rüşd, (2019), s. 85-87.



ması gerektiğini öne sürer. Ancak İlâveten düşünür İbn Rüşd'den ayrı olarak bazı ilahi iddiaların akıl ile kanıtlanmasının mümkün olmadığını, bu öğretiye ancak iman edilmesi gerektiğini ileri sürer.<sup>114</sup> Yine de Thomas da vahyi felsefe gibi kanıtlar ile uğraşan bilgililer dışında kalan gençler, felsefe öğrenecek boş vakti olmayanlar ve cahiller için bir gereklilik olarak görür.<sup>115</sup> Yani bir anlamda akli önceler.

### 3. Dini İddialar Tek Başına İleri Sürülmemelidir

İslam ve Hristiyan filozoflarının görüşleri ile birlikte değerlendirildiğinde dini iddiaların "bütün olarak" akıl ile kuşatılabilir olmadıkları, erişilebilir ve anlaşılabilir olmadıkları iddiası ön yargılı görünmektedir. Ancak bu düşünürler de dini iddianın yalnızca dini olduğu için kabul edilmesinin yanıltıcı olabileceğini kabul eder. Bu iddiaların ikna edici, erişilebilir ve akla uygun yollar ile muhataplarına (inananlara ya da günümüzde vatandaşlara) izah edilmesi gerekir. Akla uygun bir gerekçenin hatalı olduğunu ileri sürebilmek için, müzakerecinin dayanağının sadece vahiy, resmi öğreti ya da mezhep/din kurucusunun sözleri olmaması, bu sözlerin altında yatan temel felsefi prensiplerin de aynı şekilde ortaya konulması gerekir. Aksi halde burada yalnızca ilkel bir ikna etme metodu ya da "dayatma" söz konusudur.<sup>116</sup> İbn Rüşd'ün ifadeleri ile bu tür bir müzakereci yalnızca diyalektiğe ve söylevin gücüne dayanmaktadır. Bunun gerekçesi ise bu kişilerin "*soyut iddialarının gerçekten tutarlı ya da geçerli olup olmadığı ile meşgul olmaksızın yalnızca ikna edici fakat yapay inançlara ve hatalı öğretilere dayanmakta olan bir gerekçe arıyor oluşudur.*"<sup>117-118</sup> Benzer şekilde Thomas da her ne

<sup>114</sup> Vatikan'ın resmi görüşü olan ve iman dogmaları olan hususlar bunlardandır. Örneğin teslis inancının bir insan olan Hz. İsa'yı tanrılaştırması noktası, felsefe tarafından izah edilememiş, Thomas bu durumda felsefeye değil inanç esaslarına başvurmayı ön plana çıkarmıştır. Bertrand Russell, "Batı Felsefesi Tarihi 2. Cilt Katolik Felsefesi, Çev. Ahmet Fethi, Alfa, 2. Baskı, 2017, s. 259-260; Süleyman Dönmez, "İbn Rüşd ve Thomas Aquinas Bağlamında Hristiyanlığın Rasyonel Yorumuna İslam Felsefesinin Etkisi", *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 7, Sa. 2, ss. 21-38, s. 33-34.

<sup>115</sup> Russell, (2017), s. 260.

<sup>116</sup> Felsefeden uzaklaşan bir din, aynı ölçüde gerçeklikten de uzaklaşır. Bkz. Fakhry, (2002), s. 14.

<sup>117</sup> Martinez-Lorca, (2015), s. 73.

<sup>118</sup> Benzer şekilde Farabi de, tasarladığı cahil devletteki dinin de bu türden, akla dayanmayan bir "ikna aracı" olarak kullanıldığını ifade eder. Yalnızca duygulara, ödül (cennet) ve cezalara (cehennem) dayanan gerekçelendirmelere başvurarak

kadar dini iddiaların akıl ile ispat edilebilir olduğunu iddia etmekte ise de doğrudan vahiy ile akıl arasında ilişki kurmaz. Çalışmalarında önce bir iddia ortaya atar (*çok eşliliğin yanlışlığı*), akabinde bu iddiayı rasyonel gerekçelerle destekler (*çok-karılılığın kadınlara haksızlık olduğu, çok-kocalılığın babalığı belirsizleştirdiği*). İddiasını ispatlayana kadar ise dini argümanlara başvurmaz.<sup>119</sup> Buradan hareketle Thomas'ın da zımnen rasyonel gerekçeleri ikna edicilik bakımından öncelediği söylenebilir. Kaldı ki yalnızca vahyin bile içerdiği anlamın zamana, mekâna ve yorumlayana göre değişmesi pekâlâ mümkünken<sup>120</sup> dini gerekçeye dayanan bir iddianın o dinin inananları tarafından bile ikna edici bulunmama ihtimali her zaman mevcuttur. Hatta söylenilebilir ki insanın her an hata yapmaya meyilli oluşu göz önünde bulundurulduğunda, bireyin (ahlakî) iyiliği konusunda iddiayı destekleyici, akla ve bilime uygun, ikna edici bir seküler argümanın bulunamaması, bu yöndeki

---

ikna etmeye ve yanına çekmeye çalışan, eylemsel olarak ise, ikna ediciliğini pekiştirmek amacıyla, dünyevi nimetler karşısında kayıtsız ve isteksiz bir yaşayışı tercih eden kişilerin ise bu eylemlerini hile ve aldatmalardan, sahtekârlıklardan başka bir şey olarak görmez.

Bu kişilerin görülen ve gizli niyetleri ise ona göre şu şekildedir;

“Onların bu fikir ve tuzakları, diğerlerini (inananları) korkutmak, onlara boyun eğdirmek içindir. Bundan da amaç, diğerlerinin bu (dünyevi) nimetlerin tümünü veya bir kısmını bırakmaları, onları açıkça savaşıarak, zorla elde etmek için yeterli güce sahip olmayan kendilerinin ise böylece onları ellerine geçirmeleridir. Gerçekten bu şeyleri arzu eden kişinin, aslında yanlış olarak bu şeylerin peşinden koşmadığı zannedilir, onun hakkında iyi şeyler düşünülür, ona karşı tedbir alınmaz, ondan korkulmaz, kimse onu itham etmez. Tersine onun maksadı gizli kalır ve hayat tarzı ilahî bir tarzı olarak nitelendirilir.” Farabi, *İdeal Devlet*, Çev. Ahmet Arslan, İstanbul, Divan Kitap, 2015, s. 128-130; Fakhry, (2002), s. 115-116.

<sup>119</sup>

<sup>120</sup>

Russell, (2017), s. 268-269.

İslam ve devlet arasındaki ilişki bakımından Berkes bu meseleyi şu şekilde ifade etmektedir;

“Demek ki İslamlık'ta hukuku din yapan dinin kendisi değil ya da Hıristiyanlık'ta olduğu gibi- çoğu kez- devletten güçlü olan Kilise değil, Devletin kendisidir. Bir “asır” da bir “çağ” da gelişen, yerleşen bir kural geçmişi temsil ettiği daha sonraki bir dönemde “din kuralı” oluş, “zaman”, “asır” geçmesiyle inananların (ümme-tin) değişmez kuralı olmuş, Şeriat ise yerleşik kuralların toplamı olarak ortaya çıkmıştır. Devletin düzeni sağlaması açısından önemli olan, toplumsal sistemin değişmez kurallar içinde hapsedilmesi olayı, Müslüman toplumlar büyük değişikliklere karşı karşıya kalınca birtakım önemli değişiklikler doğurmuştur. Fıkıh'ın oluşturduğu kurallar içinde devletin desteğini almayan şeriat kuralları uygulamanın dışında bırakılmıştır.” Bkz. Niyazi Berkes, *Teokrasi ve Laiklik*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020, 15.

Bunun en açık örneklerinden biri İslam içerisinde Dar'ül İslam ve Dar'ül Harp terimlerine yüklenen anlamlardaki değişiklikte yer almaktadır. Bkz. Bernard Lewis, *İslam ve Batı*, Çev. Sümer Ç., Akılçelen Kitapları, 2. Baskı, 2017, s. 90 vd.

bir iddianın temeli, vahye dayansa bile, söz konusu vahye ilişkin yorumun yine böyle hatalı bir meylin sonucu olabileceği gerçeğini ortaya koymaktadır.<sup>121</sup>

Görüldüğü üzere bu düşünürler için ya ulaşılacak sonuç önceden belirlenmiştir ve akıl dini doğrulayan bir araçtır<sup>122</sup> ya da aklın ispatladığı şey zaten din ile çelişebilir değildir. Yani çoğulcu, demokratik bir uzlaşmacı zeminden bahsetmek güçtür. Yine de bu düşünürler akli öncelemiş, yalnızca dini iddialara dayalı gerekçeleri tercih etmeyi reddetmişler, bu yöndeki tercihi “cahil”, “cahil devlet”, “yapay inançlara, hatalı öğretilere dayanmak” olarak nitelendirmişlerdir.

## **B. Dindarların Politik Konularda Dini Gerekçelerden Vazgeçmek Zorunda Oluşunun Din Özgürlüğünü İhlal Ettiği İddiası**

### **1. İddia**

Dinin tüm hayatı kuşatıcı olmasının onu dayatmacı hale getirdiği iddia edilmektedir. Diğer yandan bu gerekçeyle dini argümanların politikadan tamamen dışlanması da dindarların politikadan dışlanmasına sebebiyet vereceği ileri sürülmektedir.

Rawls'ın anladığı şekliyle kamusal akıl, yalnızca dini görüşlerin değil kapsayıcı olan tüm görüşlerin dışlanmasını öngörmektedir. Bu sayede bir faydacı, Kant'çı, Planton'cu görüşler de bir bütün olarak tasavvur ettikleri “iyi” görüşleri nedeniyle kamusal alanda yer alamazlar. Ancak bu dışlanma, dini görüşlerin dışlanması ile aynı etkiyi doğurmaz.<sup>123</sup>

Bu görüşe göre dindarın hayata dokunan, sosyal hayat içerisinde kendisini var ettiği görüşleri –ki bu noktada temel adalet prensiplerine yönelik görüşler veya anayasal nitelikteki diğer ilkeler de dâhildir– dini görüşleri üzerine inşa edilir. Dindar bir kimse açısından bu şekilde davranmak basitçe bir “seçenek” değildir. Aksine, zaten dinin hayatı kuşatıcı olduğu iddiası dolayısıyla dini görüş, tamlık ve bir bütünlük

<sup>121</sup> Perry, (1997), s. 75.

<sup>122</sup> Russell, (2017), s. 273.

<sup>123</sup> Detaylı bilgi için Bkz. Greenawalt, (2016), s. 24-25.

iddiasındadır. Din, bireyi sosyal alanda olduğu kadar politik düşünceleri çerçevesinde de etkilemektedir.<sup>124</sup> Wolterstorff'a göre dindarların dini görüşleri, dindarlar açısından, sosyal ve politik varoluşlarının dışında ele alınabilecek bir şey ile ilgili değil, sosyal ve politik varoluşları ile de ilgili bir olgudur.<sup>125</sup> Bu açıdan bakıldığında, dini görüşleri dışlamak, bir bütün olarak, kendi politik görüşlerine bir başka kıyafet giydiremeyecek olan,<sup>126</sup> yapabilecek olsalar bile görüşlerini seküler alana taşıyabilmek için ekstra ve yoğun bir çaba harcamak zorunda kalan, dindarların dışlanması anlamına gelmektedir ki din özgürlüğünün bir parçasının da bireyin görüşlerini serbestçe ifade edebilmesi olduğu düşünüldüğünde dindarlara yönelik bu muamelenin haklarına yönelik ölçsüz bir sınırlama olduğu savunulmaktadır.<sup>127</sup> Hele ki bu yönde katı bir baskının icra edilmesi, devletin laiklik planında taşıması gereken tarafsızlığını da ihlal edecektir.<sup>128</sup> Buradaki sorun, dindarların dine dayanarak ileri sürdükleri görüşlerin açık ve anlaşılır olmamasıdır. Dindarların kendi görüşlerini karşı tarafa dikte ediyor oldukları, dolayısıyla da karşı tarafı kendilerinin bir eşiti olarak görmedikleri varsayımından hareketle dini argümanların bir bütün olarak dışlandı-

<sup>124</sup> Nicholas Wolterstorff, "The Role of Religion in Decision and Discussion of Political Issues", *Religion in the Public Square*, Ed. Robert Audi, Nicholas Wolterstorff, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 1997, s. 105; Lafont, (2007), s. 243.

<sup>125</sup> Wolterstorff, (1997), s. 105.

<sup>126</sup> Gedicks ve Hendrix'e göre, "Dinin politikadan dışlanması, modern toplumda geliştiği haliyle, liberalizmin temel kusurunu ortaya çıkarır ki bu kusur, "ahlaki ve siyasi yaşamın temel birliğinin tahrip edilmesidir". Liberal düşüncede, birey, bir adet kamusal bir adet de özel olarak ikiye ayrılır. Bununla birlikte dindar insan için ise "kamusal" ve "özel" kesin bir şekilde ayrılmaz. (...) Kendi dini ahlakiliğini sekülerizmin argümanları ile donatmaksızın siyasal arena ona (dindarlara) kapanır. Siyasal sistemin bireyin bir bütün olarak öznel ve bağıntısız olarak kişisel dini tecrübelerini reddettiği bilgisi dışlanmış, gayr-ı meşru ve ikincil olarak hissettirir." Gedicks/Hendrix, (1987), s. 1599. Benzer yönde Bkz. Stephen L Carter, "Religiously Devout Judge", *Notre Dam Law Review*, 1989, Vol. 64, pp. 932-944, s. 940; Solum, (1989), s. 1085-1087.

<sup>127</sup> McConnell, (1999), s. 643; Jürgen Habermas, "Faith and Knowledge", *The Future of Human Nature*, Ed. Jürgen Habermas, Polity Press, Cambridge, 2003, 109; Habermas, (2006), s. 13; Perry, (1997), s. 32; Wolterstorff, (1997), s. 105; Andrew F March, "Rethinking Religious Reasons in Public Justification", *The American Political Science Review*, 2013, Vol. 107, No. 3, pp. 523-539, s.524; Maeve Cooke, "A Secular State for a Postsecular Society? Postmetaphysical Political Theory and the Place of Religion" *Constellations*, Vol. 14, No. 2, pp. 224-238, s. 231; Lafont, (2007), s. 243.

<sup>128</sup> Erdoğan, (2000), s. 109-118.

ğı iddiası söz konusudur.<sup>129</sup> Diğer yandan Wolterstorff'a göre bireyler arasında kamusal akla dayanan tartışmalarda dahi yaşanan görüş ayrılıkları sonucunda iki tarafın da kendi görüşlerinde ısrar etmesi durumunda bu taraflar birbirlerinin görüşlerini eşit olarak görmemekte, kendilerinininde ısrar etmektedir. Yani müzakerenin doğasında, kendi görüşünün doğru olduğunda ısrar etmek bakımından bir eşitsizlik bulunmaktadır.<sup>130</sup> Perry ise dini söylemin ve dindarların içerisinde sabit fikirlerin ya da sabit fikirli kişilerin bulunuyor olmasının tüm dindarlara mal edilemeyeceğini ifade etmektedir. Ona göre tartışmalı ahlaki konular bakımından, tek yönlü fikirler kamusal tartışmalara katkı sağlayamamakta iken, dini görüşler bu alanı zenginleştirmektedir.<sup>131</sup>

Bu yöndeki diğer bir iddia da bu dışlamanın sonucu olarak dindarların politik alanda var olabilmek için hazırladıkları "seküler" gerekçelerin onların kendi görüşlerini bire bir yansıtmadığıdır. Wolterstorff'a göre dindarların asıl iddia ve amaçları ile o anki muhataplarını<sup>132</sup> ikna etmek için ileri sürdükleri iddia ve amaç arasındaki bu uyumsuzluk, hem dindarların kendilerini gerçekte motive etmeyen bir gerekçeye başvurmaları nedeniyle motivasyonlarını kırarak ve onların dindar bir birey olarak varoluşlarını etkileyecek<sup>133</sup> hem de müzakere içerisindeki muhataplarının bu iddialara kuşku ile yaklaşması sonucunu doğuracaktır.<sup>134</sup> Benzer görüşleri paylaşan Perry, konuyu eşinsel birlikteliklerin hukuki statüsü üzerinden ele almaktadır. Politik arenada kendisini dindar olarak gören bir kesim mutlaka bu yöndeki davranış kalıplarının gayri ahlakiliğini dini görüşleri çerçevesinde ortaya koymak isteyecektir.<sup>135</sup> Dini argümantasyonun engellenmesi durumunda

<sup>129</sup> Wolterstorff, (1997), s. 106.

<sup>130</sup> Wolterstorff, (1997), s. 107-108.

<sup>131</sup> Michael J Perry, *Under the God- Religious Faith and Liberal Democracy*, Cambridge University Press, New York, 2003, s. 41-43.

<sup>132</sup> Wolterstorff burada, bir müzakerecinin, bir diğerinin kabul edeceğini ve makul olduğunu düşüneceğini tahmin ettiği bir iddiayı öne sürmesi ile aynı müzakerecinin bir başka müzakerecinin daha farklı açılardan kabul edeceğini ve makul olduğunu düşüneceğini tahmin ettiği bir iddiayı öne sürmesi durumunda açıkça birbiri ile çelişen iddiaların aynı müzakereci tarafından savunulabileceğini, bunun da inandırıcılığa etki edeceğini düşünmektedir. Wolterstorff, (1997), s. 107.

<sup>133</sup> Lafont, (2007), s. 246.

<sup>134</sup> Wolterstorff, (1997), s. 106-107.

<sup>135</sup> Bu yönde örneğin Kur'an-ı Kerim'de çok açık ayetler bulunmaktadır. A'raf Suresi 80 ve 81. ayetleri şu şekildedir: Lût'u da (peygamber gönderdik). Kavmine dedi ki: "Sizden önce insanlardan hiçbirinin yapmadığı fuhşu mu yapıyorsunuz"

ise dindarlar bu siyasal seçimi destekleyen herhangi bir seküler gerekçeyi, sadece kendi lehine sonuç üreteceği için destekleyecektir.<sup>136</sup> Örneğin eşcinsel ilişki biçiminin tıpkı alkolizm gibi patolojik bir durum olduğu gerekçesiyle teşvik edilmemesi gerektiği ya da eşcinsel evliliklere imkân tanınması durumunda geleneksel aile yapısının çökeceği iddiası bu politikacılarca benimsenebilir. Ancak bu iddialar çoğu zaman söz konusu politikacılar ve muhataplarınca, doğrudan dine dayanmıyor olsalar bile, ikna ediciliği bakımından dini iddialardan daha güçlü iddialar değildirler.<sup>137</sup> Ancak dindarlar, sırf dini argümanları özürce ileri süremediklerinden bu görüşleri öne çıkarmak zorunda kalacaklardır ki bu noktada kamusal akıl kullanımı ile dini ahlak anlayışı iç içedir. Bu iddiaların yersiz iddialar olduğu da söylenemez. O zaman bu eşitsizlik, demokrasi içerisinde nasıl çözülecektir?

## 2. İddiayı Öne Sürenlerin Çözüm Önerileri ve Eleştirisi

Demokrasinin katı bir yorumu şüphesiz kararların demokratik bir süreç içerisinde alınmasını gerektirir. Yani çoğunluk olanın desteklediği görüş galip gelir.<sup>138</sup> Wolterstorff da buna benzer bir demokrasi anlayışına sahip görünmektedir. Yazara göre örneğin parlamentoda

---

nuz? Çünkü siz, kadınları bırakıp da cinsel tatmin için erkeklerle yaşıyorsunuz. Doğrusu siz haddi aşan bir topluluksunuz." şeklindedir. Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'an-ı Kerim,, [https://www.kuranayetleri.net/araf-suresi/ayet-80#:~:text=\(80%2D81\)%20L%C3%BBt',a%C5%9F%C4%B1r%C4%B1%20giden%20bir%20kavimsiniz%C2%BB%20demi%C5%9Fti](https://www.kuranayetleri.net/araf-suresi/ayet-80#:~:text=(80%2D81)%20L%C3%BBt',a%C5%9F%C4%B1r%C4%B1%20giden%20bir%20kavimsiniz%C2%BB%20demi%C5%9Fti), (Erişim Tarihi: 13.4.2021; Ayrıca Hûd Suresi'nin 79 ve 80. ayetleri şu şekildedir: "Sen de biliyorsun ki bizim senin kızlarında gözümüz yok. Bizim ne istediğimizi pekâlâ biliyorsun" dediler. Lût, "Keşke benim size karşı koyacak bir gücüm olsaydı veya güçlü bir desteğe dayanabilseydim!" dedi. Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'an-ı Kerim, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/H%C3%BBd-suresi/1552/79-80-ayet-tefsiri>, (Erişim Tarihi: 13.4.2021).

<sup>136</sup> Bu noktada Greenawalt da Perry ile benzeşmektedir. Greenawalt, bilişsel olarak dini görüşlere önem veren bireyin dini görüşleri ile uyumlu kamusal gerekçelendirmeleri, bu görüşlerin karşıtlarına göre daha çok benimseyeceğini ifade etmektedir. Bu nedenle yazar, kişisel sezgiler ile dini temellendirimden birbirinden ayırıştırılabilmesinin kolay olmadığını ifade etmektedir. Greenawalt, (1988), s. 152.

<sup>137</sup> Yazar bu noktada, hukuken cezalandırılabilir olmaktan ziyade bu bireylere evlilik hakkı tanınması olgusuna odaklanmaktadır. Bu durumda politikacıların, bu bireylerin patolojik olarak hasta olduklarını ileri süren seküler yöndeki ahlaki anlayışlardansa bu davranışların gayri ahlaki olduğunu ileri süren dini görüşlerin daha ikna edici olduklarını, bu yönüyle de politik alanda ileri sürülebilir olduklarını ifade etmektedir. Bkz. Perry, (2003), s. 39; Perry, (1997), s. 45.

<sup>138</sup> Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New York, Harper, 1947, s. 269.



çoğunluğun oluşturduğu bir karar alım süreci yaşanmalıdır. Bu karar alım sürecinde her ne kadar dindarların da peşinen kendi argümanları karşısında en az onlarınki kadar meşru, ikna edici görüşler ileri sürüleceğini, bu görüşlerin samimi olarak dinlenilmesi gerektiğini, bu “dinleme” eyleminin basit bir söz hakkı vermek şeklinde tezahür etmeyip, ikna edici olduğuna ve kendilerinininkinden daha güçlü alt-yapısı olduğuna inandıkları görüşleri kabul etmeye, en azından anlamaya hazır olmayı da kabul etmeleri gerektirdiğini ileri sürmekte ise de Wolterstorff, tartışmalı konular da dâhil olmak üzere, eğer adil bir şekilde kazanılmış ve adil bir şekilde idare edilmiş bir çoğunluk anlaşması (örneğin parlamentoda vekillerin çoğunluğu gibi) söz konusu ise, bunun alınan kararın icrası için yeterli olması gerektiğini savunur.<sup>139</sup> Yani yazar kamusal alanda müzakere edilen tartışmalı konuların vatandaşların üzerinde anlaşmaya vardığı bir dizi ilkeler üzerine temellenmesini gerekli görmez. Ona göre böyle bir konsensüsün sağlanması da mümkün değildir. Öyleyse dindarların karşı tarafın argümanlarını anlaması, ikna olması durumunda fikirlerini değiştirmesi ile ilgili sözler, temenniden öte geçememektedir. Üstü kapalı olarak ifade etmektedir ki dindarlar çoğunlukta ise onların argümanları geçerli olacaktır.

İleri sürülen dini argümanların, inanmayanların ya da bu iddialardan ikna olmayanların ileri sürecekleri argümanlar vasıtasıyla kamusal forumda test edilmesinin dini argümanların aşırıya kaçmasını engelleyeceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre alenen test edilecek bir görüşün sahibi olacak olan dindarlar, bunun mümkün olduğunca ikna edici olması için gerekli hazırlığı da yapacaktır. Bu noktada, özgür ve eşitlikçi bir ortamda yapılan adil bir tartışma süreci, alınan kararın hatalı olmasını ve baskıcı görüşlerin dışlanmasını sonuç verebilir.<sup>140</sup> Bu sınırlar içerisinde Wolterstorff, dini argümanın sınırsız bir şekilde ileri sürülmesi gerektiğini, böylece dindarların seküler akıl/dini akıl arasında bir tercihe zorlanmayacağını ifade eder. Fakat demokrasi yalnızca usul şartlarına riayet etmek demek değildir. Aynı zamanda anayasanın öngördüğü insan haklarının korunmasını da amaç edinmesi gerekir. Eğer anayasanın koruduğu insan hakları, alınan kararların sınırını oluşturmazsa dini iddiaların baskıcı ve hatalı

<sup>139</sup> Wolterstorff, (1997), s. 112-114.

<sup>140</sup> Gamwell, (1984), s. 331-333, 338.



olanlarının dışlanması beklemek yanlıştır.<sup>141</sup> Ancak Sterba'nın açıkça vurguladığı üzere, eğer böyle bir demokratik süreç sonunda alınan kararların muhalifi olan azınlığı, bu kararların arkasında yatan akli anlayamamak ile itham etmek istiyorsak meşru izahat ile kararları gerekçelendirmemiz gerekir. Aksi halde azınlığın alınan karara direnmek için ahlaki bir meşruluğu olacaktır. Azınlıkların da itaatini arzu eden bir dindar çoğunluk, liberal bir demokraside, alınan kararlardan dolayı azınlığı ikna etmeyi ihmal etmemelidir.<sup>142</sup> Öyleyse Wolterstoff'un "çoğunluğun argümanı kazanır" olarak kabaca özetlenebilecek iddiası çoğulcu bir demokraside geçerli olmamalıdır. O zaman dini iddiaların konumu bakımından, demokrasinin çoğulculuğu kucaklayan yorumunu tekrar yapmak gerekmektedir.

### 3. Laik Bir Liberal Devlette Çözüm(süzlük): Kurumsal Değil Toplumsal Temelde Eşitlik

Demokrasiyi vatandaşlar arasında eşitliğe dayalı bir süreç olarak yorumlamak daha akılcıdır. Çünkü her vatandaş, ikna olduğu ve rıza gösterdiği hukuki düzenlemeler ile muamele görmek ister.<sup>143</sup> Bu durumda dini argümanların karar alım sürecini domine etmesi de bu süreçten dışlanması da eşitlik prensibi ile bağdaşmamaktadır. O zaman yapılması gereken demokratik süreci baskılayacak, müzakereye kapalı ve dayatmacı olan görüşlerin süreçten dışlanması olmalıdır. Bu radikal seküler görüşler için de radikal dini görüşler için de geçerlidir. O zaman, dini argümanlar açısından, dogmatik bir düşünceye dayanan ya da sabit fikirli/dayatmacı bir dini düşüncenin kamusal alanda yeri olmamalıdır.<sup>144</sup> Peki, dogmatik olmayan dini argümanlar kullanan kişilerin temel politik tutumu nasıl olacaktır? Bu sorunun cevabı yine dindar vatandaşların herkesin eşit vatandaşlar olduğunu peşinen kabul ettiği bir vatandaşlık bilinci geliştirmesi ile ilgilidir. Bu çerçevede dindar vatandaşlar da karşı argümanları samimiyetle ele almalı, daha güçlü argümanlar karşısında ikna olmayı peşinen kabul etmelidir.

<sup>141</sup> James P. Sterba, "Rawls and Religion", *The Idea of a Political Liberalism Essays on Rawls*, Ed. Victoria Davion and Clark Wolf, Rowman & Littlefield Publishers, New York, 2000, s. 38-39.

<sup>142</sup> Sterba, (2000), s. 40-41.

<sup>143</sup> Rawls, (1995), s. 213 vd.

<sup>144</sup> Perry, (1997), s. 49; Gamwell, (1984), s. 339.

Bunu ise kendilerinin söz konusu devletin sahibi değil, diğer bireyleri ile birlikte yalnızca tamamlayıcı parçalarından biri olduğunu unutmuyarak sağlayabileceklerdir.<sup>145</sup> Yukarıda görüldüğü üzere, din olgusu yaşayan bir olgudur ve aklın ikna ediciliği karşısında dinin yeniden yorumlanması her zaman mümkündür.<sup>146</sup> O halde yenilik düşüncesi ekseninde, açık fikirli dini görüşlerin kamusal alanda kabul edilmesi ve sabit fikirli dini görüşlerin dışlanması, liberal düzen açısından tezat oluşturmayacaktır.

Peki 21. yüzyılın modern seküler devlet yapısı içerisinde, sabit bir dini argüman, ya da genel olarak bu dini argümanları demokratik süreçte ileri süren çoğulcu bir dini topluluk nasıl teşekkül eder? Bu sorunun cevabının Habermas tarafından verildiğini görmekteyiz. Habermas, bu noktada dindarlara ve sekülerlere birer ödev yüklemektedir. Bir kere yazara göre *“liberal devlet perspektifinden, inananlarını manipüle ederek onları intihar eylemlerine teşvik etmek şöyle dursun, kendi inançlarını yaymak ve bu inançları inananlarına dayatmak bakımından şiddetten kaçınan dini topluluklar “makul” olarak isnat edilmeyi hak etmektedir.*<sup>147</sup> Yani dini gruplar, dini kaidelere uymak yönünde bireye telkinde bulunmalı ancak uyup uymamak konusunda onu özgür bırakmalıdır. Habermas için bir dini topluluğun seküler bir sistem içerisinde demokratik tartışmalarda yer alabilmesi için şu ilave şartları karşılaması gerekir: (1) *Bilişsel açıdan sahibi olduğu dini bilinç ile uyumsuz olan diğer dinler ya da diğer paydaşlar ile yüzleşmeli,* (2) *seküler bilginin toplumsal monopoli tekelinde tutan bilim olduğunu kabul etmelidir.*<sup>148</sup> Elbette bu kabul potansiyel olarak insan haklarını mümkün kılan ahlaki öncüller (insanın özerkliği gibi) ile uyumlu bir bilişsel tavır geliştirmeyi de gerekli kılmaktadır.<sup>149</sup> Son olarak dini topluluklar (3) *dine dayanmayan (profane) bir ahlak anlayışının anayasal devlet tarafından benimsendiğini öncül olarak kabul etmelidir.*<sup>150</sup> Yani bir dini topluluk, baskıcı olmamak, çoğulculuğu

<sup>145</sup> Wolterstorff, (1997), s. 112-114.

<sup>146</sup> Berkes, (2020), s. 15. Lewis, İslam ve Batı (2017), s. 90 vd.

<sup>147</sup> Habermas, (2003), s. 104.

<sup>148</sup> Yani Habermas'a göre dindarlar kutsalın bilgisi ile seküler bilgiyi ayırt edebilecekleri bir epistemik tavır geliştirebilmelidir. Bunu ise yalnızca seküler bilginin dini anlayışlarından özerk bir şekilde ilerleyebildiğini, bunun ise inançları ile çatışma halinde olmadığını başarabilirler ise mümkün kılabilirler. Bkz. Habermas, (2006), s. 14.

<sup>149</sup> Habermas, (2011), s. 26.

<sup>150</sup> Habermas, (2003), s. 104; Habermas, (2006), s. 14.

kabul etmek, diğerleri ile bir arada yaşamayı benimsemek, devletin seküler yapısını kabul etmek koşuluyla sistem içerisinde “makul” bir grup olarak nitelenecektir.<sup>151</sup> Dindarlar, bu öğrenme süreci içerisinde, siyasal arenada seküler gerekçenin geçerli olduğunu ve devletin tarafsızlığına dayalı çoğulcu bir liberal düzenin gereği olarak uygulanacak kuralın ikna edici bir arka plana sahip olmasının önemini kavrayacaktır. Bu süreç ise dışardan değil ancak içerden bir reform ile mümkün olabilir.<sup>152</sup>

Benzer şekilde sekülerler de dindar iddialara peşinen önyargılı olmamalı, bu iddiaların seküler alana taşınması noktasında işbirliği gerçekleştirmelidir. Sekülerler, dini iddiaların modern-öncesi iddialar olduğu konusunda ısrar ettikleri sürece bu kaynaşma mümkün olamamaktadır. Aydınlanma ile başlayan süreçte dini iddiaların etkisini kaybedeceği beklenilmiş ise de bu mümkün olmamış, din toplumun genelini etkilemeye devam etmiştir. Demek ki bu *post-seküler* toplum içerisinde bir birlikte yaşama söz konusu olacaktır. Liberal düzenin devam etmesi isteniyor ise sekülerlerin dindarlara, küçümseyici bir hoşgörüden daha fazlasını sunması, onların iddialarının seküler alana transferini sağlaması gerekmektedir.<sup>153</sup>

Ancak unutulmamalıdır ki Habermas’ın bu görüşleri, devlet kurumları içerisinde ileri sürülebilecek görüşler değildir. Habermas’ın kendisi de bunu kabul eder. Yazar, yasama, yürütme ve yargı organları gibi kararları tüm bireyler üzerinde etki doğuran devletin erkleri söz konusu olduğunda, ancak seküler dönüşümü tamamlanmış argü-

<sup>151</sup> Diğer yandan çoğulculuk fikri ile uyumsuzluk bakımından oklar yalnızca dini gruplara yönelmemelidir. Özellikle 20. yüzyıl, faşizm, aşırı milliyetçilik ve komünizm gibi, seküler görüşlerin de bölücü ve dayatmacı olabileceğini ortaya koymuştur. Yani seküler görüşlerin kesinlikle birleştirici ve müzakereci olduklarını iddia etmek pek mümkün görünmüyor. Perry, (2003), s. 44; Waldron, (2010), s. 21 vd; Maimon Schwarzschild, “Religion and Public Debate in a Liberal Society: Always Oil and Water or Sometimes More Like Rum and Coca-Cola”, *San Diego Law Review*, 1993, Vol. 30, pp. 903-915, s. 911 vd; Gedicks/Hendrix, (1987), s. 1591.

<sup>152</sup> Habermas, (2006), s. 14.

<sup>153</sup> Habermas, (2006), s. 15; Lafont, seküler iddialar öne sürenlerin zaten dini iddialar karşısında bir argüman geliştirerek bu iddiaları ciddiye aldıklarını gösterdiklerini, bir de dini iddiaların seküler alana taşınması için yardımcı olmak görevinin sekülerler açısından orantısız bir sorumluluk olacağını ifade eder. Kaldı ki seküler iddialar öne sürenlerin birçoğu dini iddialara peşinen karşı olan kimselerdir. Bkz. Lafont, (2007), s. 249 vd.

manların kullanımına rıza gösterebilmektedir. Aksinin ise devletin tarafsızlığını ortadan kaldıracığının farkındadır.<sup>154-155</sup>

Sonuç olarak, dini argümanların bir bütün olarak dışlanması, dindarlar için eşitsiz bir tartışma ortamı oluşturur. Bunun yerine dindarların dogmatik olmayan görüşlerini ileri sürmelerine izin verilmelidir. Bunun için de dini grupların baştan kabul etmesi gereken bazı şartlar vardır. İlâveten devlet erklerinin alacağı kararlar herkes için etki doğuracağından dindarlar bu görüşlerini herkesin anlayacağı şekilde formüle etmedikleri sürece dini argümanların devlet kurumlarının kararlarına etki etmesine müsaade edilmemesi eşitlik prensibine aykırı değildir. Zira dindarlar devletin sahibi değil, diğer bireyleri ile birlikte yalnızca tamamlayıcı parçalarından biri olduğunu ancak bu şekilde hatırlayabilir.

### **C. Dini Görüşlerin Çoğulculuğa Katkı Sağladığı, Sabit Fikirli Olmadığı ve Günümüzde Savlarının Dayatmacı Olmadığı İddiası**

Yukarıda ele alınan görüşlerden biri de dini argümanların çoğulcu bir toplum için olumsuz olduğu ve açık fikirli olmadığıdır. Buna karşın dini görüşlerin çoğulculuğa katkı sağladığı ve dayatmacı olmadığı da ileri sürülmektedir.

#### **1. İddia**

Özellikle aydınlanma düşünürleri din ile çoğulculuk arasında negatif bir ilişki kurmuşlardır. Bu noktada oklar hoşgörü ve çoğulculuk gibi erdemleri geliştiremeyen Kiliseye yönelmektedir.<sup>156</sup> Özellikle 11.

<sup>154</sup> Habermas, (2006), s. 10-11; Lafont açısından bu da Habermas'ın açmazıdır. Vatandaş iken dini argümantasyona başvurabilen birinin parlamentoya seçildikten sonra dini argümana başvuramayacak olması tezat oluşturur. Diğer yandan Rawls'ü kamusal akıl teorisi ile kıyaslandığında vatandaşlar açısından bu sınırın kaldırılması da elbette bir genişleme olarak görülebilir. Lafont, (2007), s. 245.

<sup>155</sup> Ancak Habermas'ın bu değerlendirmeleri aşağıda ele alınacağı için burada tekrara düşmemek adına ayrıntıya girilmemiştir.

<sup>156</sup> Kilise, Roma İmparatorluğu içerisinde kabul görmesinden itibaren Pagan kültürü ile Yunan ve Latin medeniyetinin din ile bağdaşan yanlarını benimsemiştir. Fakat bu benimseme, sanat, zanaat, değerler veya klasik medeniyetlere ait düşünce dünyası söz konusu olduğunda sınırlı kalmıştır. Bu ise daha sonra modern Avrupa'nın köklerini oluşturacak olan Aristo, Arşimet, Öklit ya da devlet yapısına ilişkin Greko-Romen görüşleri gibi hususları dışlamıştır. Kaldı ki kilise asla kendisini tama-

yy ile birlikte Kilise'nin, Papa VII. Gregory (1073-1085) döneminde, seküler (dünyevi) otorite karşısında üstün olduğunu<sup>157</sup> iddia etmesi ile birlikte din ve devlet arasındaki ayrılık belirginleşmiştir.<sup>158</sup> Kilise, ilahi olana ait olduğunu ve bunun sonucu olarak dünyevi otoriteden üstün olduğunu iddia etmiştir. Bu üstünlük nedeniyledir ki kendi içerisinde çoğulculuğun ortaya çıkması fikrini de reddetmiştir. Zira onun krallığı bu dünyaya ait değildir. Rönesans ile birlikte yükselen açık fikirlik, hoşgörü, bilime/kanıtı açık olma gibi etik değerler, Kilise tarafından kendi iddialarına birer sorgulama olarak görüldüğünden reddedilmiş, bu değerler pagan kültürü ve antik Yunan medeniyetini "keşfeden" seküler dünya içerisinde yükselmiş<sup>159</sup> aydınlanmacı düşünürler bu çoğulculuk ve hoşgörü kültürünü benimsemiştir. Din savaşlarının da etkisi<sup>160</sup> ile birlikte Kilise baskı altında kalmıştır.<sup>161</sup>

---

men dünyevi otorite ile kaynaştırmaya yanaşmamıştır. Schwarzschild, (1993), s. 904-907; Joseph R Strayer, Modern Devletin Kökenleri, Çev. Eraslan Candan, Say Yayınları, İstanbul, 2020, s. 44-45.

<sup>157</sup> Bilindiği üzere Hristiyanlık yayılmaya başladığı andan itibaren kendisini devletten bağımsız bir noktada konumlamıştır. "Sezar'ın hakkını Sezar'a, Tanrının hakkı Tanrı'ya verin" anlayışı buna dayanır. Ayrıca 5. yüzyılda Augustinus tarafından ayrımlanan Tanrı Devleti ve Yeryüzü Devleti tanımlamaları da Kilise ile dünyevi iktidar arasındaki ayrımı teorik olarak sağlamıştır. Hatta zamanla pratikte sonraki Papaların söylem ve eylemleri ile Kilise, dünyevi otorite üzerinde kontrol ve denetim merci olarak kendini sunmuştur. Detaylı bilgi için Bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 60-62, 75 vd. Papa VII. Gregory'nin iddiası ise bu teorilerin üzerinden ilerleyerek uhrevi otoritenin, Tanrı Devleti'nin, dünyevi otoritenin üstünde olduğu iddiasına dayanır.

<sup>158</sup> Papa VII. Gregory ve İmparator arasındaki gerilim, Papa'nın 27 maddeden oluşan ve İmparator'un yetki alanı içerisindeki piskoposların atanması, görevden alınması, imparatorların Papa tarafından azledilebilmesi fakat Papa'nın Tanrı dışında kimse karşısında sorumlu olmaması ve Kilise'ye karşı çıkan kimsenin Katolik olarak kabul edilememesi gibi hükümleri içeren Dictatus Papae'yi (Papa'nın Emirleri) yayımlaması ile birlikte iyice artmıştır. Bunun karşısında İmparator Heinrich, yönetim işlerine müdahil olan Papa VII. Gregory'yi görevden aldığını açıklamasından sonra Papa'nın Heinrich'i aforoz etmesi de gerilimi iyice artırmıştır. Sonuç olarak İmparator geri adım atmış ve Papa'nın ayağına giderek af dilemiştir. Akabinde ise Roma'ya sefer düzenleyen İmparator, Papa'yı Roma'dan sürmüştür. Konu ile ilgili Bkz. Salihpaşaoğlu, (2018), s. 98-102.

<sup>159</sup> Man Yee Karen Lee, "Religion, Human Rights and the Role of Culture" *The International Journal of Human Rights*, 2011, Vol. 1, No. 6, pp. 887-903, s. 890.

<sup>160</sup> Yaşar Salihpaşaoğlu, Özgem Gümüş Boyacı, Bir Modern Devlet ve Egemenlik Miti: Westphalia Barışı" *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 15, Sa. 1, s. 191-224.

<sup>161</sup> Schwarzschild, (1993), s. 904-907; Strayer, (2020), s. 44-45.

Meseleye bir başka açıdan bakıldığında, aydınlanma düşüncülerinin çoğulculuğa katkı sağlayacak tüm görüşlere hoşgörülü olunmasını tavsiye etmekle birlikte, hoşgörülerine de bir sınır çektikleri görülmektedir. Bu sınır, bağnazlıktır. Zira onlar dinin iktidarlarını kurmak ve pekiştirmek isteyen din adamlarının elinde, dogmalarla, gizemlerle, boş inançlarla donatıldığını ileri sürmüş ve bunun cehalet ürettiğine işaret etmiştir.<sup>162</sup> Politik alanda var olmayı ve hoşgörüden yararlanmayı arzulayan bir kimsenin öncelikle bağnazlığı terk etmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>163</sup> Bağnazlığın ise dini inanışları ile politik alanda var olmayı amaç edinenleri tanımladığı ima edilmektedir.<sup>164</sup> Bu düşünce ise zaman zaman dindarların tamamının “bağnaz” ve “boş inanç” sahibi olarak nitelenmesine yol açabilmektedir. Bu durum da daha en baştan politik alandan dindarların dışlanması ve çoğulculuk iddiasıyla hareket edenlerin çoğulculuğu kendi elleri ile daraltmaları anlamına gelmektedir. Öyleyse yalnızca dindarlar dışlayıcı değildir, seküler düşünceye sahip olanlar arasından da dışlayıcı görüşlere sahip olanların çıkması olasıdır. McConnell’in ifadesi ile:

*“Dini olarak motive olmuş siyasi aktivizmin bazen uzlaşmaya uzak ve çatışmacı olduğu inkâr edilemez. Fakat “dini” ve “seküler” gibi kategoriler büyük ölçüde ve savunulamayacak şekilde ya aşırı kapsayıcı ya da kapsayıcı olmaktan uzaktır. Bazı dini siyasi aktivizm (örnekleri) şüphesiz rahatsız edici, bölücü ve uzlaşmazdır; fakat çoğu dini şekilde motive olmuş siyasi hareket de sevgi dolu, zarif ve alçakgönüllüdür. Ayrıca seküler siyasi hareketin –özellikle bugünün kimlik politikaları söz konusu olduğunda- hattın dini tarafında görüldüğü kadar bölücü, hoşgörüsüz ve uzlaşmaz olanları az değildir.”*<sup>165</sup>

Sonuç olarak iddia, dindarlar kadar sekülerlerin de hoşgörüsüz olabileceği, diğer yandan ise dindarların da en az sekülerler kadar çoğulcu olabileceğidir.

<sup>162</sup> Mehmet Ali Ağaoğulları, “Dördüncü Bölüm: Halk: Devrim”, Sokratesten Jakobenlere Batıda Siyasal Düşünceler, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 528-539.

<sup>163</sup> Salihpaşaoğulları, (2018), s. 161-163; Ağaoğulları, (2014), s. 529.

<sup>164</sup> Detaylı bilgi için Bkz. Salihpaşaoğlu, (2018), s. 161-163.

<sup>165</sup> McConnell, (1999), s. 648-649; Benzer yönde Felsefe Sözlüğü’nde Romilly’nin görüşleri laik bir sistemde sivil topluma ters düşen dogmaların hoşgörü ile karşılanmaması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Salihpaşaoğlu, (2018), s. 162.



## 2. Dini Hoşgörüyü Bir Örnek: Türk-İslam Pratiği

İslamiyet *-ve Yahudilik-*, daha en baştan dini ve dünyevi otoriteyi birlikte ele almış, ilahi olanın dışında kalan alanda da kuşatıcı bir iddiaya sahip olmuştur.<sup>166</sup> Bu nedenle İslamiyet, yalnızca din adamları ve mistik kişilikleri değil aynı zamanda devlet adamları, hukukçuları, bürokratlar, sanatkârlar ile bilim adamları ve şairleri kapsayan geniş bir grubu dini figürler olarak kapsayabilmıştır. Bu ise belirli bir çoğulculuğa, karşıt düşüncelere ve bilime yer açmaksızın başarılabilecek bir olgu değildir. Örneğin Lewis, İslam medeniyeti ile Avrupa medeniyeti arasında hoşgörü açısından bir karşılaştırma yapar ve şu sonuca ulaşır;

*"On sekizinci yüzyıla kadar hoşgörü, Avrupalılar tarafından ne tecrübe ne de takdir edilen bir şeydi. Türkleri öğretilerini zor kullanarak dayattıkları için değil (başka nasıl dayatılabilir ki) yanlış, yani Hristiyan olmayan, öğretileri dayattıkları için ayıplıyorlardı. Fakat aslında Türkler Müslümanların üstünlüğüne saygı gösterdikleri ve vergilerini ödedikleri sürece dinlerini zorla dayatmaz ve tebaalarını kendi dinleri uyarınca yaşamalarına izin verirlerdi. Bunun sonucunda 17. yüzyılda Türk başkenti, muhtemelen Avrupa'da her mezhep ve inançtan Hristiyan'ın oldukça güvenli bir şekilde yaşayabildiği ve çeşitli hizipleşmelerini ve sapkınlıklarını savunabildiği tek şehirdi. Bu Hristiyan coğrafyasının hiçbir yerinde mümkün değildi."*<sup>167</sup>

İslam'ın birlikte yaşamayı teşvik edici bu yönü Osmanlı tarafından kullanılan bir yöntem olan *millet sistemi* ile tatbik edilmiştir. Buna göre Osmanlı'da etnik kökene ve dine dayalı olarak ayrıştırılan gruplar (*Rum-Ortodoks, Ermeni Ortodoks ve Yahudiler*) birer özyönetim oluşturmaktaydı. Devletin neresinde yaşarsa yaşasın, merkezi İstanbul'da olan bu milletlerden birine dâhil olan bir tebaa, hukuki ve sosyal ilişkilerini bu millet vasıtasıyla yürütebilmekteydi. Bu milletin başındaki dini şef, vergi toplama, üyelerin mallarını idare etme ve belirli konularda cezalandırma yetkisine sahipti.<sup>168</sup> Millet sistemi bu haliyle

<sup>166</sup> Schwarzschild, (1993), s. 907-908; Bernard Lewis, İnanç ve İktidar-Ortadoğu'da Din ve Siyaset, Akılçelen Kitabevi, Ankara, 2017, xi.

<sup>167</sup> Lewis, İslam ve Batı (2017), s. 145-146; genel olarak 138-151.

<sup>168</sup> Bu milletlere mensup olanlar ile bir Müslüman arasında ortaya çıkan uyumsuzluklarda İslam hukukunun uygulanması ve İslam mahkemelerinde davanın görülmesi zorunlu idi. Bu zorunluluk Müslüman egemenliğinin bir işaretidir. Bkz. Taylan Barın, "Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 44.



hoşgörülüdür fakat çoğulculuğu desteklemez. Çünkü kendi içerisinde belirli bir hiyerarşi ve otoriteyi öngörmesi nedeniyle günümüzdeki liberal devlet ile kıyaslandığında bireyi yeterince koruyan bir mekanizma oluşturmamaktadır. Çünkü bireyin kendi hayatının gidişatını kendisinin belirlemesine müsaade edilmez, onu yalnızca mensubu olduğu din üzerinden tanımlar ve din değiştirme, dini sorgulama ya da gözden geçirme özgürlükleri korunmaz. Dolayısıyla da seküler bir sistem içerisinde desteklenebilir değildir. Çünkü 17. yüzyılın hukuk ve politika anlayışı ile günümüzdeki anlayış farklıdır. Bir kere laiklik prensibi gereği belirli bir dinin bir devlette hâkim din olması söz konusu olamaz. Ayrıca günümüzde laik bir demokratik devlet, dini hoşgörüyü değil çoğulculuğa önem atfetmektedir. Dinsel hoşgörü ile laiklik çerçevesinde çoğulculuk birbirinden farklıdır. Çoğulculuk çerçevesinde tüm bireyler eşittir ve aynı haklara sahiptir. Osmanlı'da görünen dinsel hoşgörüde ise bu yönde bir eşitlik görülmemektedir.<sup>169</sup> Ayrıca liberal demokraside bireylerin fikirlerini özgürce savunabilme hakları, yalnızca belirli bir dine ya da mezhebe mensup olanlara değil inanmayanlara ve diğer azınlık gruplarına da tanınmaktadır. Bu karşılaştırmalar içerisinde dini liderlerin oynadığı önemli bir işlev dikkat çekmektedir. Zira dini liderler aynı zamanda dini iddialarını bu dinin inananlarına doğrudan dayatma gücüne sahip olmaktadır. Bu ise hem dinin kendisini hem de daha önemlisi dini şeylerin kararlarını sorgulamaz ve kararlarına itiraz edilemez bir konuma oturtmaktadır. Yani aşağıda görüleceği şekilde birer “pratik otoriteye” dönüştürmektedir.

Sonuç olarak bir din ya da o dinin mensupları farklı kültürler karşısında ne kadar hoşgörülü olurlarsa olsunlar bu çoğulculuk demek değildir. Fakat egemen medeniyet olarak ortaya çıkan İslam'ın azınlık gruplarına baskısını yoğunlaştırmaması ve ötekileştirmemesi, çoğulculuk yönünde önemli bir işaret de ihtiva etmektedir.<sup>170</sup> Dini argüman kullanan dindarların yaşadığı modern toplumla entegre olabilmeleri bakımından, zaten egemeni oldukları bir toplumda gösterebildikleri hoşgörü kültüründen daha fazlasını ortaya koyabileceklerine inanmak için bir sebep de yoktur.<sup>171</sup> O halde dini görüşlerin çoğulculuğa

<sup>169</sup> Bu yöndeki ilk adımlar Islahat Fermanı ile birlikte görülmektedir. Özbudun, (1992), s. 432.

<sup>170</sup> Barın, (2011), s. 45-46.

<sup>171</sup> Carter, (1989), s. 939; Habermas, (2011), s. 24-25.

katkı sağlayabilmesi ve bu görüşlerin hoşgörü ile muamele görebilmesi bakımından bu iddiaların otorite iddialarının türünü doğru tespit etmek önemli hale gelmektedir.

### 3. Modern Laik Sistemlerde Çoğulculuk Sorununa Bir Çözüm Önerisi: Teorik Otorite-Pratik Otorite Ayrımı

Meseleye bir başka açıdan yaklaşan Waldron, dini öğretinin günümüzdeki *teorik otorite* olma vasfına dikkat çekmektedir. Ona göre teorik otorite bir uzmanlık konusudur. Teoride uzman olanın görüşlerini pratiğe dökme ya da başkasına dikte etme vasfına sahip olması zorunlu değildir. Pratiğe dökme ve başkalarına dayatma, *pratik otoritenin* vasfıdır. Her hukuk hocası alanında teorik otoritedir. Fakat görüşleri devlet erklerince kabul edilmek zorunda değildir. Dini otorite de -Hristiyanlık bakımından Kilise ya da İslam açısından din âlimleri/ Diyanet İşleri Başkanlığı<sup>172</sup>- ileri sürdüğü görüşleri bakımından eyleme ya da kendi ahlakiliğini bireylere dikte etme gücüne ve yetkisine sahip değildir.<sup>173</sup> Buna karşın din, insanların karşılaştığı sosyal problemlere yüzyıllar boyunca çözümler sunmuştur. Bu çözümlerin önemli bir kısmı ise, kürtaj, eşcinsel birliktelik, zina, kök hücre, alkolizm, kumar gibi konularda halen tartışılmaktadır. Bu açıdan laik bir devlette teorik otorite olan fakat pratik otoriteye sahip olmayan dini otoriteler tarafından ortaya konulan görüşler de ilgili alanda uzman kişilerce ileri sürülen ve tartışmaya “renk katan” görüşler olarak görülebilir.<sup>174</sup> Örneğin yakın zamanda Diyanet İşleri Başkanı tarafından bir Cuma hutbesinde eşcinsel ve/veya evlilik dışı birlikteliklerin günah olduğuna ilişkin şu açıklama yapılmıştır:

*“İslam zinayı en büyük haramlardan kabul ediyor. Lûtîliği, Eşcinselliği lanetliyor. Nedir bunun hikmeti. Hastalıkları beraberinde getirmesi ve nesli çürütmesidir, bunun hikmeti. Yılda yüzbinlerce insan gayri meşru ve nikah-*

<sup>172</sup> Elbette Diyanet İşleri Başkanlığı, yürütmenin bir parçası olmasından dolayı devlet erkinin bir parçasıdır. Bu yönüyle kuruma yöneltilebilecek pek çok eleştiri bulunmaktadır. Fakat söz konusu kurum hakkında burada ifade edilen görüşler yalnızca konu ile ilgili olduğu ölçüdedir. Yani bireyleri bağlayıcı, onlara yük yükleyici kararlar almak bakımından doğrudan bir gücü olmaması yönüyledir. Zira kurumun görüşleri devlet başkanını ya da daha da dolaylı bir yoldan TBMM’yi ancak dolaylı yoldan etkiler.

<sup>173</sup> Waldron, (2010), s. 8.

<sup>174</sup> March, (2013), s. 526; Waldron, (2010), s. 9-10.

*sız hayatın İslami literatürdeki ismi zina olan bu büyük haramın sebep olduğu Hiv virüsüne maruz kalıyor.*"<sup>175</sup>

Bu hutbede ileri sürülen argümanlar ele alındığında iki farklı yol izlenmiştir. Bunlardan ilki söz konusu eylemlerin "haram olma" ve "lanetlenmiş olma" yönleridir. Bu argümanlar hukuki argümanlar değildir. Müslüman olmayanlar açısından bu yöndeki iddiaların pek kıymeti de yoktur. Bu nedenle bu iddiaların bir kanunun, yürütme işleminin ya da mahkeme kararının gerekçesi olması mümkün değildir. Çünkü "haram" ya da "lanetlenmiş" olmak hukukun konusu değildir; ispatlanabilir değildir. İkinci argüman ise bu eylemlerin hastalık sebebi olmasına, yani kamu sağlığını tehdit ettiğine yöneliktir. Bu argüman iddianın kamusallaşmasına imkân tanımaktadır. Çünkü bu savların (*hastalık yayma vs*) farklı bilimsel veriler ya da raporlar vasıtasıyla teste tabi tutulabilmesi ve bu sayede olumlanması ya da yanlışlanması pekâlâ mümkündür.<sup>176</sup> Yani rasyonalite ve ikna edicilik temelinde test edilmesi ve böylece dindarlar ile sekülerler arasındaki etkileşimin sağlanması da mümkün hale gelir.<sup>177</sup> Ancak burada tartışılması gerekli olan bu iki argümanın hiçbiri değildir.

Konu bakımından asıl husus bu sözlerden dolayı eşcinselliğin ya da zinanın Türkiye Cumhuriyeti tarafından suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Çünkü bu görüşlerin devlet başkanı ya da TBMM üyelerinin kararları üzerinde doğrudan bir bağlayıcılığı yoktur. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görevi, toplumu dini konular konusunda aydınlatmaktan ibaret olup<sup>178</sup> görüşlerini bireylere de devlete de dikte edemez.<sup>179</sup> O

<sup>175</sup> İlgili haberler için Bkz. "Diyanet'ten cuma hutbesi: Eşcinsellik ve nikâhsız yaşama hastalıkları beraberinde getiriyor", Cumhuriyet Gazetesi, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diyanetten-cuma-hutbesi-escinsellik-ve-nikahsiz-yasama-hastalıkları-beraberinde-getiriyor-1734976>, (Erişim Tarihi: 26.8.2020).

<sup>176</sup> Örneğin Dünya Sağlık Örgütü, eşcinselliğin bir hastalık olarak kabul edilemeyeceğini, normal bir insan davranışı olduğunu ilan etmiştir. Bkz. "Homosexuality is not a disease", Development and Cooperation <https://www.dandc.eu/en/article/world-health-organization-considers-homosexuality-normal-behaviour>, (Erişim Tarihi: 19.4.2021).

<sup>177</sup> Greenawalt, (1990), s. 1028; Perry, (2003), s. 43.

<sup>178</sup> Zira 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre "İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere; Cumhurbaşkanlığına bağlı Diyanet İşleri Başkanlığı kurulmuştur."

<sup>179</sup> Yine de burada Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu görüş açıklamalarını bir devlet kurumu olarak yapıyor oluşunun doğurduğu sakıncalar bulunmaktadır. Bu ise

halde söz konusu görüşler en fazla “Sünni İslam anlayışı dikkate alındığında, kamusal tartışmalara katkımız bu yöndedir” şeklinde okunabilir.<sup>180</sup> Yani çoğulculuğun sağlanabilmesi bakımından sınır, görüş açıklayan bu dini otoritelerin aynı zamanda pratik otorite, yani görüşlerini dikte eden merci, olmamasıdır. Bu durumda doğrudan bir hayat görüşü dayatma söz konusu olacaktır. Yasama, yürütme ve yargı mensupları elbette tartışmalı *ve* meselenin açık bir cevabının olmadığı konularda diğer rasyonel görüşlerin yanında, dini otoritelerin somut örnekteki gibi rasyonel ve makul olma ihtimali taşıyan görüşlerinden de ilham alabilir. Bu ise sözü söyleyen kurumdan bağımsız, söylenen sözlerin akıl ile kuşatılabilir, ispatlanabilir olması, sağduyulu olması ile ilgilidir. Yani bu yöndeki tasarruf, dikte edilmiş bir ilhamdan ziyade müzakereci bir tartışma ortamından beslenmek olduğu sürece sorun teşkil etmemelidir.

#### D. Dinin Kavramsallaştırma Gücünün Kamusal Akıl Karşısında Üstün Olduğu İddiası

##### 1. İddia

Modernitenin ve bilimin gelişmesi, pek çok eski çatışmanın kamusal akıl vasıtasıyla çözülmesine imkân tanımıştır. Fakat hala pek çok sorun kamusal aklın araçları vasıtasıyla çözülememektedir. Öyle ki üretilen çözümler az ya da çok yetersiz kalmakta ya da aynı anda birbiri ile çatışan farklı değerlerin çatışması sonucu birden fazla ikna edici çözüm ortaya çıkabilmektedir. Böylece soruna ilişkin tek bir çözüm oluşturulamamaktadır (*underdeterminacy*).<sup>181</sup> Örneğin kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık, seçim çevrelerine ilişkin *gerrymandering* uygulamaları, insan klonlama, fahişeliğin yasal olarak yönetimi, pornografi, ötenazi ya da ölme hakkını da içeren temel liberal adalet iddiaları

---

meselenin farklı bir boyutu olduğundan burada ele alınmamıştır.

<sup>180</sup> Benzer şekilde yorumlar için Bkz. Wladron, (2010), s. 10; bu konudaki etkileşim açıktır ki yukarıda ele alınan “B. Dindarların Politik Konularda Dini Gerekçelerden Vazgeçmek Zorunda Oluşunun Din Özgürlüğünü İhlal Ettiği İddiası” başlığı ile doğrudan ilişkilidir.

<sup>181</sup> Greenawalt, (1988), s.144-147; Perry, (1997), s. 57; Andrew Williams, “The Alleged Incompleteness of Public Reason”, *Res Publica*, 2000, Vol. 6, pp. 199-211, s. 202; David A Reidy, “Rawls’s Wide View of Public Reason: Not Wide Enough”, *Res Publica*, 2000, Vol. 6, pp. 49-72, s. 64.

bunlar arasında yer alır. Reidy'e göre, bazıları, bu konular hakkında kendilerince ikna edici cevaplar getirebilir ya da konuya özgü tartışma yaratan politik değerler arasında bir üstünlük sıralaması yaparak sorunu çözebilir: Fakat geri kalan çoğunluğun yalnızca akla dayanan ikna edici gerekçeler ile sorunu çözmesi güçtür.<sup>182</sup> Bu iddialar karşısında ise dini iddiaların halen insanları manevi anlamda tatmin eden bir yönünün bulunduğu açıktır.

Örneğin, Habermas meseleye çok farklı bir açıdan yaklaşmaktadır. Yazar, aydınlanma sürecinin başında seküler düşüncenin dini düşünce karşısındaki açık üstünlüğü nedeniyle, dini iddiaların büyümesini ve mistik yanını kaybetmesini olumlar.<sup>183</sup> Bununla birlikte yazar, yukarıda ifade edildiği üzere, zamanla toplumun kendi sorunlarına yaklaşım tarzında da dini düşüncenin yerini tamamen seküler felsefeye bırakacağını tahmin edildiğini ancak günümüzde halen dinin önemli bir figür olarak devamlılığını koruduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu tür toplum, sekülerleşmenin gerçekleştiği ancak din olgusunun ortadan kaybolmadığı post-seküler toplumdur.<sup>184</sup> İnsan doğasının metalaşmasına yol açabilecek ve bizim kendimizi "insan türü" olarak algılayışımıza zarar verebilecek bir tehdit olan *insan klonlama* gibi genetik biliminin konuları da dahil olmak üzere teknolojideki gelişmeler karşısında seküler düşüncenin çözüm üretememesi ya da *11 Eylül saldırıları* karşısında batı medeniyetinin diğer medeniyetleri modernleştirmedeki başarısızlığının ortaya çıkması, düşünürü *dini anlatıları* farklı bir gözle ele almaya itmiştir.<sup>185</sup> Ona göre dinin muhtevasındaki hikâyeler, sorunlara yaklaşım tarzları ve özellikle iyi olana ve kötü olana dair imgeleri kavramlaştırma (semantic) gücü güncel seküler felsefi yaklaşımlar ile karşılaştırıldığında hala üstündür.<sup>186</sup> Yani din, belirli meselelere yaklaşımı itibarıyla konunun içeriğini doldurabiliyor ve zihinde bir form canlandırabiliyor iken aynı konunun seküler yönden izahı

<sup>182</sup> Reidy, (2000), s. 64

<sup>183</sup> Maeve Cooke, "Salvaging and Secularizing the Semantic Contents of Religion: The Limitations of Habermas's Postmetaphysical Proposal", *Int. J. Philos. Relig.*, 2006, Vol. 60, pp. 187-207, s. 188.

<sup>184</sup> Habermas, (2006), s. 15; Habermas, (2011), s. 24-25.

<sup>185</sup> Cooke, (2007), s. 225; Cooke, (2006), s. 188-189.

<sup>186</sup> Hatta Habermas, aydınlanma geleneğinin moderniteye ilişkin içeriklerini anlamlandırmak ve muhafaza etmek noktasında yeterli motivasyona sahip olduğunun şüpheli olduğundan bahsetmektedir. Bkz. Habermas, (2011), s. 17.

her daim mümkün olamıyor.<sup>187</sup> Özellikle dini bir kavram olan günah ile seküler bir kavram olan cezalandırılabilirlik arasındaki farka dikkat çeken Habermas için;

*“Günah, cezalandırılabilirliğe dönüştürüldüğünde ve insan yapımı kanunlara karşı bir saldırı durumunda ilahi emirlerden vazgeçildiğinde bir şeyler kayboldu. Affedilme ümidi, hala diğerlerine etki eden zararları telafi etme ümidine bağlıdır. Çok daha şaşırtıcı olan ise – insan gücü ile tamiri mümkün olmayacak şekilde istismar edilen, haysiyeti elinden alınan, öldürülen, masum bir insana etki eden adaletsizlik gibi- geçmiş acıların geri döndürülemezliğidir. Kaybolan yeniden diriliş umudu, şiddetli bir boşluk olarak hissedilmektedir.”*<sup>188</sup>

## 2. İddianın Değerlendirilmesi

Mademki dinin kavramlara yüklediği anlam hala kamusal akıl araçları karşısında güçlüdür, o halde dinin kamusal aklın yerini alabileceği söylenebilir mi? Bu soruya derhal “hayır” cevabı verilmelidir. Ancak bu “hayır” cevabının niteliği farklı yazarlara göre değişebilmekte, hatta zamanla “evet” yönünde seyretmektedir. Bir kere kamusal aklın savunucuları, kamusal aklın başlı başına sonuçsuz olmadığı-

<sup>187</sup> Örneğin insan klonlamanın ahlaki açıdan yanlışlığını ele alalım. Dindarlar açısından insan Allah tarafından yaratılmış olması nedeniyle kutsaldır. Eşrefi mahlûkattır. Bu nedenle de “insan onuru” denilen olgu insana yakışır. Diğer yandan, insan, Allah’ın ruh vermesi suretiyle insandır. Ruhu olmayan, bu ruhu Tanrı’nın vermediği varlık insan olamaz. İnsan klonlama ise bu nedenle yanlıştır. Diğer yandan seküler akıl klonlama meselesine, “rahim dışında döllenmiş cinsel hücre” (gamete fertilized ex utero) olarak yaklaştığında hem tanımlama sorunu ile karşı karşıya kalmakta hem de insana atfedilen kutsallığın ortadan kalkıyor olmasından mütevellit klonlamadan kaynaklanan ahlaki sorunlara cevap üretmek zorlaşmaktadır. Zira burada açıkça anlam kaybolmaktadır. Bkz. Habermas, (2003), s. 109; Chambers, (2007), s. 214.

<sup>188</sup> Habermas, (2003), s. 110-111. Benzer yönde Bkz. Habermas, (2011), s. 17; Benzer şekilde Gedicks ve Hendrix’e göre; “Aşkın idealler dini olabileceği gibi lâdini olarak da tahayyül edilebilirken lâdini görüşler dini görüşün ev sahibi olduğu psikolojik önemden yoksundur. Dinler bir ölçüde taahhütlere ve sık sık seküler ideolojilere bağlı olanlar tarafından karşılanamayacak olan fedakârlıklara yol açarlar. Gerçekten de pek çok batı dinini etkisi altına alan ilahi yargulama kavramı, aşkın gerçeklikteki din algısının olgusal olarak insan davranışları üzerinde seküler olanlardan daha kuşatıcı olabileceği yönünde fikir vermektedir. İnananlar Tanrı karşısında hesap vermekte zorunda iken (eğer şimdi değilse bile öldükten sonra), seküler olanlar için nihai yaptırım ise sıklıkla gerçekleşmeyen ve liberal demokrasilerde hiçbir zaman kadir-i mutlak olmayan akranları tarafından uygulanır.” Gedicks/Hendrix, (1987), s. 1592.



nı ileri sürmektedir. Yukarıda sözü edilen kilitlenmeler bazı yazarlara göre kamusal aklın sonuçsuz olduğunun değil, kapsamının genişletilmesi gerekliliğinin bir göstergesi olabilir. Örneğin Greenawalt temelde kamusal aklın yeterli olduğu noktada dini argümanların dışlanması gerektiğini savunur. Tartışmalı sorunlara ilişkin kamusal aklın ürettiği çözümlerin yetersiz kalması durumunun ise iki şekilde aşılabileceğini ifade etmektedir. Bunlardan ilki, dini görüşleri spesifik olarak ele almamaktır. Bir soruna değil de bir bütün olarak tüm sorunlara yönelik olarak, kapsayıcı bir görüşün (felsefe ya da dini fark etmeksizin) ortaya sunduğu görüşlerin karşılaştırılması sonucunda hangisi liberal politik felsefeye en uygun olanı ise onun tercih edilmesidir.<sup>189</sup> İkinci ise, belirli bir zaman aralığında kamusal akla dayanılarak çözülemeyen bir sorunun belki gelecek bir tarihte çözülebileceğinden bahisle üzerinde yeterince kafa yorulması sonucunda kamusal aklın tüm kamusal sorunlara çözüm üretebileceğini kabul etmektir. Yani dini iddiaları tartışmaya dâhil etmeksizin kamusal akıl araçlarının niteliğinin geliştirilmesi için yeteri kadar çaba harcanır ise sorun yine kamusal akıl araçları ile çözülebilir. Greenawalt, kölelik ile ilgili tartışmaların da bir çırpıda değil fakat zaman içerisinde, eşitlik fikrinin güçlenmesi ile nihayete erdirildiğini bu iddiasına örnek olarak gösterir.<sup>190</sup> Fakat yazar eklemektedir ki bir sorunun gelecekte çözülebilir olması ihtimali, o soruna ilişkin bugünkü tartışmalarda dinin konumu için pek yardımcı olmuyor. Bu nedenle söz konusu sorunlara felsefeciler tarafından üretilen soyut ve karmaşık çözüm önerileri üzerinde dahi uzlaşamadığı bir noktada bireyin ya da politikacının açık bir biçimde kendi dini görüşlerinden soyutlanmasını ve bu görüşlerden kendisine daha akla yatkın olduğunu düşündüğü birini seçmesini beklemek akli aşırı ön plana çıkararak bir talep olurdu. Özellikle ahlakilik boyutunun ön plana çıktığı ve soyut değerlendirmeler vasıtasıyla meselenin karmaşıklaştığı bir durumda bireye ve politikacılara da kendini yakın his-

<sup>189</sup> Elbette söz konusu kapsayıcı görüşlerin kendi içerisinde tutarsızlıkları olması da muhtemeldir. Örneğin kürtaj konusunda faydacılık görüşünü değerlendiren Greenawalt, yaşamaya değer olan potansiyel fetüs ile zaten yaşamakta olan bireyi karşılaştırmakta ve bireye öncelik vermektedir. Fakat bu görüş, fetüsün daha küçük olmasından bahisle potansiyel kişiliğe sahip olmasını öne çıkarır. Fakat bu durumda küçük yaştaki bebeklerin de yetişkinler karşısında daha az kişiliğe sahip oldukları ve büyüklerin daha fazla değere sahip oldukları sonucu çıkmaktadır. Bkz. Greenawalt, (1988), s. 150.

<sup>190</sup> Greenawalt, (1988), s. 151.



settiği kapsayıcı görüşlere/dine dayanma imkânının tanınması daha makul olacaktır.<sup>191</sup> Böyle durumlarda insan tecrübesi, kendi öğrendiği ve değişmesi zor ahlaki yargılarına güvenir. Soyut ahlakilik iddiaları, ne kadar açık bir şekilde gösterilirse gösterilsin birey, bu izahat sırf soyut bir temele dayandığı için bile buna inanmaya zorlanamaz.<sup>192</sup> Yazar bu noktada fetüsün ahlaki statüsünün tespiti noktasındaki farklı ve keskin görüşlere dikkat çekmektedir. Bu durumda bilim, bize fetüsün anne karnındaki tüm evrelerini ve gelişimini aktarabilmektedir.<sup>193</sup> Fakat şimdiye kadarki hiçbir bilimsel veri bize fetüsün taşıdığı ahlaki değeri (ne zaman insan olarak kabul edilmesi gerektiği gibi) verememektedir.<sup>194</sup> Benzer şekilde, medikal amaçlarla kullanılmak için satın

<sup>191</sup> Greenawalt, (1988), s. 144-155; Reidy, (2000), s. 65.

<sup>192</sup> Greenawalt, (1988), s. 150-151.

<sup>193</sup> Greenawalt, (1988), s. 121 vd., 126.

<sup>194</sup> Fetüsün içsel olarak insani değer taşıdığı kabul edilmesi, kürtajın masum bir insanın öldürülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu ise resmi olarak Roma Katolik Kilisesi'nin tavrıdır. Onlara göre kürtaj insan yaşamının değerini azaltmaktadır çünkü bu eylem ile birinin yaşamı sona erdirilmektedir. Diğer yandan fetüsün içsel bir ahlaki değeri olmadığı sonucuna ulaşılması durumunda ise kürtajın bu yönde "gayri-ahlaki" bir yanının olması sonucuna ulaşılması ihtimali de azalmaktadır. Görüldüğü üzere konu, birbirine zıt ve keskin görüşler ayrılmaktadır. Bu durumda fetüsün hangi aşamada ahlaki açıdan korunmaya değer olarak ortaya çıktığı sorunsalı öne çıkmaktadır. Bir taraf, bu değer "zigot" gibi hamileliğin çok erken safhalarında edinildiğini kabul ederken bir taraf ise bunun doğum sonrasında elde edilebilen bir değer olduğunu savunmaktadır. Diğer yandan kürtaj savunucuları için bir diğer argüman ise bir kadının kendi vücudunun kullanımının kendi iradesi dışında bir başkasının hayatı için baskılanmasının kadının birey olarak özerkliğine aykırı olmasıdır. İlâveten tecavüz sonucu hamile kalmış bir kadının da doğum sonuçlanıncaya kadar fetüsü taşımak için zorlanmaması gerektiği bir diğer gerektir. Buna karşın, fetüsün içsel anlamda insani değere sahip olduğu savunulduğunda, özellikle çocuğun sağlıklı ve bilinçli bir cinsel birliktelik sonucu doğması sonucunda, kadının fetüs karşısında kendi bedeni hakkında karar alma özerkliği zayıflar. Fetüs insani değere sahip olsa bile bu durumda konunun muhatabı olan kadınların yeterince bilgilendirilmiş ve ikna edilmiş olmaları da gerekir. Aksi halde kadınların kanun aksini emretse dahi, kürtajı meşru hakları olarak görmeleri durumunda bunu merdiven altı yöntemleri ile çözümlenmeye girişecekler ve fetüs ile beraber kendi hayatlarını da riske atacaklardır. Bu durumda kürtajı gayri ahlaki olarak kabul edilse bile bunun sınırlı da olsa serbest bırakılması gerekliliği ortaya çıkabilir. Yine de bu sorunlar başlı başına fetüsün ahlaki olarak insani değere sahip olduğunu düşünenleri ikna edememektedir. Örneğin teknolojinin gelişmesi ile birlikte fetüsün anneden bağımsız bir ortamda gelişimini tamamlaması mümkün hale geldiğinde buna izin verilmeli midir? Bu konuda bilime güvenmek de yetersiz kalmaktadır. Bu tartışmada bir üçüncü kesim ise ilk üç ayından itibaren fetüsün yaşama hakkı sahibi olduğunu fakat bundan öncesi için net bir yargıya varmanın mümkün olmamasından bahisle kürtaj hakkının tanınması gerektiğini savunmaktadır. Greenawalt, (1988), s. 121-137; Rawls, (1995),

alınan hayvanlara, üzerinde yapılacak bazı deneylerin zalimane yönü nedeniyle devlet tarafından el konulması hususu da özel mülkiyet ile hayvan hakları arasında bir gerilime sebep olur. Bu noktada tıpkı fetüsün statüsü gibi hayvanların da ahlaki açıdan korunmaya değer bir varlık olup olmadıkları meselesini kamusal akla dayanarak çözmek şu an için mümkün değildir. Burada konuya ilişkin bireylerin kişisel sezgilerine veya tecrübelerine, dini oryantasyonlarına ya da ahlak anlayışlarına başvurmaktan başka çözüm bulmak güçtür.<sup>195</sup> Bu durumda Greenawalt, tartışma içerisindeki diğer tarafların kamusal olmayan ve herkesi ikna edici olmayan görüşlere başvurması durumunda dini argümanların da kullanılabileceğini ifade etmektedir.<sup>196</sup> Diğer yandan Williams, hayvan hakları ile ilgili örneği temel alarak kamusal aklın yetersiz olup olmadığını inceler. Yazara göre günümüzde hayvan haklarının ahlaki değeri karşısında, tıpkı kölelik konusunda olduğu gibi, bireyler giderek bilinçlenmekte ve hayvanları korumaya değer bulmaktadır. Dolayısıyla kamusal aklın ikna edici sonuçlar ortaya koymak bakımından elverişsiz olduğu iddiası, her ne kadar sorunun tartışıldığı an itibarıyla öyle olsa bile,<sup>197</sup> sanıldığı kadar güçlü değil-

---

s. 243 (dipnot 32); Reidy, (2000), s. 70-71; Williams, (2000), s. 208.

<sup>195</sup> Reidy, (2000), s. 69.

<sup>196</sup> Greenawalt, (1988), s. 144-145; Yine de vurgulanmalıdır ki yazar, dini yargılar ile kişisel sezgiler arasında bir ayırım yapmaktadır. Kişisel sezgiler dine dayanmak zorunda değildir. Örneğin bir vejetaryen et yiyebilmek için hayvan kesiminin yanlışlığı noktasında dine dayanmaz. Fakat onun hayvanların öldürülmesi noktasındaki tutumu, inekleri kutsal sayan bir dini inanışın mensuplarının inek kesimine olan tavrı kadar sert olmaz. Buradan hareketle denilebilir ki bir dindarın kişisel sezgileri ile dini görüşleri arasında bu kadar net bir ayırım yoktur. Bu nedenle de kamusal alanda kişisel sezgilere, ikna edilebilir olmaları nedeniyle dini görüşlere kıyasla daha çok yer verilmelidir. Greenawalt, (1988), s. 157-159, Robert Audi, "Religion and the Ethics of Political Participation", *Ethics*, 1990, Vol. 100, No. 2, pp. 386-397, s. 395; Reidy ise bu örneklerden hareketle, kamusal aklın yetersizliğine dikkat çekmekte ve siyasi değerler arasından yapılacak bir tercih için kapsayıcı görüşlere ya da kişisel sezgi veya ahlak anlayışına başvurulmasına imkân tanımamasını önermektedir. Şüphesiz din de bu araçlar arasındadır. Bkz. Reidy, (2000), s. 70-71.

<sup>197</sup> Greenawalt, gelecekte kamusal aklın meseleye yeteri kadar yoğunlaşması durumunda soruna bir açıklık getirebileceği savını ele almaktadır. Hatta kölelik mefhumunun zamanla eşitlik prensibi lehine çözümlenmiş olmasını da buna örnek olarak göstermektedir. Bununla birlikte sorun kesin olarak çözümlenmeden önceki dönemde soruna kamusal akıl ile açık bir biçimde çözüm üretmek kolay değildi. Buradan hareketle Greenawalt'a göre günümüzün tartışmalı konularında bireyin kendi inançlarına dayanmaktan vazgeçmesini beklemek de aynı şekilde açık ve anlaşılır bir beklenti değildir. Greenawalt, (1988), s. 151.

dir.<sup>198</sup> Audi de benzer şekilde düşünen yazarlar arasındadır. Yazara göre kamusal aklın an itibarıyla sonuçsuz kaldığı her tartışmada dine başvurmaya başlanırsa kamusal akıl çoraklaşır. Yazara göre, özellikle bireyin davranışlarını sınırlayan kararların alınması söz konusu olduğunda, dindar bir müzakereci kamusal aklın araçlarına başvurmaksızın, prematüre bir şekilde sorunun tartışmalı olduğunu ve kamusal aklın yetersiz kaldığını ileri sürerek doğrudan dini argümanlara başvurabilir.<sup>199</sup> Ayrıca yazar, Greenawalt'un da seküler gerekçelendirmeyi öne çıkardığını, bu gerekçelendirmelerin yetersiz kalması durumunda başvurulabilecek olan dini argümanların ise yine seküler argüman zorunluluğu içerisinde, yeni seküler argümanlar tespit etmeye yardımcı olacakları ölçüde kullanılmasını savunduğunu ifade etmektedir.<sup>200</sup> Greenawalt, dini görüşlere başvuruyu ancak müzakeredeki herkes kamusal olmayan görüşlere başvuruyorsa mümkün görmektedir. Aksi halde, Audi'ye göre, belirli bir çoğunluk dininin olduğu sistemlerde, dini görüş politikayı baskılayabilir ve sosyal uyum bu çoğunluğun görüşleri vasıtasıyla baskılanabilir.<sup>201</sup> Bu nedenle Audi, özellikle ahlakiliğin ön plana çıktığı tartışmalı konular bakımından, karar alım sürecine dini görüşlerin etkisini yadsıyamaz ise de son tahlilde seküler bir kamusal aklın yardımıyla kararların şekillenmesini (principle of secular resolution) teşvik etmektedir.<sup>202</sup> Parlamento tartışmalarının kapsamı ve yürütmenin kararlarını gerekçelendirmesi bakımından bu görüşün seküler sistem açısından daha uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

Rawls'ın görüşü ise daha belirsizdir. Yazara göre bu durumda müzakereci akla dayanarak izah edebileceği ve diğer vatandaşlar için de ikna edici bulunabilecek olduğu sürece tartışmalı konularda kapsayıcı görüşlerine başvurabilir. Fakat siyasi değerlerin kamusal dengesini bozan, insan haklarını (kürtaj konusunda kadının eşitliğinin reddedilmesi gibi) reddeden kapsayıcı görüşler bu onayın dışındadır.<sup>203</sup>

<sup>198</sup> Williams, (2000), s. 207.

<sup>199</sup> Audi, (1989), s. 294.

<sup>200</sup> Audi, (1990), s. 391; Sajo, (2008), s.623.

<sup>201</sup> Audi, (1990), s. 395.

<sup>202</sup> Audi, (1990), s. 396.

<sup>203</sup> Rawls için bu sınır, kapsayıcı görüşlerin kendi inançlarını dayatmaları ile ilişkilidir. Örneğin kürtaj konusundan hareketle, kadınların eşit bireyler olarak hamileliğin ilk üç ayında kürtaj hakkı bulunmalıdır. Kürtaj sorunundaki denge yaşam hakkı, toplumun çoğalmas ve kadının eşitliği dengesine dayanır. Rawls ise bu sonuncu değeri reddederek dengeyi bozan kapsayıcı görüşleri reddeder. Rawls,

Bu noktada Rawls, yine de kapsayıcı görüşlere başvurulurken dahi karşılıklılık prensibini göz önünde bulundurmamayı ve kişinin kendisini kapsayıcı görüşlerinden sıyrarak samimi bir şekilde en makul olanın hangisi olduğu üzerine yoğunlaşmasını gerekli görür.<sup>204</sup> Yani yazar, insan haklarını sınırlandıran ya da mevcut anayasal sistem ile çelişen kapsayıcı görüşleri desteklemez. Bu görüş ise soruna çözüm üretmemektedir. Zaten tartışma, insan eyleminin sınırlanması söz konusu olduğunda sonuçsuz kalmaktadır. Örneğin fetüsün anne karnında ne zaman insan olarak sayılması gerektiği halen tartışmalı bir sorun iken bu tartışmalı alan Rawls için din gibi kapsayıcı görüşlerin dâhil olamayacağı bir alandır.<sup>205</sup>

### 3. Soruna Alternatif Çözüm Arayışı: Habermas ve Dini Kavramları Seküler Alana Transfer Etmek

Bu çıkmaz konusunda Habermas'ın dini iddialara devlet kurumları içerisinde değil, devlet kurumlarından hemen önce alan açan görüşü, bu belirsizliği gidermek açısından önemli bir alternatiftir. Bu nedenle, dinin *aydınlatma* (*illumination*) ve *ilham olma* (*inspiration*) gücü olmaksızın post-metafizik düşünce çoraklaşacaktır.<sup>206</sup> Bu durumda,

(1995), s. 243 (dipnot 32).

<sup>204</sup> Rawls bu durumda dahi en doğru sonuca kesinlikle ulaşabileceğini garanti etmez. Ancak bu sürecin karşılıklılık prensibine dayanıyor oluşu ve makulün aranması dolayısıyla, süreçten mağlup ayrılanların kurumlar ve sonuçlar karşısında yıkıcı bir muhalefete başvurmayacaklarını ifade etmektedir. John Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review*, 1997, Vol. 64, No. 3, 765-807, s. 797-799.

<sup>205</sup> Rawls bu noktada kadının bir birey olarak eşitliğinin ön plana çıktığından bahsetmektedir. Bilim fetüsün tüm evrelerini açıkça ortaya koyabilmektedir. Fetüsün bir canlı olduğu da ortadadır. İlk üç ayını tamamlamış bir fetüsün ne ölçüde insana benzediği üzerinde bir tartışma da yoktur. Ayrıca düşük tehlikesinin de bu süreçten sonra azalıyor olması, doğum ihtimalini artırmaktadır. Ancak bu noktada dahi fetüsün taşıdığı ahlaki değere bilim cevap üretmemektedir. Bkz. Rawls, (1995), s. 243 (dipnot 32).

<sup>206</sup> Habermas, sekülerleşmenin de ilk olarak dini kurumların mülkiyetine el konulması ile başladığını ve dini düşünme yollarının ve yaşam tarzlarının rasyonel ve daha üstün olan denklere ile değiştirildiğini ifade etmektedir. Bu konunun bir diğer yandan okunması ise, seküler kurumların, dini kurumlar ve hayat formlarını "çalması" şeklinde idi. Sekülerlerin meseleye yaklaşımındaki ölçsüzlük, modern teknoloji ve bilim sayesinde kapitalist bir şekilde elde edilen ölçsüz üreticilik ile dinin ve dini kurumların temsil ettiği muhafazakarlık arasındaki ilişkinin bir sıfır toplam oyunu olarak algılanması idi. Yani biri yalnızca diğeri pahasına kazanabilirdi. Bu ise bir düşmanlık getiriyordu. Bkz. Habermas, (2003), s. 104; Coke, (2007), s. 225-226.

kamusal tartışmalarda (Habermas için bu alan resmi olmayan kamusal alandır) dini anlatıların kullanılmasına izin verilmelidir. Böylece tartışmalı konularda ileri sürülen dini görüşler seküler zihinli vatandaşlar tarafından eleştirel bir gözle incelenebilir. Bu görüşler arasından, kamusal/seküler akla, kendi sezgilerine ve inanışlarına uygun düştüğünü gören post-metafizik düşünceye sahip vatandaşlar/politikacılar/düşünürler tarafından sekülerleştirilebilir ve dini kavramların, açık ve anlaşılır bir biçimde yeniden formüle edilerek seküler alana transferi sağlanabilir.<sup>207</sup> Böylece, belirli bir dine mensup kişiler tarafından öne sürülen bir iddianın, yalnızca bu dine mensup olan ya da sempati duyanlarca kabul edilmesinden önce herkes tarafından erişilebilir ve kabul edilebilir bir şekilde yeniden formüle edilmesi sağlanabilir.<sup>208</sup> Kaldı ki modern demokratik kurumların pek çoğu zaten dini olan kavramların sekülerleştirilmiş versiyonlarından başka bir şey değildir.<sup>209</sup> Örneğin Habermas için;

*“Hristiyanlık sadece bir öncü ya da katalizörden daha fazlası olarak işledi. Özgürlük fikirlerinden türeyen evrensel eşitlik, dayanışma içerisindeki toplu yaşam, hayatın özerk davranışı ve özgürleşme, bireysel inanç ahlakı, temel haklar ve demokrasi, doğrudan Yahudi adalet etiğinin ve Hristiyan sevgi etiğinin mirasıdır. Esaslı değişime uğramayan bu miras, devamlı eleştiren bir yeniden değerlendirme ve yorumlama unsurudur. Bugüne kadar buna alternatif de olmadı.”*<sup>210</sup>

<sup>207</sup> Habermas, (2006), s. 15 vd; Habermas, (2011), s. 27; Cooke, (2007), s. s. 226.

<sup>208</sup> Cooke, (2006), s. 195.

<sup>209</sup> Bu sav yeni bir sav da değildir. Örneğin Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat isimli eserinde bundan açıkça bahsetmektedir. Ona göre modern devlete ilişkin bütün önemli kavramlar dünyevileştirilmiş ilahi kavramlardır. Örneğin kadir-i mutlak Tanrı, kadir-i mutlak yasa koyucuya dönüştürülmüştür. Hatta düşünür, yalnızca kavramların değil bu kavramları anlamamıza yarayan sosyolojik olguların da dünyevileştirildiğini savunur. Buna ilişkin olarak ise modern demokrasilerde hukuki durum olarak bir istisnailik anlamına gelen olağanüstü hâl olarak kabul edilen hukuki durumun esasen doğaüstü anlam taşıyan mucize kavramına karşılık geldiğini ifade eder. Bkz. Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat, Dost Kitabevi, Ankara, 5. Baskı, 2015, s. 43-44; Habermas, (2003), s. 111-113.

<sup>210</sup> Jürgen Habermas, “A Conversation About God and World: Interview with Eduardo Mendieta” Religion and Rationality, Cambridge: Polity Press, 2002, s. 48-149. Benzer şekilde;

“Kralın ilahi hakkına olan inanç doğrudan monarşiye olan inanca yol açtı; sözleşme (covenant) teolojisi sosyal sözleşme teorisinin döl yatağı idi; piskopozluk din bilimi (episcopal ecclesiology) yüksek ölçüde aristokrasi ile uyumlu idi; kilise idaresi konularında cemaatleri bağımsız sayan kilise sistemi (congregationalism)

Düşünürler, sekülerleştirme ameliyesini yaparken, öne sürülen dini iddiaların gerçekliğini de ortaya koymak mücadelesine girişmezler. Zaten bunu yapmak gerekli de değildir. Bunun yerine yöntem dinin kavramsallaştırmadaki yetkinliğinin tarafsız bir dille, seküler alana transfer edilebilir olduğu kadarıyla transfer edilebilmesini sağlamaktır.<sup>211</sup> Habermas için bu yöntem önemlidir çünkü dindarların dini anlatılara yüklediği önem, onların herkes tarafından açık ve anlaşılır bir şekilde izah edilebilecekleri anlamına gelmez. Aksine dini argümanlar, inananları dışındakiler açısından, ikna edici değildir. Bu nedenle dini argümanların yasama, yürütme ve yargı gibi irade-yapıcı veya karar-verici organlardansa henüz fikirlerin olgunlaştığı zayıf kamusal alanda (devlet kurumlarının yer almadığı alanda) ele alınması ve sekülerlerin ilgi çekici gördükleri dini argümanları transfer ederek bir anlamda onları kurtarması (*salvaging*) fikri, Habermas'ın görüşlerini şekillendirir.<sup>212</sup> Böylece hem dini argümanlar müzakereciler tarafından özgürce ileri sürülmüş olacaktır hem de laik bir devlette yasama ve yürütme gibi aldığı kararlar birey üzerinde etki doğuran kurumlar söz konusu olduğunda kullanılan argümanlar herkes için ulaşılabilir, ikna edici ve dini etkisinden sıyrılmış argümanlar olacaktır.

Sonuç olarak kamusal aklın an itibarıyla bir soruna çözüm üretmiyor oluşu zamanla sorunlara olumlu yönde çözümler üretmeyeceği anlamına gelmez. Dolayısıyla *çatışan değerlerin söz konusu olduğu sorunlar karşısında kamusal aklı desteklemek ve zenginleştirmek için dini argümanlara başvurmak desteklenmelidir. Ancak dini argümanların buradaki rolü, müzakere ortamını baskılamak ve diğer argümanları dışlamak suretiyle*

---

hem demokrasiye hem de ikincillik ilkesine (subsidiarity) ilham oldu; özgürleşme teolojisi devrime ve radikal eşitliğe olan sadakate yol açmıştır. Hobbes, Locke, Hooker, Rutherford, Harrington, ve Spinoza tamamı teolojiye ve İncil'e dair uzun soluklu tefsirler ürettiler. Liberal politikai teori siyasi teolojiden doğdu." Bkz. McConnell, (1999), s. 644.

<sup>211</sup> Bu yöntem, metodolojik ateizm (methodological atheism) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Habermas, (2006), s. 17; Cooke, (2006), s. 188.

<sup>212</sup> Cooke, (2006), s. 193 vd; Habermas'ın dinin anlamsal açıdan gücüne ilişkin görüşleri, aynı zamanda zamansal açıdan bir değişkenlik öngörmektedir. Yani felsefenin modern kavramları anlamsal olarak dolduramadığına vurgu yapmaktadır. Ancak gelecek açısından aynı olumsuz tavrını sürdürmez. Yani bir anlamda Habermas için dini anlatıların kurtarılma süreci tamamlandığında bu anlatılara ihtiyaç da kalmayabilir. Yine de Habermas gelecek noktasında emin konuşmamakta, bu noktada felsefecilerin azmine ve şimdiye kadar olandan daha hassas olmasına bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Habermas, (2002), s. 162-163; Chambers, (2007), s. 219.



*dengeyi kendi lehine bozmak değil, çatışan değerler arasındaki dengeyi olumlu yönde bozacak seküler değerlerin üretilmesine katkı sağlamak olmalıdır. Zira devlet kurumları her durumda seküler gerekçeler ve teşvikler ile hareket etmelidir. Bu denge ancak hukuku etkileme gücüne sahip olan dini değerlerin bu yönünün hukuk alanına seküler yollar vasıtasıyla “dönüştürülmesi” ile olacaktır. Aksi durumda, iddianın yalnızca ilahi argüman ile desteklenmesi, bu argüman ile ikna edilemeyen vatandaşların din ile baskılanması sonucunu doğuracaktır.*

## **E. İnsan Hakları Düşüncesi ile Dini Argümanların Uyuşabildiği İddiası**

### **1. Rawls'ın İnsan Haklarının Alanını Genişleten Dini Argümanların Kabul Edilmesi Hakkındaki Görüşü**

Son olarak dini argümanların liberal değerler ile uyuşabileceği hususu da incelenmelidir. Yukarıda dini iddiaların, özellikle toplumsal ahlak formunda, insan haklarını sınırlandırmanın gerekçesi olmasının liberal demokratik düşünce ile uyuşmadığı ele alınmıştı<sup>213</sup>. Fakat bazı yazarlar, liberal değerlerin dini argümanlar ile uyuşabileceğini iddia etmektedir. Rawls, müzakere için olmazsa olmaz olarak nitelediği bazı prensiplerden bahseder. Ona göre tüm konseptleri karakterize eden üç ana özellik şunlardır;

*“İlk olarak, belirli temel hakların, özgürlüklerin ve (anayasal rejimlerden aşına olunanlar gibi) imkânların listesi;*

*İkinci olarak, özellikle genel iyi iddiaları ve mükemmeliyetçi değerler ile ilgili olanlar olmak üzere, bu hak, özgürlük ve imkânlara özel bir öncelik tayin edilmesi ve*

*Üçüncü olarak, alınan tüm tedbirler, tüm yurttaşların özgürlüklerini etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla çok-amaçlı ve uygun araçlar olarak tasarlanmalıdır.”<sup>214</sup>*

<sup>213</sup> Bkz. Başlık “5. İnsan Hakları Soyut Kavramlarla Sınırlanmaz”

<sup>214</sup> Rawls, (1997), s. 774.



Rawls, bu şartları sağladığı sürece ortak iyiye ve dayanışmaya ilişkin dini öğretinin kendisine yer bulabileceğinden bahseder.<sup>215</sup> Bu noktada makul olan dini görüşlerin anayasal hakları ve düzeni korumak ve ilerletmek amacı taşıması hayatidir. Rawls, bunun için iki örnek verir. İlki ABD başkanı Lincoln'ün köleliğin kaldırılmasını savunurken konu ile ilgili olarak sürekli dini kavramlardan yararlanmasıdır. Köleliğin kaldırılması açıkça temel hakların kullanılmasında eşitliğe dayanan anayasal temeli korumak amacı taşır. Bu açıdan Lincoln'ün görüşü en makulü değilse bile karşıtlarının görüşleri karşısında makul olan görüştür.<sup>216</sup> Benzer şekilde siyahiler için medeni hak taleplerinden biri olan Martin Luther King de özellikle oy hakkı gibi eşitliğe dayalı hak talepleri konusunda sıklıkla dine atıf yapmıştır.<sup>217</sup> Rawls bu yöndeki savunuları olumlu görür.<sup>218</sup> Hem Lincoln hem de King tarafından ileri sürülen görüşler, temelde temel hak ve özgürlüklerin gelişimini savunan ve aşırı olmayan, makul görüşlerdir.<sup>219</sup> Buradan hareketle denilebilir ki müzakerecinin kapsayıcı ama makul bir görüşe dayanıyor olması, bu görüşün sırf kapsayıcı olması dolayısıyla kamusal akıl içerisinde yer alamayacağı anlamına gelmez.

<sup>215</sup> Rawls, (1997), s. 775.

<sup>216</sup> Rawls, (1997), s. 802. Örneğin Lincoln'ün konuya ilişkin görüşlerinden biri şudur: "Bir insanı ele geçirmek ve mülk olarak kullanmak karşısında büyük bir argüman şu an aklıma geldi. O, Tanrı'nın ve adaletin nazarında bir mülk olamaz çünkü o akıl, ahlak sahibi, ölümsüz bir varlıktır, çünkü Tanrı'nın suretinde yaratılmıştır ve bundan dolayı en yüksek manada onun çocuğudur, çünkü tanrısal özelliklerini ortaya çıkarmak ve kalbine yazılmış olan İlahi bir Yasa vasıtasıyla kendisini idare etmek ve Tanrı'nın sözlerinde yeniden tekrar neşet ettirmek için yaratılmıştır. Takip ettiği bu doğasından dolayı, onu ele geçirmek onun Yaratıcısına bir hakaret savurmaktır ve ağırlaştırılmış bir sosyal yanlış ile acı vermektir. Her insanın içine, Tanrı dışardaki tüm yaratılmışlardan daha değerli bir ölümsüz bir ruh üfler... Böyle bir varlığı Tanrı, sanki bir ağaç ya da hayvanmış gibi sahiplenilsin diye mi yarattı?" Bkz. Rawls, (1995), s. 249 (dipnot 37).

<sup>217</sup> Örneğin King için, "adil bir yasa ahlaki bir yasayı ya da Tanrı'nın yasasını kapsayan insan yapımı bir yasadır. Adaletsiz bir yasa ahlak yasaları ile uyumunu kaybetmiş bir yasadır. Saint Aquino'lu Thomas'ın ifadeleri içerisinde bunu yerleştirirsek, adaletsiz bir yasa sonsuz ve doğal yasada kökleri olmayan yasadır. İnsan kişiliğini yücelten tüm yasalar adildir. Ayrıştırıcı tüm yasalar adil değildir çünkü ayrıştırmak ruhları saptırır ve kişiliği zedeler." Bkz. Rawls, (1995), s. 250 (dipnot 39).

<sup>218</sup> Rawls, (1997), s. 778

<sup>219</sup> Kaldı ki ABD açısından meseleye yaklaşıldığında dindarların temel haklara yönelik katkısının bu iki örnek ile sınırlı olmadığı ifade edilmektedir. McConnell iş reformu, sosyal refah yasası, henüz doğmamış olanların yaşamını korumak için gösterilen çabaların dini-siyasi aktivistlerin liderliğinde gerçekleştiğini ifade etmektedir. Bkz. McConnell, (1999), s. 647.

Özetle Rawls, dini ya da dini olmayan kapsayıcı doktrinlerin, *uygun bir kamusal gerekçelendirme yardımıyla da desteklenmesi ve yukardaki kriterler çerçevesinde olması koşuluyla* ileri sürülebileceğini ifade eder.<sup>220</sup> Yani Rawls, açıkça dini öğreye başvurulmasını, liberal değerlere destek çıkması ve ancak makul bir kamusal gerekçelendirme ile sunulması şartıyla, mahzurlu görmez.

## 2. Perry'nin İnsan Onuru ve İyi Yaşam Ayırımı Yapmayı Teklif Eden Görüşü

Benzer bir savunu Perry tarafından da yapılmaktadır. Perry'e göre liberal demokrasi ahlakının kalbinde iki husus bulunmaktadır. Bunlar bireyin dokunulamaz, ihlal edilemez kişiliği ve buradan türetilen, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı, demokratik olarak kendi kendini yönetebilme çerçevesinde siyasal katılım gibi temel hak ve özgürlüklere sahip olmasıdır.<sup>221</sup> Perry, prensip olarak siyasi iradenin ahlaki konulardaki tutumunu temellendirirken dini argümanlara başvurmamasını doğrudan devletin tarafsızlığını ihlal edici bir eylem olarak görmez. Yazara göre dindar bir politikacının, liberal demokrasi ahlakını destekleyici görüşlerini dini argümanları ile açıklıyor oluşu onu liberal olmaktan çıkarmayacaktır.<sup>222</sup> Bununla birlikte seküler argümana başvurma zorunluluğunu, ele alınan ahlaki konunun niteliğine göre tartar. Örneğin ahlakiliğin farklı veçheleri vardır. İnsanın kutsallığı, insan onuru ve değeri ile ilgili hususlar bunların ilkidir. Yazara göre bu alan, temeli itibarıyla safi anlamda dini bir alandır ve insanın biza-tihi insan olmasından dolayı taşıdığı değere işaret eder.<sup>223</sup> Kaldı ki söz

<sup>220</sup> Rawls, (1997), s. 778.

<sup>221</sup> Perry, (2003), s. 36.

<sup>222</sup> Perry, (2003), s. 37.

<sup>223</sup> Yazara göre bu kavramların kökeni ilahidir. Hristiyan geleneğine atıfla Hillary Putnam şuna dikkat çekmektedir; Hz. İsa'nın bizlere söylediği gibi: "Amen, size söylüyorum, erkek ve kız kardeşlerimden hangisi için bir şey yapmış olursanız, benim için yapmış olursunuz." Buradan hareketle tüm insanların mutluluğu arama, yaşama hakkı ve özgürlük gibi devredilemez haklara sahip olduğu önermesi çıkarılmaktadır. Bkz. Perry, (1997), s. 67. Kur'an-ı Kerim'de ise insanın yaratılanların en şerefli olduğu şu şekilde ortaya konulmaktadır: "“Andolsun ki biz, âdemoğullarının üstün bir izzet ve şerefe mazhar kılmışızdır. Onlara karada ve denizde taşıyacak (vasıtalar) verdik. Onlara güzel güzel rızıklar nasib ettik. Onları, yarattığımız şeylerin birçoğundan cidden üstün kıldık” (İsra. 70). Veda Hutbesi'nde ise Hz. Muhammed (S.A.V.), müminlere şöyle hitap etmiştir: "Ey insanlar! Rabbiniz birdir. Babanız da birdir. Hepiniz Adem'in çocuklarısınız, Adem

konusu değerler, günümüzde halen önemli bir dini nitelik taşımakta ise de artık dindar olmayanlar tarafından da açıkça kabul edilen hukuk prensipleridir.<sup>224</sup> Yazara göre bu alanda insanın kutsiyetini değerlendirmek için herhangi bir seküler gerekçenin bulunamamış olması durumunda, devletin insanın değerini yüceltmek için dini argümana başvurmasını engellemek aptallık olacaktır.<sup>225</sup> Örneğin başka bir dine inanan vatandaşların inanç özgürlüklerinin korunması ve herhangi bir saldırı karşısında devlet tarafından maddi ve manevi bütünlüklerinin korunacağına garanti edilecek olması, laiklik prensibi çerçevesinde korunan bir ilke olmasaydı bile dinin öngördüğü hoşgörü prensipleri çerçevesinde üretilmesi durumunda,<sup>226</sup> buna karşı sadece dini nitelikli olması nedeniyle aleyhe bir tutumun geliştirilmesi laikliğin, laiklik adına ihlal edilmesi olurdu.

Ahlakiliğin diğer bir vechesi ise insanın iyiliğidir. Yani “iyi bir yaşam” sürmek için gerekli olan davranış normlarının belirlenmesidir. Bu alana getirilen en ufak bir kayıt dahi insan eyleminin sınırlandırılmasını öngörür ve seküler bir gerekçe olmaksızın yalnızca dine başvurulması durumunda devletin belirli bir dinin öngördüğü yaşam tarzını dayatması anlamına gelecektir.<sup>227</sup> Perry’nin bu konudaki görüşleri temelde yukarıda detaylı bir şekilde yapılan görüşler ile uyumlu olduğundan tekrara düşmemek adına burada detaya girilmeyecektir.<sup>228</sup>

Hem Rawls’ın hem de Perry’nin görüşleri insan haklarının geliştirilmesi söz konusu olduğunda dini argümanların kullanılabilceği

---

ise topraktandır. Arabın Arap olmayana, Arap olmayanın da Arap üzerine üstünlüğü olmadığı gibi; kırmızı tenlinin siyah üzerine, siyahın da kırmızı tenli üzerinde bir üstünlüğü yoktur. Üstünlük ancak takvada, Allah’tan korkmaktır.” Bkz. “Veda Hutbesi”, (Diyanet İşleri Başkanlığı) <https://www.diyabet.be/Portals/0/VEDA%20HUTBESI.pdf> (Erişim Tarihi: 13.4.2021).

<sup>224</sup> Perry, (1997), s. 69.

<sup>225</sup> Yazar, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası düzende insanın kutsallığı, insan onuru, insanın şerefi gibi kavramlardan hareketle sahip olduğu insan haklarının bu perspektiften hareketle ortaya konulduğuna işaret etmektedir. Perry, (1997), s. 66-72.

<sup>226</sup> Bu yöndeki prensip En’am Suresi 108. ayetindeki şu hükümden türetilir: “Allah’tan başkasına tapanlara hakaret etmeyin; sonra onlar da bilgisizlik yüzünden sınırı aşarak Allah’a hakaret ederler. Böylece biz her ümmete kendi işlerini güzel gösterdik. Sonunda dönüşleri rablerinedir. Artık O, ne yaptıklarını kendilerine bildirecektir.” Bkz. Diyanet İşleri Başkanlığı, <https://kuran.diyabet.gov.tr/tefsir/En%20C3%A2m-suresi/897/108-ayet-tefsiri>, (Erişim Tarihi: 13.4.2021).

<sup>227</sup> Perry, (1997), s. 66, 72 vd.

<sup>228</sup> Bkz. Başlık: “5. İnsan Hakları Soyut Kavramlarla Sınırlanmaz”

yönündedir. Fakat hem Rawls hem de Perry insan onuru, eşitlik, irade serbestisi, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi gibi günümüzde pozitif insan hakları metinleri ve anayasalar vasıtasıyla korunan mekanizmalar bulunmakta iken neden dini argümanlara referans vermenin gerekli olduğunu ifade etmemektedir. Diğer yandan her iki yazar da ayrıca insan haklarının sınırlandırılması söz konusu olduğunda ise dini argümanların kullanılmasını mahzurlu görmektedir. Bu noktada dini argümanların seküler argümanlar karşısında süs niteliğinde kullanılmasına razı oldukları açıktır. Madem seküler argümanlar insan haklarının geliştirilmesi için yeterlidir ve insan haklarının sınırlandırılması için ise tek kaynaktır, o halde insan hakları ile ilgili konular açısından dini argümanlara başvurmak acil bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmamaktadır.

### III. Sonuç Yerine: İki Görüşü Uzlaştırmak Mümkün Mü?

Görüldüğü üzere demokratik süreçten dini argümanların dışlanmasını savunanların olduğu kadar muhafaza edilmesini ileri süren görüşlerin de kendi içerisinde ağırlığı bulunmaktadır. Dindar vatandaşlar da seküler vatandaşlar ile eşittirler. Diğer yandan devlet tüm vatandaşlara aynı ölçüde eşit davranmak ile vazifeli ise ne dindarların görüşlerini benimsemeli ne de bu görüşleri ileri sürenler dindar oldukları için sistemden dışlanmalıdır. Buradan hareketle çalışmanın birbiri ile zıt gibi görünen fakat birbirini tamamlayan üç çıkarımı, bu çıkarımlardan ortaya çıkan ise bir temel sonucu bulunmaktadır.

*Birinci çıkarım:* Habermas'ın post-seküler toplum olarak ifade ettiği 21. yüzyılın toplumsal yapısında din olgusu halen mevcudiyetini korumakta ve halen toplumu etkilemektedir. Devlet organlarının karar alımı toplumu etkileyen normatif kurallardan etkilenirken din ise bunların başında gelmektedir. Halkın oyları ile seçilen vekiller ve yürütme üyeleri de bu nedenle dindar insanlar olabilirler. Parlamentoda kullandıkları oyları ya da kanunların icrası sırasında dinin emirlerini yerine getirme içgüdüğü ile hareket etmeleri de hem olasıdır hem de doğaldır.

*İkinci çıkarım:* Din, bir "bütün" olarak akıl ile çelişmek ya da tüm vatandaşlara dayatılan bir dogma olmak zorunda değildir. Hatta modern hukuku etkileyen ve gelişmesini sağlayan pek çok ilke ve pren-

sibin dini kaynakları olduğu da kabul edilen bir gerçektir. İlaveten, en azından İslami anlamda, dini hoşgörünün çoğulculuğa evrilmeye müsait olduğu kabul edilebilir.

Üçüncü çıkarım: Laiklik, devlet organlarının karar alımında eylemin meşrulaştırıcısı olarak dinin yerini aklın, bilimin, paylaşılan öncül-lerin ve sağduyunun almasını temel alır. Ancak bu şekilde vatandaşlar kendilerini bağlayacak kararlara gönüllü bir şekilde itaat edebilmek için imkân bulabilir. Aksi halde alınan kararlar vatandaşlar açısından yalnızca bir dayatmaya dönüşür. Bu dayatma ise nihayetinde dindar olmayan vatandaşların itirazını ya da bir anlamda isyanını meşrulaştırıcı bir unsur olacaktır. Bu bağlamda dini argümanlar meşrulaştırma da “tek başına” etkili olamaz.

Çalışmanın ulaştığı *sonuç* da bu çıkarımların bağdaştırılması ile ortaya çıkmaktadır. Dindar bir devlet görevlisinin – ki bu kişinin yasama ya da yürütme organı üyesi olması fark etmeksizin- *eylemleri için tespit ettiği bir dini görüşü olabilir. Fakat en az bu dini görüşü kadar kuvvetli ve herkesi ikna edici bir seküler argümanı da ileri sürmek zorundadır.*

Dürüst siyasetçiler kararlarının arkasındaki motivasyonu vatandaşlara izah etmek isteyecektir. Bu durumda dini bir saik ile hareket eden parlamenterin ya da yürütme görevlisinin bu motivasyonunu izah etmesinde bir beis olmamalıdır. Buna karşın politikacıyı bir yönde karar almaya yönelten motivasyon ile bu kararın anayasal olarak temellendirilmesini sağlayan gerekçe birbirinden farklıdır. Laik bir devlette gerekçe, anayasaya uygun olmalıdır. Bu anlamda kararın gerekçesi, tüm vatandaşlar tarafından kolayca erişilebilir ve anlaşılabilir, tüm vatandaşlar için ikna edici olmak mecburiyetindedir. Bu mecburiyet, insan haklarının geliştirilmesi, vatandaşlar arasındaki eşitlik prensibinin sağlanması, çoğulculuğun teşviki gibi insanın eylem alanını genişletmeyi amaç ediniyor ise o kadar kuvvetli olmayabilir. Bu nedenle politikacının bu yönde aldığı bir kararı “Tanrı’nın emri” ile vatandaşlara ilan etmesi doğrudan anayasal devlet açısından olmazsa olmaz bir prensibin ihlali anlamına gelmez. Çünkü aslolan zaten serbestidir. Yani vatandaşların zaten sahibi oldukları bir özgürlüğün neye dayanılarak verildiğini izah etmek pek de acil ihtiyaç değildir. Kaldı ki modern anayasal sistemlerde insan haklarının geliştirilmesi ya da genişletilmesi bakımından dine atıf yapmayı gerekli kılan alan-

lar sınırlıdır. Yani modern anayasal sistemlerde dini argümanlara müraaat ederek insan haklarını genişletmek lüzumsuzdur. Bu konuda dini argümanlara başvurmak olsa olsa gerekçeyi “süslemek” anlamı taşıyacaktır. Dolayısıyla laik bir sistemde politikacının bu tür kavramlara başvurması arzu edilen bir tutum değildir. Ancak şablon olarak yasaklanması da elzem değildir.

Diğer yandan toplumsal ahlakiliğin gerekli kıldığı bazı eylem tiplerine ilişkin ön anlayışın bulunduğu, bireyin eylem alanını sınırlandıran, bireyin özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan ve bireye belirli kalıplara sahip bir hayat anlayışını dikte etme anlamı taşıyan alanlarda, hem kanunların gerekçelendirilmesi ve meşrulaştırılması konusunda hem de bu kanunların icrası konusunda –en az dini argümanlar kadar güçlü olan- ikna edici ve erişilebilir seküler argümanların ileri sürülmüş olması önemlidir. Bu durumda yasa koyucu ya da yürütme, bu eylemden dolayı bireylere yönelik bir zararın ortaya çıkacağını bilimsel verilere dayanarak ya da herkesin herhangi bir yetkinliğe sahip olmaksızın kolayca anlayabileceği paylaşılan öncüllere dayanarak bu iddiayı ispat edebilmelidir. *Yalnızca dini saikin bulunduğu, dini argümanların seküler argümanlardan daha güçlü olduğu ya da seküler argümanın tamamen dini saike bir “kılıf” teşkil ettiğinin açıkça anlaşılabilirdiği durumlarda eylem veya kanun doğrudan laikliğe aykırılık teşkil edecektir.* Yani bu durumda vatandaşlar açısından erişilebilir, anlaşılabilir ve ikna edici seküler argümanlar ile kararın gerekçelendirilmiş olması laik bir anayasal devlet açısından olmazsa olmazdır.

## Kaynakça

### Kitap ve Makaleler

- Acar Rahim, “Possibility of Equation Between Reason and Revelation: Was Ibn Sina A Deist?”, *Uluslararası Din & Felsefe Araştırmaları Dergisi*, C. 1, Sa. 1, ss. 6-18, 2018.
- Ağaoğulları Mehmet Ali, “Dördüncü Bölüm: Halk: Devrim”, *Sokratesten Jakobenlere Batıda Siyasal Düşünceler*, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014
- Aliefendioğlu Yılmaz, *Laiklik ve Laik Devlet*, Laiklik ve Demokrasi, Der. Kaboğlu İbrahim, İmge Kitabevi, İstanbul, 2001, ss. 73-128.
- Anayurt Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.
- Arslan Ahmet, “Çevirenin Takdimi-Farabi Hakkında”, *İdeal Devlet*, (Farabi), İstanbul-Divan Kitap, 2015.



- Audi Robert, "The Separation of Church and State and the Obligations of Citizenship", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 18, No. 3, 1989, pp. 259-296.
- Audi Robert, "Religion and the Ethics of Political Participation", *Ethics*, Vol. 100, No. 2, 1990, pp. 386-397.
- Audi Robert, "The Place of Religious Argument in a Free and Democratic Society", *San Diego Law Review*, Vol. 30, Issue. 4, 1993, pp. 677-702.
- Audi Robert, *Religious Commitment and Secular Reason*, New York: Cambridge University Press, 2000. Berkes, *Teokrasi ve Laiklik*, (Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020).
- Barın Taylan, "Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Berkes Niyazi, *Teokrasi ve Laiklik*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2020.
- Chambers Simone, "How Religion Speaks to Agnostic: Habermas on the Persistent Value of Religion", *Constellations*, Vol. 14, No. 2, p. 210-223, 2007.
- Carter Stephen L, "Religiously Devout Judge", *Notre Dam Law Review*, Vol. 64, 1989, pp. 932-944.
- Cooke Maeve, "Salvaging and Secularizing the Semantic Contents of Religion: The Limitations of Habermas's Postmetaphysical Proposal", *Int. J. Philos. Relig.* Vol. 60, 2006, pp. 187-207.
- Cooke Maeve, "A Secular State for a Postsecular Society? Postmetaphysical Political Theory and the Place of Religion", *Constellation*, Vol. 14, No. 2, pp. 224-238.
- Çağlar Bakır, "Türkiye'de Laikliğin "Büyük Problem"i Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine", *Cogito (Laiklik)*, 2018, ss. 111-119.
- Daiber Hans, "God versus Causality", *Islam and Rationality-The Impact of al-Ghazali*, Ed. Tamer G., Leiden: Brill, 2015.
- Davis Derek H, "Religion and the Abuse of Judicial Power", *Journal of Church and State*, Vol. 39, No. 2, 1997, pp. 203-214.
- Dönmez Süleyman, "İbn Rüşd ve Thomas Aquinas Bağlamında Hıristiyanlığın Rasyonel Yorumuna İslam Felsefesinin Etkisi", *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 7, Sa. 2, pp. 21-38, 2007.
- Erdoğan Mustafa, "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sa. 18, 2000, ss. 109-117, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/1982-anayasasında-din-ozgurlugu-mustafa-erdogan,189.php>. (Erişim Tarihi: 27.10.2020).
- Ergil Doğu, "Laiklik Üzerine Düşünceler-Türkiye Örneği", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1989, C. 44, Sa. 3.
- Fakhry Majid, *Al Farabi- Founder of Islamic Neoplatonism*, Oneworld, Glasgow, 2002.
- Farabi, *Harfler Kitabı*, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Farabi, *İdeal Devlet*, Çev. Ahmet Arslan, İstanbul-Divan Kitap, 2015.
- Feldman Stephen M, "(Same) Sex, Lies, And Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (With as Emphasis on Obergefell v. Hodges)", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 24, No. 2-3, 2015, ss. 341-368.



- Feteris E. T, Hukuki Argümantasyonun Temelleri, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Pinhan Kitabevi, 2019.
- Fish Stanley, "Why We Can't All Just Along", *First Things*, Şubat 1996, <https://www.firstthings.com/article/1996/02/001-why-we-cant-all-just-get-along>, (Erişim Tarihi: 16.9.2020).
- Gamwell Franklin, "Religion and Reason in American Politics", *Journal of Law and Religion*, Vol. 2, No. 2, 1984, pp. 325-342.
- Gedicks F. M, Hendrix R, "Democracy, Autonomy, and Values: Some Thoughts on Religion and Law in Modern America", *Southern California Law Review*. Vol. 60, 1987, ss. 1579-1619.
- Greenawalt Kent, *Religious Convictions and Political Choice*, Oxford University Press, New York, 1988.
- Greenawalt Kent, "Religious Convictions and Political Choice: Some Further Thoughts", *DepPaul Law Review*, 1990, p. 1019-1045.
- Greenawalt Kent, "Grounds for Political Judgement: The Status of Personel Experience and the Autonomy and Generality of Principles of Restraint", *San Diego Law Review*, Vol. 30, No. 4, 1993, pp. 647-675.
- Greenawalt Kent, "Religiously Based Judgements and Discoursein Political Life", *Journal of Civil Rights and Economic Development*, Vol. 22, Is. 2, 2007, pp. 445-491.
- Greenawalt Kent, *From the Bottom Up-Selected Articles*, Oxford University Press, New York, 2016.
- Habermas Jürgen, *A Conversation About God and World: Interview with Eduardo Mendieta' in Religion and Rationality*, Cambrdige: Polity Press, 2002.
- Habermas Jürgen, "Faith and Knowledge", *The Future of Human Nature*, Ed. Jürgen Habermas, Polity Press, Cambridge, 2003, pp. 101-114.
- Habermas Jürgen, "Religion in the Public Sphere", *European Journal of Philosophy*, 2006, Vol. 14, No. 1.
- Habermas Jürgen, "'The Political': The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theory", *The Power of Religion in the Public Squar*, Ed. Eduardo Mendieta, Jonathan Vanantwerpen, Columbia University Press, New York, 2011.
- Hart H. L. A, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, 3. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2014.
- Herman Donald H. J., 'Extending the Fundamental Right to Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodged', *Indiana Law Review*, 2016, Vol. 49, No. 2, 367-396.
- Hollenbach David, "Contxts of the Political Role of Religion: Civil Society and Culture", *San Diego Law Review*, 1993, Vol. 30, No. 4, 877-901.
- İşıktaş Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul Filiz Kitabevi, 2006.
- Idleman Scott C. 'The Limits of pp.Religious Values in Judicial Decisionmaking' *Marquette Law Review*, 1998, Vol. 81 No. 2, pp. 537-657.
- İbn Rüşd, *Felsefe-Din İlişkileri*, Haz. Süleyman Uludağ, Dergâh yayınları, İstanbul, 2019.
- Kaboğlu İbrahim, "Devlet, Hukuk ve Toplum", *Laiklik ve Demokrasi*, Ed. İbrahim Kaboğlu, İmge Kitabevi, 2001, ss. 237-245.

- Kanadoğlu Korkut, "Laiklik ve Din Özgürlüğü": *TBB Dergisi*, C. 109, 2013, ss. 353-384.
- Kant Immanuel, *Aydınlanma Nedir?*, Çev. A. Kurt, Özgürlüğün İdeolojisi-Liberalizm, Ed. Doğan Gürpınar, Liber Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 65-77.
- Karen Lee Man Yee, "Religion, Human Rights and the Role of Culture", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 6, 2011, pp. 887-903.
- Kılınc Ayşe Nur, Kılınc Ahmet, "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliği", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C 10, Sa. 1, ss. 103-118.
- Kuçuradi İonna, "Laiklik ve İnsan Hakları", *Laiklik ve Demokrasi*, Der. Kaboğlu İbrahim, İmge Kitabevi, İstanbul, 2001, ss. 211-220.
- Lafont Cristina, "Religion in the Public Sphere: Remarks on Habermas's Conception of Public Deliberation in Postsecular Societies", *Concellations*, 2007, Vol. 14, No. 2.
- Lewis Bernard, *İslam ve Batı*, Çev. Sümer, Çağdaş, 2. baskı, Akılçelen Kitabevi, Ankara, 2017.
- Lewis Bernard, *İnanç ve İktidar-Ortadoğu'da Din ve Siyaset*, Akılçelen Kitabevi, Ankara, 2017.
- March Andrew F, "Rethinking Religious Reasons in Public Justification", *The American Political Science Review*, Vol. 107, No. 3, 2013, pp. 523-539.
- Martin Richard, Woodward Mark, Atmaja Dwi S, *Defenders of Reason in Islam*, One-world Publication, Oxford, 1997.
- Martinez-Lorca, *La Filosofia Medieval De al-Farabi a Ockham*, Impresia Iberica, 2015.
- McConnell M. W, "Five Reasons to Reject the Claim That Religious Arguments Should Be Excluded From Democratic Deliberation". *Utah Law Review*, 1999(3), pp. 639-658.
- Mertcan Hakan, "Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Laiklik", *Atatürk Dil Kültür ve Tarih Kurumu*, <https://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/Mertcan-Hakan-Kar% c5 % 9eILA % c5 % 9etırmalı-olarak-T % c3 % 9cRK % c4 % b0YE % e2 % 80 % 99DE-LA % c4 % b0KL % c4 % b0K.pdf>, ((Erişim Tarihi: 27.10.2020)), ss. 305-327.
- Mill John Stuart, *Hürriyet Üzerine*, Çev. Osman Dostel, Sadeleştiren Ömer Çaha, Liberte Yayınları, 2009.
- Modak-Truran Mark, "The Religious Dimension of Judicial Decision Making and the De Facto Disestablishment", *Marquette Law Review*, 1998, Vol. 81, No. 2, pp. 255-288, s. 263;
- Nagel Thomas, "Moral Conflict and Political Legitimacy", *Philosophy & Public Affairs*, 1987, Vol. 16, No. 3, 215-240.
- Özbudun Ergun, "Atatürk ve Laiklik", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C. 8, Sa. 24, 1992, ss. 429-438.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019.
- Perry Michael, *Religion in Politics*, Oxford University Press, New York, 1997.
- Perry Michael, *Under the God- Religious Faith and Liberal Democracy*, Cambridge University Press, New York, 2003.

- Piar Daniel F., "Morality as a Legitimate Government Interest", *Penn State Law Review*, 2012, Vol. 117, No. 1, pp. 139-169.
- Rawls John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1995.
- Rawls John, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3, 1997, pp. 765-807.
- Reidy David A, "Rawls's Wide View of Public Reason: Not Wide Enough", *Res Publica*, 2000, Vol. 6, pp. 49-72.
- Roberts T. A., "Law, Morality and Religion in a Christian Society", *Religious Studies*, 1984, Vol. 20, No. 1, ss. 79-98.
- Russell Bertrand, "Batı Felsefesi Tarihi 2. Cilt Katolik Felsefesi, Çev. Ahmet Fethi, Alfa, 2. Baskı, 2017.
- Quong J, "Public Reason", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/public-reason/>, (Erişim Tarihi: 3.3.2021).
- Salihpaşaoğlu Salih, *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Salihpaşaoğlu Salih, Gümüş Boyacı Özgem, "Bir Modern Devlet ve Egemenlik Miti: Westphalia Barışı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 1, 2020, ss. 191- 224.
- Schmitt Carl, *Siyasi İlahiyat*, Dost Kitabevi, Ankara, 5. Baskı, 2015.
- Schumpeter J, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New York, Harper, 1947.
- Schwarzschild Maimon, "Religion and Public Debate in a Liberal Society: Always Oil and Water or Sometimes More Like Rum and Coca-Cola", *San Diego Law Review*, 1993, Vol. 30, pp. 903-915.
- Solum Lawrence B, "Faith and Justice", *DePaul Law Review*, Vol. 39, 1989, pp. 1083-1105.
- Sterba J. P, 'Rawls and Religion' *The Idea of a Political Liberalism Essays on Rawls*, Ed. Victoria Davion and Clark Wolf, Rowman & Littlefield Publishers, New York, 2000.
- Strauss Leo, "The Mutual Influence of Theology and Philosophy", *The Independent Journal of Philosophy*, 1979, Vol. 3, pp. 111-117.
- Strauss Leo, *Doğal Hukuk ve Tarih*, Çev. Murat Eşen, Petek Onur, Say Yayınları, İstanbul, 2011.
- Strayer J. R, *Modern Devletin Kökenleri* Çev. Eraslan Candan, Say Yayınları, İstanbul, 2020.
- Uzun Ertuğrul, "Ahlâksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayırımı, Ed. Serdar Gürler, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015.
- Wacks Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak*, Çev. Fatma Süzgül Şahin Ünver, Serdar Ünver, Astana Yayınları, Ankara, 2016.
- Waldron Jeremy, "Two Way Translation The Ethics of Engaging With Religious Contributions in Public Deliberation", *Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper*, No: 10-84, 2010.
- Williams Andrew, "The Alleged Incompleteness of Public Reason", *Res Publica*, Vol.

6, 2000, pp. 199-211.

Wolterstorff Nicholas, "The Role of Religion in Decision and Discussion of Political Issues", Religion in the Public Square, Ed. Robert Audi, Nicholas Wolterstorff, Rowman & Littlefield Publishers, Maryland, 1997.

### Web Sitesi Kaynakları

'Anadolu Platformu' dan İstanbul Sözleşmesi raporu: Eşcinsel birliktelikler ve günah olarak tanımlanan eylemler meşrulaştırılıyor' (T24, 23 Ağustos 2020) <<https://t24.com.tr/haber/anadolu-platformu-dan-istanbul-sozlesmesi-raporu-escinsel-birliktelikler-ve-gunah-olarak-tanimlanan-eylemler-mesrulastiriliyor,89860>> erişim tarihi 13 Nisan 2020.

'Ahlak', (Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 7.9.2020).

"Common Sense", Free Dictionary, <https://www.thefreedictionary.com/Common+Sense>, (Erişim Tarihi: 10.4.2021).

"Common Sense", Oxford Learned Dictionaries, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/common-sense?q=common+sense>, (Erişim Tarihi: 10.4.2021).

"Diyanet'ten cuma hutbesi: Eşcinsellik ve nikâhsız yaşama hastalıkları beraberinde getiriyor", Cumhuriyet Gazetesi, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diyanetten-cuma-hutbesi-escinsellik-ve-nikahsiz-yasama-hastaliklari-beraberinde-getiriyor-1734976>, (Erişim Tarihi: 26.8.2020).

Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'an Meali, <<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/%C3%821-i-%20%C4%B0mr%C3%A2n-suresi/397/104-ayet-tefsiri>> erişim tarihi 13 Nisan 2021.

"Homosexuality is not a disease", Development and Cooperation <https://www.dandc.eu/en/article/world-health-organization-considers-homosexuality-normal-behaviour>, (Erişim Tarihi: 19.4.2021).

İncil Meali, < <https://incil.info/kitap/Matta/28>> erişim tarihi 13 Nisan 2021.

Laik hukuk devletinde ayet referanslı karar!", Halk TV, <https://halktv.com.tr/ozel-haber/laik-hukuk-devletinde-ayet-referansli-karar-430475h>, (Erişim Tarihi: 23.9.2020).

'Common Sense', (Oxford University Press) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/common-sense?q=common+sense>, (Erişim Tarihi: 23.3.2021).

"Robot Adam (1999)", <<https://www.imdb.com/title/tt0182789/>> (Erişim Tarihi: 8.8.2020).

"Sağduyu", Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.4.2021).

"Veda Hutbesi", (Diyanet İşleri Başkanlığı) <https://www.diyanet.be/Portals/0/VEDA%20HUTBESI.pdf> (Erişim Tarihi: 13 Nisan 2021)



# SİYASİ PARTİLER HAKKINDA UYGULANAN DEVLET YARDIMINDAN YOKSUN BIRAKMA YAPTIRIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

THE LEGAL CHARACTER OF THE SANCTION OF DEPRIVATION OF  
STATE AID APLLIED ON POLITICAL PARTIES

İlhami ÖZTÜRK\*  
Arif Emre SÜMER\*\*

**Özet:** Anayasa'da da ifade edildiği gibi siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Bugün için, siyasi partilerin mevcut olmadığı ve bunların adil bir seçim sistemi ile iktidar yarışına girmediği bir ülkede demokrasinin varlığından bahsedilemez. Ancak siyasi partilerin demokratik siyasi hayat bakımından arz ettiği önem, bunların her hâl ve şart altında faaliyetlerini sürdürebilecekleri anlamına gelmemektedir. Zorunlu bazı hâllerde siyasi partilerin kapatılması demokrasi ilkesini ihlal etmez. Nitekim Anayasa'nın 69'uncu maddesinde siyasi partilerin bazı yasak eylemleri işlemesi kapatılma sebebi olarak öngörülmüştür. Bu maddeye 2001 yılında eklenen bir hüküm ile işlenen fiillerin ağırlığı göz önünde bulundurularak, siyasi partiler hakkında kapatma kararı yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma kararı verilebilmektedir. Görüldüğü üzere bu yaptırım parti kapatma yaptırımına bir alternatif olarak öngörülmüştür. Hukukumuzda siyasi parti kapatma kararlarının hukuki niteliği tartışmalı olduğu gibi, bu yaptırıma alternatif olarak öngörülen Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının hukuki niteliğinin ne olduğu hususu da aydınlatılmaya muhtaçtır. Çalışmamızda siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının hukuki niteliği analiz edilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Siyasi Parti, Devlet Yardımı, Kapatma Davası, Devlet Yardımından Yoksun Bırakma

\* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, ilhami.ozturk@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9828-8861

\*\* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, arifemre.sumer@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7382-4922, Makale Gönderim Tarihi: 17.05.2021, Kabul Tarihi: 17.05.2021

**Abstract:** As stated in the Constitution, political parties are indispensable elements of democratic political life. Today, there is no democracy in a country where political parties do not exist and where they do not compete for power with a fair electoral system. However, the importance of political parties in terms of democratic political life does not mean that they can continue their activities under all circumstances. In some compulsory situations, the dissolution of political parties does not violate the principle of democracy. As a matter of fact, with the 69th article of the Constitution, the commitment of some prohibited acts by political parties is stipulated as the reason for their closure. With a provision added to this article in 2001, taking into account the gravity of the acts committed, political parties may be deprived of State aid, partially or completely, instead of a decision to close them down. As can be seen, this sanction is foreseen as an alternative to the party closure sanction. Although the legal nature of political party closure decisions is controversial in our law, the legal nature of the sanction of deprivation of state aid, partially or completely, as an alternative to this sanction needs to be clarified. In our study, we will analyze the legal nature of the sanction of deprivation of state aid, partially or completely, on political parties.

**Keywords:** Political party, State aid, Case for closure, Deprivation of state aid

## GİRİŞ

Anayasa'nın 68'inci maddesinin ikinci fıkrasında da ifade edildiği üzere, siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Bir ülkede demokrasinin varlığından söz edilebilmesi için o ülkede siyasi partilerin mevcut olması ve bunların demokratik yöntemler ile ülke yönetimine katılma imkânının bulunması gerekmektedir. Demokratik hukuk devleti niteliğini haiz ülkemizde de bu gerçeklerden hareketle siyasi partilerin varlığı kabul edilmiş ve siyasi partiler anayasal statüye kavuşturulmuştur. Siyasi partilerin kitleler üzerinde etkili olması, bunların sahip oldukları hak ve yetkileri kötüye kullanmaları hâlinde olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple her ne kadar siyasi partilerin varlığı demokratik siyasi hayat için zorunlu olsa da bu durum onların her hâl ve şart altında faaliyetlerine devam edebilecekleri anlamına gelmez. Zorunlu bazı durumların varlığı hâlinde siyasi partilerin kapatılarak faaliyetlerinin engellenmesi demokratik ilkelere aykırı görülmemektedir. Anayasa'nın 69'uncu maddesi siyasi partilerin bazı yasak eylemleri işlemesini kapatma sebebi olarak öngörmüştür. Bu yasak eylemler; siyasi partilerin tüzük ve programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki esaslara aykırı



olması, siyasi partilerin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki esaslara aykırı eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelmesi ve siyasi partilerin yabancılardan parasal destek almasıdır. Siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının açacağı bir dava üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından kesin olarak karara bağlanır. Anayasa'nın 69'uncu maddesine 2001 yılında eklenen bir hüküm ile parti kapatma sonucunu doğuran eylemlerin ağırlığı göz önünde bulundurularak, siyasi partiler hakkında kapatma kararı yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma kararı verilebilecektir. Parti kapatmaya alternatif bir yaptırım olarak öngörülen Devlet yardımından yoksun bırakma kararının hukuki niteliğinin ne olduğu meselesi aydınlatılmaya muhtaçtır. Çalışmamızda ilk olarak Türk hukukunda siyasi partiler ve siyasi partilere yapılan Devlet yardımları hakkında genel bilgilere yer verilecek, ardından siyasi partilerin Devlet yardımından yoksun bırakılması sonucunu doğuran sebepler ile bu kararın verilme usulü incelenecektir. Son olarak bu incelemeler ışığında siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının hukuki niteliği tahlil edilecektir.

## I. TÜRK HUKUKUNDA SİYASİ PARTİLER VE SİYASİ PARTİLERE YAPILAN DEVLET YARDIMLARI

### A. Siyasi Parti Kavramı ve Türk Hukukunda Siyasi Partiler

Siyasi parti kavramı doktrinde en genel anlamıyla; *“Halkın desteğini sağlayarak siyasi iktidarı ele geçirmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip kuruluşlar”*<sup>1</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Siyasi partilerin tanımı Siyasi Partiler Kanunu'nun 3'üncü maddesinde *“Anayasa ve kanunlara uygun olarak; Cumhurbaşkanı, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla*

<sup>1</sup> Namık Kemal Öztürk, *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 335; Siyasi partiler hakkında yapılan diğer tanımlamalar için bkz. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul 2018, s. 139: *“Halkın siyasi düşünce ve inançlarının oluşmasında birer araç olan siyasi kuruluşlar”*, Burhan Kuzu, *“1961 ve 1982 Anayasalarında ve Bunlara İlişkin Siyasi Partiler Kanunlarında Siyasi Parti Kavramı, Kuruluşu ve Kapatma Rejimi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 146: *“Belli bir program üzerinde birleşmiş kişilerin, bu programı normal seçim yolu ile gerçekleştirmek amacıyla güderek kurmuş oldukları topluluklar.”* Siyasi parti kavramının hukuk sözlüğündeki tanımı için bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 1238: *“Aynı siyasal kanuları taşıyan kimselerin oluşturduğu topluluk.”*

la, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmalarını ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır” şeklinde açıklanmıştır.<sup>2</sup>

Anayasa'nın 68'inci maddesinin ikinci fıkrasında da ifade edildiği gibi siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Çağımız dünyasında siyasi partilerin serbestçe kurularak iktidar yarışına katılmadıkları bir Devlet düzeninin demokrasi olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir.<sup>3</sup> Bu doğrultuda, demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde de siyasi partilerin varlığı desteklenerek anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.<sup>4</sup> Yasa koyucu ayrıca, siyasi partiler ile ilgili Anayasa'da yer alan hükümler haricinde diğer hususların düzenlendiği 22.04.1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nu (SPK) kabul ederek yürürlüğe koymuştur.

Siyasi parti kurma, bu partilere katılma ve ayrılma hakkına Anayasa'nın 68'inci maddesinde yer verilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında on sekiz yaşını dolduran her vatandaşın usulüne uygun olarak siyasi parti kurma, siyasi partilere katılma ve siyasi partilerden ayrılma hakkının bulunduğu düzenlenmiş ve üçüncü fıkrada ise demokratik bir yönetimin gereği olarak siyasi parti kurma hakkının herhangi bir kişi veya makamın iznine tabi olmadığı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise siyasi partilerin mutlak olarak uyması gereken birtakım esaslara yer verilmiştir. İlgili fıkra; “Siyasi

<sup>2</sup> Siyasi partiler, 648 sayılı mülga Siyasi Partiler Kanunu'nun 1'inci maddesinde ise şu şekilde tanımlanmaktaydı: “Siyasi partiler, toplum ve Devlet düzenini ve kamu faaliyetlerini, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ve özel kanunlarına göre mahalli idareler seçimleri yolu ile ve belirli görüşleri yönünde yönetmek, denetlemek ve etkilemek için sürekli çalışma amacını güden ve propagandaları açık olan kuruluşlardır.”

<sup>3</sup> Oktay Uygun, “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 17, 2000, s. 256; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 592; Didem Erdoğan, “Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2016, s. 60-63; Recai Akyel, “Türkiye’de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 12, 2018, s. 117.

<sup>4</sup> Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 310; Hasan Tunç, *Anayasa Hukuku Gene Esaslar*, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 137, Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Ankara 2019, s. 88.

*partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”* hükmünü içermektedir. Aşağıda da değinildiği üzere, siyasi partilerin tüzük ve programlarının bu fıkradaki esaslara aykırı olması hâli ile siyasi partilerin yine bu fıkra da yasaklanmış eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelmesi durumlarında siyasi partilerin kapatılması söz konusudur. Anayasa'nın 68'inci maddesinin beş, altı ve yedinci fıkralarında ise, siyasi partilere üye olamayacak kişiler ile bazı kimselerin siyasi partilere üye olabilmelerine ilişkin özel usuller düzenlenmiştir.<sup>5</sup>

Anayasa'nın 69'uncu maddesinde ise siyasi partilerin uyması gereken bazı kural ve yasaklar ile aşağıda değinilecek olan siyasi partilerin kapatılması rejimi düzenlenmiştir. Bu maddede yer verilen siyasi partilerin uymaları gereken kural ve yasaklar; siyasi partilerin parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarının demokratik ilkelere uygun olması (m. 69/1), siyasi partilerin gelir ve giderlerinin parti amaçlarına ve kanunun öngördüğü kurallara uygun olması (m. 69/3) ve siyasi partilerin ticari faaliyette bulunma yasağı (m. 69/2) olarak ifade edilebilir.

## **B. Siyasi Partilerin Gelirleri ve Siyasi Partilere Yapılan Devlet Yardımları**

Siyasi partilerin, faaliyetlerini etkili bir şekilde yürütebilmeleri için finansal kaynaklara ihtiyacı bulunmaktadır.<sup>6</sup> Zira, siyasi partiler

<sup>5</sup> “Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar.” (Anayasa, m. 68/5).

“Yüksek öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmaları ancak kanunla düzenlenebilir. Kanun bu elemanların, siyasi partilerin merkez organları dışında kalan parti görevi almalarına cevaz veremez ve parti üyesi yüksek öğretim elemanlarının yüksek öğretim kurumlarında uyacakları esasları belirler.” (Anayasa, m. 68/6).

“Yüksek öğretim öğrencilerinin siyasi partilere üye olabilmelerine ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.” (Anayasa, m. 68/7)

<sup>6</sup> Mustafa Koçak, *Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, Ankara 2002, s. 122; Nazlı Erdem, “Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel S., 2017, s. 3107.

gerek seçim dönemlerinde gerek seçim dönemleri dışında ülke yönetimine katılabilme doğrultusunda her vatandaşa ulaşma ve programını anlatma gayesi ile yurt genelinde teşkilatlanıp faaliyet göstermekte ve çeşitli programlar, konferanslar, mitingler ve kongreler icra etmektedir. Tüm bu faaliyetlerin icrası finansal kaynakların mevcudiyetini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca, siyasi partilerin politik ve ekonomik iktidarlara karşı bağımsızlığının sağlanabilmesini teminen bunların ekonomik olarak herhangi bir yere bağımlı olmamaları gerekmektedir.<sup>7</sup>

Anayasa'nın 69'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, siyasi partilerin gelir ve giderlerinin parti amaçlarına ve kanunda düzenlenen kurallara uygun olması gerektiği ifade edilerek bu hususta temel ilke ortaya koyulmuştur. Anayasa'nın 69'uncu maddesinin ikinci fıkrası ise siyasi partilerin ticari faaliyette bulunmalarını yasaklamıştır. Siyasi partilerin ticari faaliyette bulunmaları yasaklandığı için partilerin bu yolla gelir elde ederek faaliyetlerini finanse etmeleri mümkün değildir. Bu düzenlemeler doğrultusunda siyasi partilerin gelir kalemlerine SPK'nın *Gelirler ve kaynaklar* başlıklı 61'inci maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre siyasi partilerin elde edebileceği gelirler şunlardır:

- Parti üyelerinden alınacak giriş aidatı ile üyelik aidatı
- Partili milletvekillerinden alınacak milletvekilliği aidatı
- Milletvekili, belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği ve il genel meclis üyeliği aday adaylarından alınacak özel aidat
- Parti bayrağı, flaması, rozeti ve benzeri rumuzların satışından sağlanacak gelirler
- Parti yayınlarının satış bedelleri
- Üye kimlik kartlarının ve parti defter, makbuz ve kağıtlarının sağlanması karşılığında alınacak paralar
- Partice tertiplenen balo, eğlence ve konser faaliyetlerinden sağlanacak gelirler
- Parti mal varlığından elde edilecek gelirler

<sup>7</sup> Mesut Aydın, "Türkiye'de Siyasal Partilere Devlet Yardımı", *AÜHFĐ*, C. 54, S. 4, 2005, s. 237.

- Bağışlar
- Devletçe yapılan yardımlar.

Görüleceği üzere SPK'nın 61'inci maddesinde siyasi partilerin elde edebileceği on adet gelir kalemine yer verilmiştir. Doktrinde “*Demokrasinin Finansmanı*” olarak da isimlendirilen bu gelirlerin dokuzu siyasi partilerin kendi faaliyetlerinden, mensuplarından ya da bağışlardan elde edebilecekleri gelirler iken, biri “*Devletçe yapılan yardımlar*”dır.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun “*Yardım ve iş birliği*” başlığını taşıyan 10'uncu maddesinin birinci fıkrası; “Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve meslekî kuruluşlardan maddî yardım alabilir ve adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler.” hükmünü amirdir. Anayasa Mahkemesi'nin 5.4.2007 tarihli ve E. 2004/107, K. 2007/44 sayılı kararında belirtilen; “Anayasa'nın 3.10.2001 günlü ve 4709 sayılı Yasa ile değişik 33. maddesinin üçüncü fıkrasında, dernek kurma hürriyetinin ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 33. maddesinin 4. fıkrasının ilk halinde derneklerin Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi, siyasi amaç güdemeyecekleri, siyasi faaliyette bulunamayacakları, siyasi partilere destek olamayacakları, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemeyecekleri belirtilmiştir. Bu maddenin dördüncü fıkrası, 23.7.1995 günlü, 4121 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile kaldırılmıştır. Anılan anayasal değişiklikten sonra derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere benzer amaçlı dernekler, siyasi partiler, işçi ve işveren sendikaları ile meslekî kuruluşlarla ortak hareket edebilecekleri ve bu bağlamda maddî yardım alabilmeleri olanaklı hale geldiğinden kural Anayasa'nın 33. maddesine aykırı değildir. Kuralın Anayasa'nın 69. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.” gerekçesi ile siyasi partilerden derneklere maddî yardımda bulunulması Anayasa aykırı görülmemiş; “İptal davasına konu olan kural uyarınca dernekler tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklere, siyasi partilere, işçi ve işveren sendikalarına ve meslekî kuruluşlara maddî yardımda bulunabileceklerdir. Siyasi partilerin uyacakları esasların düzenlendiği Anayasa'nın 69. maddesinin onuncu fıkrasında, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddî yardım alan siyasi partilerin temelli olarak kapatılacağı belirtilmiştir. Öte yandan, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 21. maddesinde derneklerin mülkî idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak şartıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdî yardım alabilecekleri, bildirim şekli ve içeriği yönetmelikte düzenleneceği ve nakdî yardımların bankalar aracılığıyla alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Kural ile derneklerin siyasi partilere maddî yardım yapmalarının yolunun açılması sonucunda, derneklerden siyasi partilere nakdî veya aynı yardım sağlanması olanaklı hale gelmiştir. Dernekler Kanunu'nun 21. maddesine göre derneklerin yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdî yardım alabilecekleri de göz önüne alındığında, yurt dışındaki kişi veya kuruluşlardan aynı veya nakdî yardım alan derneklerin bu yardımları siyasi partilere

aktarmalarına bir engel kalmamıştır. Anayasa'nın 4121 sayılı Yasa ile değiştirilen 68. maddesinin sekizinci fıkrasında, Devletin siyasi partilere yeterli düzeyde ve hakça maddi yardım yapacağı belirtilmiş ve bu yardımın, siyasi partilerin üyelerinden alacakları aidatların ve bağışların tabi olduğu esasların yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Siyasi parti üyelerinin ödeyecekleri aidatlar ve bağışlar hakkında yasal düzenleme yapılmasının öngörüldüğü ve yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partilerin temelli kapatılması gerektiği göz önüne alındığında, anayasakoyucunun siyasi partileri her türlü dış etkilerden uzak tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdi yardım alan siyasi partilerin, yardım yapan kişi veya kuruluşların etkisine girmesi ve yurt dışından yönlendirilmeleri olanaklıdır. Buna göre, Yasa kuralı ile derneklerin kendi amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla bile olsa, siyasi partilere maddi yardım yapma yolunun açılması, Anayasa'nın 69. maddesine aykırı görülmüştür. Açıklanan nedenlerle, Dernekler Kanunu'nun 10. maddesinin birinci fıkrasının "... ve adı geçen kurumlara maddi yardımda bulunabilirler" biçimindeki bölümünün siyasi partiler yönünden iptali gerekir." gerekçesi ile anılan fıkra da yer alan "... ve adı geçen kurumlara maddi yardımda bulunabilirler" ibaresi siyasi partiler yönünden iptal edilmiş, derneklerin siyasi partilere maddi yardımda bulunmalarına imkân tanıyan yasa hükmü Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Bu itibarla siyasi partilerin derneklerden yardım alması yasal olarak engellenmiş iken derneklere yardım yapması ise Anayasaya aykırı görülmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına ilişkin olarak Serdar Özgüldür tarafından yazılan karşı oy gerekçesinde yer alan; "1995 Anayasa değişikliğiyle, dernekleme siyasi partiler arasındaki "maddi yardım yapma-maddi yardım alma" konusundaki organik ilişki yasağının otomatik olarak kaldırıldığını söyleyebilmek mümkün değildir. Çünkü, aynı Anayasa değişikliğiyle siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gerektiği kuralı getirilmiş olup; Anayasa'nın 68. maddesi uyarınca çıkarılan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 3. maddesi de siyasi partilerin amacının ne olduğu, konusundaki çerçeveyi çizmiştir. Buna göre, 'siyasi partiler ... milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ... kuruluşlardır ...' Yine aynı Kanun'un 61. ve 70. maddelerinde de siyasi partilerin gelirlerinin ve giderlerinin, amaçlarına aykırı olamayacağı açıkça tekrarlanmaktadır. Bir siyasi partinin herhangi bir derneğe yardımda bulunması, yukarıda işaret edilen 'amaca' çok açık biçimde aykırı olduğu gibi; Anayasa'nın 68. maddesinin son fıkrasına eklenen kuralla siyasi partilerin 'gelirlerinin' Hazine yardımı, üye aidatı ve bağışlarla sınırlandırılması, karşısında, 'giderleri' bakımından da benzer bir mantık ve yorum biçiminin egemen olması kaçınılmazdır. Öte yandan, siyasi partilerin gelirleri arasında bulunan bağışlara bile bir limit getirilmesi ve her yıl yeniden değerlendirme oranı ile saptanacak sınır dışında bağış yapılmasına yasakoyucu tarafından imkân tanınmaması gerçeği gözetildiğinde; ölçsüz ve sınırsız biçimde bir siyasi partinin bir derneğe yardım yapabilmesine imkân tanıyan düzenlemelerdeki mantığı ve Anayasa'ya uyarlığı anlayabilmek mümkün değildir. Aynı şekilde, derneğin siyasi partiye maddi yardım yapmasını Anayasa'ya aykırı gören, buna karşın siyasi partinin derneğe maddi yardım yapmasını Anayasa'ya uygun gören bir yorum biçimini telif edemiyorum. Açıkladığım nedenlerle, 5253 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının derneklerin maddi yardım almasını



Buradan anlaşılacağı üzere, siyasi partilerin kendi faaliyetlerinden, mensuplarından ya da bağışlardan elde edecekleri gelirler siyasi partilerin faaliyetlerini finanse etme noktasında yeterli görülmemiş, ek bir kaynağa daha ihtiyaç duyulmuştur. Bu ek kaynak Devlet hazinesinden yapılan yardımdır. Siyasi partilere yapılan Devlet yardımlarının lehinde ve aleyhinde birçok görüş bulunmakla birlikte, bugün için bu mali desteğe ülkemiz dahil diğer bazı ülkelerde de yer verildiği görülmektedir.<sup>9</sup>

Siyasi partilere yapılacak “Devlet yardımı” diğer gelir kalemlerinden farklı olarak anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu durumun sebebi, aşağıda da açıklanacağı üzere, Anayasa Mahkemesi’nin geçmiş yıllarda siyasi partilere Devlet hazinesinden mali yardım yapılması ile ilgili kanunlar hakkında iptal kararları vermesidir. Siyasi partilere yapılacak Devlet yardımını düzenleyen Anayasa’nın 68’inci maddesinin sekizinci fıkrası şu şekildedir: *“Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.”*

Hukukumuzda siyasi partilere Devlet yardımı yapılması ilk kez, 13.7.1965 tarihli ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 74’üncü maddesi ile mümkün kılınmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu maddede değişiklik yapan 16.2.1970 tarihli ve 1219 sayılı Kanun’un iptali istemiyle açılan davada, siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasını ilke olarak Anayasa’ya aykırı bulmuştur.<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi bu sonuca, 1961

---

düzenleyen birinci bölümündeki ‘siyasi partilerden’ ibaresinin Anayasa’nın 68. ve 69. maddelerine aykırı olduğu” ve Şevket Apalak tarafından yazılan karşı oy gerekçesinde yer alan; “Mali yapının ayrılığı doğal olarak, maddi yardım ilişkisini de kesecektir. Ayrıca, siyasi partilere yapılan Devlet yardımı, mali ilişkiler de gösterilecek özenin ayrı gerekçesidir. Belirlenen bu durum ve siyasal örgütlenmenin özellikle ve özenle çizilmiş sınırı karşısında, 5253 sayılı Yasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasının reddedilen maddi yardım almayla ilgili bölümündeki ‘siyasi partilerden’ sözcükleri Anayasa’nın 32., 68. ve 69. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” yönündeki açıklamalar ile siyasi partilerden derneklere yardım yapılmasının da Anayasaya aykırı olduğu yönünde görüş belirtilmiştir.

<sup>9</sup> Siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasının lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Okan Taşar, “Demokrasinin Finansmanı: Siyasi Partilerin Gelir Kaynakları”, *SÜHFD*, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 346-347; Şafak Evran Topuzkanamış, “Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, *DEÜHFD*, C. 14, S. 2, 2012, s. 167-203.

<sup>10</sup> AYM., T. 2.2.1971, E. 1970/12, K. 1971/13, R.G.: 9.7.1971/13890, (Erişim: 06.05.2021).



Anayasası'nın 61'inci maddesine göre vatandaştan alınan mali yükümlerinin ancak kamu giderlerinin<sup>11</sup> karşılanması için kullanılabileceği, siyasi partilere Anayasa ile bir kamu hukuku kurumu ya da kamu yararına hizmet eden kuruluş olma sıfatı tanınmadığı, dolayısıyla siyasi partilerin yaptığı harcamaların kamu gideri olarak sayılamayacağı<sup>12</sup> ve serbestlik esasına göre faaliyet gösteren siyasi partilerin nitelikleri gereği Devlettten doğrudan doğruya veya dolaylı olarak gelebilecek etkilerden uzak tutulmalarının zorunlu olduğu gerekçeleriyle ulaştırılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararında ayrıca, siyasi partilerin ülke zararına bazı faaliyetlerde bulunması hâlinde kapatılmalarının mümkün olması sebebiyle, partilerin bu şekilde yozlaşmaya yönelmelerine vatandaşlardan alınan vergiler ile destek olunmasının Anayasa'nın ruhuyla bağdaşmayacağını ifade etmiştir.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Anayasa'nın 73'üncü maddesinin birinci fıkrasında kamu giderinin tanımı yapılamamakla birlikte, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Kamu gideri, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 3/1-h maddesinde; kanunlarına veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanılarak yaptırılan iş, alınan mal ve hizmet bedelleri, sosyal güvenlik katkı payları, iç ve dış borç faizleri, borçlanma genel giderleri, borçlanma araçlarının iskonto lu satışından doğan farklar, ekonomik, malî ve sosyal transferler, verilen bağış ve yardımlar ile diğer giderler şeklinde tanımlanmıştır. Klasik maliyecilere göre kamu gideri kamu makamlarının toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere belirli usule uyarak yaptıkları zorunlu harcamalardır. Modern maliyecilere göre kamu gideri ise kamu makamlarının toplumsal ihtiyaçları karşılamak ve/veya ekonomik ve sosyal hayata müdahalede bulunmak üzere belirli usule uyarak yaptıkları parasal harcamalardır (Bkz. İsmail Türk, Kamu Maliyesi, 3. Baskı, Ankara 1999, s.25-27). Hükümetler, her yıl milli savunma, iç güvenlik, orman yangınlarının önlenmesi, eğitim ve ulaşım gibi hizmetlerin sağlanması için milyarlarca dolar değerinde mal ve hizmet satın alırlar. Bu şekilde yapılan kamu giderleri ülkelerin toplam üretimlerinin önemli bir kısmını teşkil eder (Bkz. Joseph E. Stiglitz, Economics of The Public Sector, 3. Baskı, New York/London 1999, s. 33).

<sup>12</sup> "Demek ki Anayasa'nın 61. maddesine dayanılarak kanunlarla konulmuş mali yükümlerden elde edilen paraların ancak kamu giderlerinin karşılanması yolunda kullanılması düşünülebilir. Böyle olduğuna göre sorunun çözülebilmeye için siyasi partilere Devletçe ödenecek yardım paralarının kamu giderleri arasında yer alıp alamayacağını araştırılması zorunludur. Bu zorunluk önce ve özellikle siyasi partilerin ve gördükleri işlerin niteliği üzerinde durulmasını gerekli kılar. Çünkü siyasi partilerin kamu hizmeti gören birer kamu kurumu olduğu, hiç değilse kamu yararına çalıştıkları saptanıp kabul edilmedikçe bunlara Devletçe yardımda bulunulabilmesi düşünülemez."

<sup>13</sup> "Anayasa siyasi partilerin yapıları gereği, yurt zararına faaliyetlere de elverişli kuruluşlara dönüşebilmeleri olanağını öngörmüş ve bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesince kapatılmaları ilkesini koymuştur (Madde 19, 57). Herhangi bir siyasi partinin bu türlü bir yozlaşma ve saptamaya yönelebileceğini Anayasa Koyucu düşünmüş ve tedbirini de getirmiş olduğuna göre böyle bir ortamın ha-

zırlanmasına partileri Devlet bütçesinden, yurttaşlardan alınan vergilerle besleyerek destekli edilmesi Anayasa'nın açık hükümleriyle olduğu kadar ruhu ile de bağdaştırılmayacak bir tutum olur." Bu kararın karşı oy yazısında; siyasi partilerin yerine getirdiği faaliyetlerin önemi itibarıyla alelade dernekler olarak kabul edilmeyeceği, çok partili bir demokrasinin öngördüğü düzenin devamı için halkın desteğinin yeterli olmadığı durumlarda bizzat Devletin siyasi partilere destek olmasının Anayasa'nın ruhuna uygun bir görev olarak kabul edilebileceği ve ayrıca partilerin yaptığı harcamaların niteliğine bakıldığında bunların kamu giderleri olarak kabul edilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığı gerekçeleriyle çoğunluk kararına muhalefet edilmiştir. Bkz. Hakkı Ketenoğlu/Fazıl Uluocak/Halit Zarbun Karşioy yazısı. Anayasa Mahkemesi'nin "kamu gideri" teriminin kapsamına ilişkin yaklaşımını göstermesi açısından 26.10.1965 tarih ve E.1965/25, K.1965/57 sayılı kararının irdelenmesinde yarar vardır. Çarşı ve Mahallât Bekçileri Hakkındaki Kanun'un 3'üncü maddesinin, bekçi ücretleri ile ilgili "...bunlara verilecek ücretin tayıni miktarı ve tarzı tevzii ve cibayet ve tediyesi mahallerinin örf ve teamülüne ve ihtiyacına göre meclisi idarei mahalliyece tahtı kararı alınır." hükmünün Anayasa'ya aykırılığı nedeni ile itiraz yoluyla iptali istenilmiştir. Bu istem üzerine verilen kararda, "Çarşı ve mahalle bekçilerinin görevi, zabitanın denetimi altında ve onun yardımcıları olarak genel güvenliği sağlamak ve adli zabıtaya yardımcı olmaktır. Bu görevin bir kamu hizmeti olduğu meydandadır. Şu hâlde bekçilere, hizmetlerine karşılık verilen ücret, bir kamu gideridir. Bu gideri karşılamak amacı ile kişilerden alınan para da kendilerine yöneltilen, Anayasa deyimi ile, vergi benzeri bir mali yükümdür. Bu bakımdan bekçi paraları, Anayasa'nın 61'inci maddesinin kapsamına girmektedir. Gerçi bu mali yüküm bir kanunla konulmuş bulunmaktadır. Ancak bu durum, Anayasa'ya uygunluğun kabulü için yetmemektedir. 61'inci madde gereğince, bekçi paralarının, herkesin malî gücüne göre alınmasını da kanun sağlamalıdır. Yani Anayasa'nın koyduğu prensibin nasıl uygulanacağını her malî yükümün özelliğine göre kanun koyucu ana hatlarıyla belli etmeli ve idareye yol göstermelidir. Anayasa Komisyonu raporunun 61'inci maddede ilişkin kısmında açıklandığı üzere, verginin, vatandaşların malî gücüne göre alınması, maliye ilminin prensiplerine ve sosyal adalete uygun bir esastır. Konu, Anayasa'nın ilkelerinden olan sosyal adalet ile ilgisi bakımından da önem taşımaktadır. Şu hâlde iptali istenilen kanun hükmünün malî güç esasına uygun olup olmadığı araştırılmalıdır" denilmek suretiyle bir kamu giderinin ancak bir kamu hizmeti karşılığında yapılabileceği kabulü benimsenmiştir. Bir başka ifade ile vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin bir kamu hizmetinin ifası nedeniyle ortaya çıkan kamu giderinin finansmanında kullanılabileceği kriteri esas alınmıştır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları ve Ticaret ve Sanayi Odaları Ticaret Odaları Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanunu'nun 57'nci maddesinde yer alan muamele tescil ücretinin borsa meclisince düzenlenen ve Bakanlıkça onanan nispet tarifesine göre alınacağı yönündeki hükmün Anayasa'nın 61'inci maddesine aykırılığı iddiasını incelediği 27.1.1981 tarih E.1980/27, K.1981/9 sayılı kararının irdelenmesi de Yüksek Mahkeme'nin kamu gideri teriminin kapsamına ilişkin bakışını ortaya koyması bakımında önem arz etmektedir. Kararda, Ticaret Borsalarının, kanunda yazılı esaslar dairesinde borsaya dahil maddelerin alım ve satımı ve fiyatlarının tespit ve ilânı işleriyle meşgul olmak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumları olduğu, ticari ihtiyaçların gerekli kıldığı yerlerde Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı'nca kurulacağı, görevlerinin kanunla belirlendiği, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olduğu, ilke olarak, borsaya kayıt olmanın zorun-

Söz konusu iptal kararından sonra, 1961 Anayasası'nın 56'ncı maddesine 2.7.1971 tarihli ve 1241 sayılı Kanun ile bir fıkra eklenerek siyasi partilere Devlet tarafından yapılacak yardımların kanun ile düzenleneceği öngörülmüş, daha sonra 15.3.1973 tarihli ve 1699 sayılı Kanun ile Anayasa'ya eklenen geçici 22'nci madde ile Devlet yardımından yararlanmanın sınırları genişletilmiş, bu kapsamda 9.5.1974 tarihli ve 1802 sayılı Kanun ile 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na Geçici 6'ncı madde eklenerek siyasi partilere Devlet yardımı yapılması olanaklı kılınmıştır.<sup>14</sup>

Anayasa Mahkemesi, ilk hâlinde siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasına ilişkin bir hüküm bulunmayan 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında ise siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasını ilke olarak Anayasa'ya aykırı bulmadığı gibi, bu yardımdan yararlanacak partilerin belirli bir oy oranına sahip olması gerektiğine ilişkin kanun hükmünü de Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenen "Kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı bulmamıştır.<sup>15</sup> Nitekim

---

luluk taşıdığı, borsaya kayıt olmaları zorunlu bulunanların, borsaya dahil malların alım ve satımlarının borsaya tescil işlemi nedeniyle muamele tescil ücreti adı altında bir ödemede bulunmaları gerektiği, bu yönüyle muamele tescil ücretinin benzeri malî yüküm niteliğinde bulunduğu açık olduğu belirlenmiştir. Buna göre bir kamu kurumu tarafından görülen kamu görevi karşılığında ödenmesi zorunlu paralar vergi benzeri malî yükümlülük niteliği taşırlar. Karara ilişkin karşı oy gerekçesinde; "Açıklanan nedenlerle, işlevlerini sürdürmek, mensuplarının yararını gözetmek ve millî ekonomiye katkıda bulunmak durumunda olan ve kamu kurumu sayılan Ticaret Borsalarının bir hizmet karşılığı almaya yetkili kılındığı tescil ücretinin, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlerden olmadığı" ileri sürülerek kamu giderinin ancak kamu hizmeti sunmak amacıyla yapılabileceği kamu hizmeti niteliği taşımayan alelade bir hizmetin yerine getirilmesi maksadıyla yapılan giderin kamu gideri olarak nitelendirilemeyeceği anlayışı ortaya konulmuştur. Karara ilişkin diğer bir karşı oy gerekçesinde "Anayasa'nın 61'inci maddesine göre vergi 'kamu giderlerini' karşılamak üzere alınmalıdır. Kamu gideri ise, kamu hizmetiyle görevli kamu yönetimleri ve kurumları tarafından yapılabilir ve ancak bunların vergi almaya yetkili olduğu kabul edilir" denilmek suretiyle kamu giderinin kapsamı daraltılarak kamu hizmetleriyle görevli kamu yönetimleri ve kurumları tarafından yapılabilmeye sınırlandırılmıştır.

<sup>14</sup> Topuzkanamış, s. 174.

<sup>15</sup> Bkz. AYM., T. 5.1.1988, E. 1987/14, 1988/1, R.G.: 23.08.1988-19908, (Erişim: 06.05.2021): "Siyasi partilerin, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurları sayılmış olmaları, herhalde ülkede kurulmuş tüm siyasî partilerin Devlet yardımından pay almalarının haklı nedeni olamaz. Siyasî partilere yardım konusunun anayasal bir kurala dayandırıldığı eski Anayasa döneminde seçmen planındaki ciddi, etki, ölçü olarak kabul edilmiş, kendisini vatandaşta yeterli şekilde kabul ettirdiği anlaşılan siyasî partiler yardım dışı bırakılmak istenmemiş, bu düşüncelerle de milletvekili genel seçimlerinde geçerli oy sayısının en az yüzde beşini

daha sonra 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun ile siyasi partilere Devletçe mali yardım<sup>16</sup> yapılması anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.<sup>17</sup> Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi bu değişiklik sonrası yaptığı davalarda verdiği kararlarında da siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.<sup>18</sup>

alan veya seçimlerde Millet Meclisi'nde grup teşkil edecek sayıda milletvekilliği kazanmış bulunan siyasi partilere yardım yapılması öngörülmüş idi. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na, siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasını sağlamak amacıyla 3032 sayılı Yasa ile eklenen "Ek Madde" hükmünün getirilişinin, yukarıda açıklanan düşüncelerin etkisiyle olduğunda kuşku yoktur."

16 Anayasa'nın 61'nci maddesinin dördüncü fıkrasında "Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir." hükmü ile bir başka alanda Devlet yardımı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

17 Söz konusu hüküm Anayasa'ya eklenmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasını ilke olarak Anayasa'ya aykırı bulmadığı diğer bir karar için bkz. AYM., T. 6.7.1989, E. 1988/39, K. 1989/29, R.G.: 08.02.1990-20427, (Erişim: 06.05.2021). Bu kararda, siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasını Anayasa'ya aykırı bularak çoğunluk görüşe katılmayan üye, gelişmiş demokrasilerin önemli bir çoğunluğunda böyle bir uygulama bulunmadığını şu cümlelerle açıklamaktadır: "Demokrasi düzenine doğru olan gelişmede siyasi partilerin, Almanya dışında hiçbir memlekette devletten yardım aldıkları görülmemiştir. Bazı ülkelerde, örneğin İngiltere'de siyasi partilerin yapacakları masraflar kısıtlanmaya doğru gitmektedir, her siyasi partinin seçmen başına yapacağı masraf hesaplanıp o bölgenin bütün masrafları tespit edildikten sonra bu masraf kanununun öngördüğü miktarı aşarsa seçim iptal edilmektedir. Seçim mücadelesine sadece siyasi partiler değil, bağımsızlar da girmektedir. Fertler de tek başlarına aday olabilirler. Bunlara yardım nereden yapılacaktır ve hazinenin geliri siyasi partilere nasıl dağıtılacaktır. Hiçbir demokraside siyasi parti kavramının ortaya çıktığı günden beri, bugüne kadar siyasi partilere devletçe yardım yapılmamış, Alman sisteminde yapılan da taraftarları olmakla beraber, yabancı ülkelerde, özellikle Fransa'da yerilmektedir. Demokrasinin aradığı eşitliğe seçimlerde bulunması gereken düzene yani eşitlik içerisinde mücadele etme ilkesine tamamen aykırı düşmektedir. Her parti topladığı ilgi ölçüsünde gelir sağlar. Üyelerinden aidatlar alır, seçim sistemi içerisinde fonksiyonunu yerine getirir, seçime katılır. Yeni kurulacak partiler, yardım yapılmadığında onların varlıklı sınıfların kurduğu partilerin gerisinde kalacağı teorik bir görüştür. Zira ABD'de Cumhuriyetçi Parti Demokrat Parti'den kat kat zengindir. Seçimleri Demokrat Parti daha çok kazanır. Bir partinin tutulması, doktrinine, programına, kendisine inanan kişilerin çokluğuna bağlıdır. Bunun için partilere Devlet hazinesinden yardım yaparak yaşatma yollarını bırakalım, bunlar suni ve geçerli olmayan yollardır. Sağlıklı yol herkesin mücadeleyi kendi imkânlarıyla yapabilemesidir. Anayasa Komisyonu, bu felsefe içerisinde, 1971 tadilatını yeni düzene koymamış ve siyasi partilere yardım yapılmasını öngörmemiştir."

18 AYM., T. 30.7.2007, E. 2007/59, K. 2007/75, R.G.: 26.01.2008-26768, (Erişim: 06.05.2021); AYM., T. 20.11.2008, E. 2008/42, K. 2008/167, R.G.: 18.03.2009-27173, (Erişim: 06.05.2021): Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, SPK'nın EK 1'inci maddesine göre siyasi partilere aldıkları oy oranına göre Devlet yardımı yapılmasını Anayasa'nın 68'inci maddesinin son fıkrasında yer verilen, siyasi partilere "yeterli düzeyde" ve "hakça" yardım yapılmasına ilişkin hüküm ile paralel olduğu gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.

Siyasi partilere yapılacak Devlet yardımı hakkında esaslara SPK'nın ek 1'inci maddesinde yer verilmiştir. İlgili hüküm arz ettiği önem bakımından aynen aşağıya alınmıştır:

*“(1) Yüksek Seçim Kurulunca son milletvekili genel seçimlerine katılma hakkı tanınan ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33'üncü maddesindeki genel barajı aşmış bulunan siyasi partilere her yıl Hazineden ödenmek üzere o yılki genel bütçe gelirleri “(B) Cetveli” toplamının beş binde ikisi oranında ödenek mali yıl için konur.*

*(2) Bu ödenek, yukarıdaki fıkra gereğince Devlet yardımı yapılacak siyasi partiler arasında, bu partilerin genel seçim sonrasında Yüksek Seçim Kurulunca ilan edilen toplam geçerli oy sayıları ile orantılı olarak bölüştürülmek suretiyle her yıl ödenir. Bu ödemelerin o yılki genel bütçe kanununun yürürlüğe girmesini takiben on gün içinde tamamlanması zorunludur.*

*(3) Bu madde uyarınca yapılacak yardımlar sadece parti ihtiyaçları veya parti çalışmalarında kullanılır.*

*(4) Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3'ünden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır. Bu yardım en az Devlet yardımı alan siyasi partinin ikinci fıkra gereğince almış olduğu yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazandıkları oyla orantılı olarak yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak yardım bir milyon Türk Lirasından az olamaz. Bunun için her yıl Maliye Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konulur.*

*(5) Yukarıdaki fıkralarda öngörülen yardım miktarları; bu yardımdan faydalanabilecek siyasi partilere, milletvekili genel seçiminin yapılacağı yıl üç katı, mahalli idareler genel seçim yılı için iki katı olarak ödenir. Her iki seçim aynı yıl içerisinde yapıldığında bu ödemenin miktarı üç katı geçemez. Bu fıkra gereğince yapılacak katlı ödemeler, Yüksek Seçim Kurulunun seçim takvimine dair kararının ilanını izleyen 10 gün içinde yapılır.*

*(6) Bu Kanunun 76 ncı maddesi hükmü dairesinde gelirleri Hazineye irat kaydedilen ve taşınmaz malları Hazine adına tapuya tescil edilen siyasi partilere, bu madde gereğince yapılacak Devlet yardımından, Hazineye irat kaydedilen gelirin Hazine adına tapuya tescil edilen taşınmazların toplam değerinin iki katı indirilir.”*

Maddenin ilk fıkrasında, Devlet yardımı yapılacak siyasi partilerin sağlanması gereken şartlara yer verilmiştir. Buna göre bir partinin

Devlet yardımı alabilmesi için kural olarak, son genel seçimde ülke genelinde aldığı oy oranının 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33'üncü maddesindeki genel barajı geçmiş olması gerekmektedir. Bu baraj oranı yüzde ondur. Bu oy oranını geçen partilere yapılacak Devlet yardımının karşılanması için o yılki genel bütçe gelirleri "(B) Cetveli" toplamının beş binde ikisi oranında ödenek belirlenecektir. Bu ödenekten yapılacak Devlet yardımları, bahsedilen oy oranını geçen partilere aldığı oylar ile orantılı olacak şekilde her yıl ödenir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, siyasi partilere yapılacak Devlet yardımlarının yalnızca parti çalışmaları ile parti ihtiyaçlarında kullanılabilmesi için düzenlenerek, Anayasa'nın 69'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen "*siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması*" kuralıyla uyumluluk sağlanmıştır.

Siyasi partilere yapılacak Devlet yardımını düzenleyen SPK'nın ek 1'inci maddesi, son genel seçimde ülke genelindeki geçerli oyların en az yüzde onunu alan partilerin Devlet yardımından yararlanabileceği şekilde sistematize edilmiş olmakla beraber, maddenin dördüncü fıkrasında ayrıca, son genel seçimde ülke genelindeki geçerli oyların yüzde üçünden fazlasını alan siyasi partilerin de Devlet yardımından yararlanabileceğini hükme bağlamıştır. Bu partilere yapılacak Devlet yardımı, maddenin ilk fıkrasında yer verilen genel kural uyarınca en az mali yardım alan siyasi partinin oy oranı ve aldığı yardım miktarı ile orantılı olacak şekilde belirlenecektir. Fıkra da ayrıca, bu partilere yapılacak Devlet yardımının yılda bir milyon Türk Lirasından az olmayacağına yer verilerek asgari bir tutar belirlenmiştir.

Özetlemek gerekirse, siyasi partilere yapılacak Devlet yardımı konusunda, son genel seçimde ülke genelindeki geçerli oyların en az yüzde onunu alan siyasi partiler ile oy oranı yüzde üç ile yüzde on arasında olan siyasi partilerin farklı esaslara göre ve ikinci dilimde olan siyasi partilerin birinci dilimde bulunan ve en az oy oranına sahip partinin almış olduğu Devlet yardımı ile oy oranıyla orantılı bir şekilde Devlet yardımından yararlanacağı ikili bir sistem belirlenmiştir.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> 648 sayılı mülga Siyasi Partiler Kanunu'nda, siyasi partilere yapılacak Devlet yardımının son genel seçimde alınan oy oranına göre maktu ödenmesi esası benimsenmişti. Kanun'un "Devletçe yardım" başlığını taşıyan 74'üncü maddesinin ilk



Siyasi partilere bu esaslara göre yapılacak Devlet yardımları, milletvekili genel seçimlerinin olduğu yıl üç katı ve mahalli idareler seçimlerinin olduğu yıl iki katı olarak ödenecek, bu iki seçimin aynı yıl olması hâlinde yapılacak Devlet yardımı ise genel yardım miktarının toplam üç katını geçemeyecektir.

## II. SİYASİ PARTİLERİN DEVLET YARDIMINDAN YOKSUN BIRAKILMASI

### A. Genel Olarak

Siyasi partilerin Devlet yardımından yoksun bırakılmasına, ancak parti hakkında açılacak bir kapatma davasında “seçenek yaptırım” olarak hükmedilebilir. Siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olması, bunların her ne pahasına olursa olsun siyasi faaliyette bulunma haklarına devam edebilecekleri anlamına gelmemektedir. Siyasi partiler aracılığıyla ve bunların sağladığı yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle ağır hukuki ihlallerin yapılmasına hukuk düzeni tarafından onay verilmesi düşünülemez. Bu kapsamda, ağır hukuki ihlallerin söz konusu olduğu ve siyasi faaliyette bulunma özgürlüğüne müdahale etmenin kaçınılmaz olduğu durumlarda, parti hakkında kapatma kararı vermek suretiyle tüzel kişiliğin sona erdirilmesi de dahil olmak üzere bazı yaptırımların uygulanması siyasi faaliyette bulunma hakkını ihlal etmeyecektir. Nitekim, Türkiye'nin de taraf olduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir sözleşme niteliğini haiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de zorunlu hâllerde siyasi partilerin kapatılmasına imkân tanımaktadır.<sup>20</sup> Avrupa İnsan

---

hâli uyarınca bir önceki milletvekili genel seçimlerinde muteber oyların Türkiye çapında yüzde beşinden onuna kadar oy alan siyasi partilere her yıl beş yüz bin lira; yüzde on birinden yüzde yirmisine kadar oy alan siyasi partilere her yıl bir milyon lira; yüzde yirmi birinden yüzde otuzuna kadar oy alan siyasi partilere her yıl iki milyon lira; yüzde otuz birinden yüzde kırkına kadar oy alan siyasi partilere her yıl iki milyon beş yüz bin lira; yüzde kırk birinden yüzde ellisine kadar oy alan siyasi partilere her yıl üç milyon lira; yüzde ellisinden fazla oy alan siyasi partilere her yıl üç milyon beş yüz bin lira Hazinece ödenir. Bu ödemenin malî yıl başlangıcını takip eden ilk hafta içinde tamamlanması zorunludur.

<sup>20</sup> Siyasi partiler ve siyasi partilerin kapatılması sebepleri AİHS'nin 11'inci maddesinde düzenlenen “Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü” kapsamında ele alınmaktadır. İlgili hüküm şu açıklamalara yer vermektedir: “(1) Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı-



Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre parti kapatmanın AİHS'ye uygun olabilmesi için; kapatma sebebinin Anayasa veya kanunda öngörülmesi, parti kapatmanın 11'inci maddenin ikinci fıkrasında yer verilen meşru amaçlardan birine dayanması ve müdahalenin demokratik toplumlarda zorunluluk arz etmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir.<sup>21</sup>

Ülkemizde de zorunlu bazı durumların varlığı hâlinde siyasi partilerin kapatılarak faaliyetlerine son verilmesi Anayasa ile mümkün kılınmıştır.<sup>22</sup> Bununla beraber, Anayasa'nın 69'uncu maddesinin yedinci fıkrasına 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen hüküm uyarınca, aşağıda açıklanacak olan parti kapatma sebeplerinin gerçek-

---

nı da içerir. (2) Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan hakların meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir", [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf), (E.T.: 04.05.2021); AİHM'nin parti kapatma davalarında verdiği kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 3, 2000, s. 129-150.

<sup>21</sup> Uygun, s. 263-264; Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında AİHS'nin parti kapatma ile ilgili yaklaşımını şu şekilde ifade etmiştir: "İHAS'ın 11'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan nedenlere dayanarak bir siyasi partinin kapatılması konusu, Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu tarafından incelenerek "Venedik İlkeleri" adıyla da raporlaştırılmıştır. Buna göre, ifade özgürlüğünü düzenleyen İHAS'ın 10 uncu maddesiyle çok yakın ilişkisi olan 11'inci madde uyarınca bir siyasi partinin, "ırkçılığı, terörü, yabancı düşmanlığını, şiddeti, şiddet çağrısını teşvik etmesi veya hoşgörüsüzlüğe dayanması" hâlinde, İHAS'ın 11 inci maddesinin bir ve ikinci fıkrasındaki düzenlemelerden hareket ile kapatılması gündeme gelebilecektir." AYM., T. 30.7.2008, E. 2008/1, 2008/2, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim, 06.05.2021).

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında siyasi partilerin kapatılmasının meşruiyetini şu şekilde açıklamaktadır: "Siyasi Partiler, Anayasa'nın 68/2 maddesi uyarınca demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak Siyasi Partilerin Anayasadaki kimi özgürlükleri araç olarak kullanarak demokratik hak ve özgürlükleri ve bütünüyle demokrasiyi ortadan kaldırmaları olasılığına karşı ve dünyadaki çeşitli örnekleri de gözetilerek aynı maddenin 4'üncü fıkrasında siyasi partilerin uymaları gerekli esaslar belirlenmiştir. Siyasi Partiler Kanununun Dördüncü Kısımında da "Siyasi Partilerle İlgili Yasaklar" üst başlığı altında "Demokratik devlet düzeninin korunması" "Milli Devlet Niteliğinin Korunması" "Atatürk İlke ve İnkılaplarının ve Lâik Devlet Niteliğinin Korunması" ve "Çeşitli Yasaklar" alt başlıkları ile siyasi partilerin siyasi faaliyetleri düzenlenmektedir. Bu kurallar lâik, demokratik Cumhuriyetin hukuki koruma silahlarıdır. Ve hiçbir Demokraside; Demokrasiyi yok etme özgürlüğü yoktur." AYM., T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, (Erişim: 04.05.2021).

leşmesine rağmen, işlenen fiillerin ağırlığı göz önünde bulundurularak siyasi parti hakkında kapatma kararı yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma kararının verilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi'ne bir takdir hakkı tanınmıştır.<sup>23</sup> Doktrinde bu düzenlemenin, siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştırdığı için demokratik ilkeler ile orantılılık ilkesine uygun ve reformist nitelikte olduğu ifade edilmektedir.<sup>24</sup>

Siyasi partilerin Devlet yardımından yoksun bırakılması yaptırımı, parti kapatma yaptırımına alternatif nitelikte olduğundan, bu tedbire hükmedebilmek için öncelikle siyasi parti hakkında kapatma sebeplerinin gerçekleşmesi ve kapatma sürecinin başlaması gerekmektedir.

Siyasi partilerin kapatılması sebepleri ile kapatma usulü Anayasa'nın 69'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Siyasi partilerin kapatılması talepleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından kesin olarak karara bağlanır.<sup>25</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama

<sup>23</sup> Fendoğlu, s. 603.

<sup>24</sup> Şeref İba, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 106; Fendoğlu, s. 603; Bununla birlikte doktrinde, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının parti kapatma sonucunu doğuran eylemler ile orantılı olmadığını, siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuran eylemlerin çok daha ağır nitelikte olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Emrah Akyazan, "1982 Anayasası'na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması", *TBB Dergisi*, s. 65, 260. Yazara göre, parti kapatma sonucunu doğuran eylemler mali bir müeyyide ile önlenemeyecek kadar ağır niteliktedir.

<sup>25</sup> Siyasi partilerin mali denetimi Anayasa'nın 69'uncu maddesi, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21'inci maddesi ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74'üncü maddesi hükümleri uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır. Anayasa Mahkemesi bu denetimi yaparken Sayıştay'dan yardım alır. Siyasi partilerin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım almasının kapatılma sebebi olarak düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesi'nin mali denetim sırasında böyle bir hususu tespit etmesi ihtimalinde, bu sebebe dayanılarak açılacak parti kapatma davasına da kendisi bakmış olacaktır. Böyle bir sonuç hukukun evrensel ilkelerinden biri olan "hiç kimse kendi davasının yargıçı olamaz" kuralının ihlali olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim burada, siyasi partinin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım aldığını tespit eden merci ile bunu göz önünde bulundurarak parti hakkında kapatma kararı verecek olan merci aynıdır. Bu sebeple bu iki görevi icra eden mercinin farklı şekilde belirlenmesi daha isabetli olacaktır. Bu kapsamda, siyasi partilerin sicilinin tutulduğu ve mali denetim raporlarının gönderildiği makamın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı

Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, siyasi parti kapatma davaları Genel Kurulca dosya üzerinden inceleterek karara bağlanır ve bu davalarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) bu davanın niteliğine uygun hükümleri uygulanır. Anayasa Mahkemesi yapacağı değerlendirme sonucunda; parti kapatma sebeplerinin gerçekleşmediği kanaatine varır ise davayı reddedecek, bu sebeplerin şümule erdiği kanaatine varır ise partinin kapatılmasına ya da işlenen fiillerin ağırlığı da göz önünde bulundurularak Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verecektir.<sup>26</sup> Kapatma veya Devlet yardımından yoksun bırakma kararları Anayasa'nın 149'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca üçte iki çoğunlukla alınır. Şimdi burada parti kapatma sebeplerinden kısaca bahsedilecektir.

## B. Türk Hukukunda Siyasi Parti Kapatma Sebepleri

Anayasa'nın 69'uncu maddesinde üç adet siyasi parti kapatma sebebine yer verilmiştir. Parti kapatma sebepleri bakımından numerus clausus (sınırlı sayı) ilkesi geçerlidir. Parti kapatma sonucunu doğuracak sebeplerin kanunla da olsa genişletilmesi mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de zaman içerisinde SPK ile öngörülen parti

---

lığı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, mali denetim görevinin de Yargıtay'a verilmesi düşünülebilir. Mali denetim görevini Anayasa Mahkemesi'nin yerine getirmeye devam etmesi durumunda ise, parti kapatma davalarına bakma görevi bir kanun değişikliği ile Yargıtay'a verilebilir. Zira, Anayasa'nın 69'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan; "Siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır." hükmü siyasi parti kapatma davalarına bakma görevinin, Anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulmaksızın Yargıtay'a verilmesine imkân tanıyacak mahiyettedir. Nitekim "kesin olarak karara bağlama" bir kanun yolu terimidir. Siyasi parti kapatma davalarına başka bir mercii tarafından bakılıp, son karar mercii'nin Anayasa Mahkemesi olarak belirlenmesi de Anayasa'daki bu düzenlemeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla, siyasi parti kapatma davalarına bakma görevinin bir kanun ile Yargıtay'a verilip, temyiz organının Anayasa Mahkemesi olarak tayin edilmesi, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyecektir. Mevcut sistemde, doğurduğu etki ve sonuçları daha büyük olan parti kapatmaya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı, Yüce Divan kararlarına karşı öngörülmüş olan "yeniden inceleme" müessesesinin öngörülmemiş olmasından kaynaklanan eksiklik ve olumsuzluklar da böylece giderilmiş olacaktır. Siyasi parti sicillerinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde tutulduğu ve mali denetim raporlarının da bu makama gönderildiği göz önüne alındığında, mali denetim yapma görevinin Yargıtay'a verilmesinin bu gerekçeyle de daha isabetli olacağı savunulabilir.

<sup>26</sup> Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Bursa 2014, s. 166.

kapatma sebeplerini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iptal kararlarından yola çıkan kanun koyucu ise SPK ile sevk edilen parti kapatma sebeplerini yürürlükten kaldırarak Anayasa ile SPK arasında bir uyum sağlamıştır.

Anayasa'nın 69'uncu maddesi ile sevk edilen siyasi parti kapatma sebepleri şunlardır: Siyasi partilerin tüzük ve programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olması, siyasi partilerin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak hâline gelmesi ve siyasi partilerin yabancıardan parasal yardım almasıdır.

Aşağıda tekrara düşmemek adına burada, iki siyasi parti kapatma sebebini yakından ilgilendiren Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasından kısaca bahsetmekte yarar bulunmaktadır. Siyasi partilerin uyması gerektiği ana kuralları ifade eden ilgili düzenleme şu hükmü içermektedir: *"Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez."* Görüldüğü üzere bu düzenlemede, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesini yansıtan temel niteliklere yer verilmiştir. Bu nitelikler; bağımsızlık ve bölünmez bütünlük, insan haklarına dayanan eşitlikçi bir hukuk devleti, demokratik ve laik cumhuriyet ve millet egemenliğidir. Esasen bu fıkrada belirtilen kurallara uymakla yükümlü olan yalnızca siyasi partiler değildir. Bu ilkeler, toplumdaki tüm kişi ve kişi gruplar ile kamu tüzel kişileri bakımından da bağlayıcı niteliktedir. Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri bu fıkrada düzenlenen ve Cumhuriyetin temel niteliklerini yansıtan esaslara aykırı olamaz. Aksi bir durum aşağıda açıklanacağı üzere siyasi partiler hakkında kapatılma dahil bir yaptırım uygulanması sonucunu doğurur.

### 1. Tüzük ve Programının Anayasa m. 68/4'e Aykırı Olması

Anayasa'da öngörülen parti kapatma sebeplerinden ilki, siyasi partinin tüzük ve programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık teşkil etmesidir. Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında ortaya koyulan kurallardan yukarıda bahsedildi-

ği için burada önceki açıklamalara atıf yapmakla yetinilecektir. Bu kapatma sebebi bakımından başka bir şart aranmayacak, partinin tüzük ve programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen ve Cumhuriyetin temel niteliklerini oluşturan esaslara aykırı olduğu hususunun Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi hâlinde kapatma kararı verilecektir.<sup>27</sup> Örneğin siyasi partinin tüzük veya programlarında; bir sınıf diktatörlüğünü savunması, laiklik ilkesine karşı olduğunu ifade etmesi veya belirli bir amacın gerçekleşmesi için kişileri suç işlemeye teşvik etmesi hâllerinde Anayasa Mahkemesi tarafından kapatma kararı verilecektir.<sup>28</sup>

## 2. Anayasa m. 68/4'e Aykırı Eylemlerin İşlendiği Bir Odak Hâline Gelmesi

Siyasi partiler için öngörülen ikinci kapatma sebebi, partinin, Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelmesidir. Görüleceği üzere, bu nitelikte eylemlerin işlenmesi partinin kapatılması için yeterli görülmemekte, partinin bu nitelikte eylemlerin işlendiği bir "odak hâli"ne gelmesi aranmaktadır.<sup>29</sup> Odak hâli Anayasa'ya ilk kez 23/7/1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun değişikliği ile eklenmiş ancak ne anlama geldiği tanımlanmamıştır. Söz konusu bu eksiklik 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile giderilmiş ve odak hâli kavramının tanımına Anayasa'da yer verilmiştir. Odak hâli Anayasa'da şu şekilde tanımlanmıştır: "*Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği*

<sup>27</sup> Rifat Karakoç, "1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2013, s. 65; Gözler, s. 164.

<sup>28</sup> Siyasi partinin tüzük veya programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olması hâlinde parti hakkında herhangi bir ihtar vermek suretiyle bu hususun giderilmesi istenmeyecek, doğrudan parti kapatma davası sonucunda siyasi partinin kapatılmasına karar verilecektir. Bu durumun, siyasi partilerin demokratik siyasi hayat bakımından arz ettiği önem karşısında oldukça tartışılmaya müsait olduğu kuşkusuzdur.

<sup>29</sup> Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2019, s. 212; Ergün Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2014, s. 102.

*yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.”* Söz konusu tanıma göre bir siyasi parti iki şekilde yasak eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelebilir. Bunlardan ilki, Anayasa’nın 68’inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık teşkil eden eylemlerin parti mensupları tarafından yoğun<sup>30</sup> ve kararlı<sup>31</sup> bir şekilde işlenmesi ve parti başkanı ile Anayasa’da sayılan karar ve yönetim organlarınca bu durumun zımnen veya açıkça benimsenmesidir.<sup>32</sup> İkinci durum ise, söz konusu eylemlerin bu kez partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi’ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca yoğun ve kararlı bir şekilde işlenmesi gerekmektedir. Bu durumların varlığı hâlinde, siyasi parti hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatma kararı verilecektir.

<sup>30</sup> “Yoğunluk” unsuru Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: “Buna göre, ülke çapında çok sayıda üyenin birlikte ya da ayrı ayrı, eşzamanlı veya farklı zamanlarda gerçekleştirdiği, sayısal açıdan çokluk derecesinde olan belirli nitelikteki eylemlerin kararlılık içinde tekrarlanması, yani süreklilik göstermesi durumunda ‘yoğunluk’ söz konusu olabilecektir. Örneğin, parti üyeleri hakkında bu eylemlerden dolayı yurdun çeşitli yerlerinde kamu davaları açılmış bulunması veya SPK’nın değişik 102’nci maddesinin 2 ve 3’üncü fıkraları gereğince o siyasi partinin bu tür eylemlerden dolayı en azından birkaç defa (devlet yardımından yoksun bırakılma) yaptırıma maruz kalması, yoğunluğun saptanmasında bir ölçü olarak kabul edilmelidir.” AYM., T. 30.07.2008, E. 2008/1, K. 2008/2, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 04.05.2021).

<sup>31</sup> “Kararlılık” unsuru Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında şu şekilde açıklanmıştır: “...yoğunlaşma durumundakine benzer şekilde, parti organlarının, ara sıra meydana gelen, tek tük ve arızı eylemlerine bakarak o partinin yasak eylemlerin odağı hâline geldiğine karar verilemez. Keza, bu fiillerin kararlılık içinde işlenmiş sayılabilmesi için, bu ihlallerin nispeten kısa bir zaman dilimi içinde değil, kamuoyunda da bu yönde kanaat hasıl edecek şekilde uzun süre devam etmiş olması da gerekir.” AYM., T. 22.06.2001, E. 1992/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, (Erişim: 04.05.2021).

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi parti üyeleri tarafından işlenen eylemlerin parti organlarınca benimsendiğinin kabulü için gerekli olan unsurları bir kararında şu şekilde açıklamaktadır: “Bu demektir ki, birden çok sayıda partilinin yasak eylemleri yoğun bir şekilde işlemiş olmaları onlar hakkında birtakım müeyyidelerin uygulanmasını gerektirebilirse de bu eylemler parti organlarınca benimsenmedikleri sürece partinin o eylemlerin odağı hâline geldiğinden söz edilemez. Ayrıca, dikkat edilmesi gereken bir nokta da sadece ismen belirtilen parti organlarının bu eylemleri ‘benimsenmesi’ veya onaylamasının partiyi ilzam edecek olmasıdır. Yani, partinin bu organlar dışındaki merci, makam ve kurulları ile varsa yan örgütlerinin tutumu odak olma hâli açısından nazara alınmayacaktır.” AYM., T. 22.06.2001, E. 1992/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, (Erişim: 04.05.2021).



### 3. Yabancı Devletlerden, Uluslararası Kuruluşlardan ve Türk Uyrukluğunda Olmayan Gerçek ve Tüzel Kişilerden Maddi Yardım Alması

Siyasi partiler bakımından öngörülen son kapatma sebebi, siyasi partinin yabancı kişi veya kuruluşlardan mali yardım almasıdır. Bu kapatma sebebine Anayasa'nın 69'uncu maddesinin onuncu fıkrasında yer verilmiştir. İlgili düzenleme şu hükmü içermektedir: *"Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır."* Siyasi partilerin faaliyetlerini etkili bir şekilde yürütebilmeleri için finansal kaynaklara ihtiyacı bulunmaktadır. Siyasi partilerin elde edebileceği gelirler SPK'da tek tek sayılmış, ayrıca bu gelir kalemlerinden biri olan Devlet yardımı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Dolayısıyla, siyasi partilerin kanunda belirtilenlerden başka gelir elde etmesi mümkün değildir.<sup>33</sup> Anayasa'nın 69'uncu maddesi ile de siyasi partinin yabancı kişi veya kuruluşlardan mali yardım alması kapatma sebebi olarak öngörülmüştür. Bu şekilde gelir elde etmenin bu denli ağır bir yaptırıma tabi tutulmasının sebebi olarak, Anayasa yapıcının, siyasi partilerin yabancı kişi veya kuruluşlar ile sıkı irtibat kurarak bunların kontrolüne girmesini engelleme düşüncesi olduğu ifade edilebilir.

#### C. Kapatma Kararı Yerine Uygulanan Devlet Yardımından Kısmen veya Tamamen Yoksun Bırakma Yaptırımı

Yukarıda bahsedilen parti kapatma sebeplerinin gerçekleşmesi durumunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından hazırlanacak bir iddianame ile siyasi parti kapatma davası açılacak, bu dava Anayasa Mahkemesi tarafından kesin karara bağlanacaktır. Parti kapatma sebeplerinin oluşmaması durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilecek, bu sebeplerin şümule ermesi hâlinde ise partinin kapatılmasına ya da işlenen fiillerin ağırlığı göz önünde bulundurularak Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verilecektir. Görüleceği üzere, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı kural olarak parti kapatma yaptırımına alternatif olarak uygulanmaktadır. Önceden parti ka-

<sup>33</sup> Akyel, s. 143.



patma sebeplerinin gerçekleşmesi hâlinde siyasi parti hakkında uygulanacak tek yaptırım kapatma yaptırımı iken, Anayasa'nın 69'uncu maddesinin yedinci fıkrasına 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen hüküm uyarınca artık bu hâllerde, işlenen eylemlerin ağırlığı göz önünde bulundurularak kapatma yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımı da uygulanabilecektir. Bu yaptırıma karar verme noktasında Anayasa Mahkemesi'nin takdir yetkisi bulunmaktadır. Anayasa yapıcı işlenen fiillerin ağırlığının göz önünde bulundurulduğu bu yaptırım türü ile, demokratik siyasi hayat bakımından büyük önem arz eden siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştırmak için adeta "hafifletici sebep" sevk etmiştir.

Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımına ilişkin yasal düzenlemeye SPK'nın 101'inci maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "*Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir.*" Görüldüğü üzere bu hüküm ile Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının ancak "son yıllık" Devlet yardımı hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Son yıl için Devlet yardımının tamamı ödenmiş ise, ödenen miktarın iadesine karar verilecektir. Ancak, geçmiş yıllara ait Devlet yardımlarının iadesini talep etmek olanaklı değildir. Benzer şekilde bu yaptırımın gelecek yıllarda<sup>34</sup> yapılacak Devlet yardımları için de uygulanması söz konusu değildir.

<sup>34</sup> Siyasi Partiler Kanunu'nun 101'inci maddesinde 26.3.2002 tarih ve 4748 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi ile yapılan değişikliğe ilişkin 10.03.2002 tarih ve 1/960 Esas, 17 Karar No'lu Anayasa Komisyonu Raporu'na ilişkin olarak Trabzon Milletvekili Şeref Malkoç tarafından yazılan muhalefet şerhinde yer alan; "Tasarının 4'üncü maddesi Anayasa'nın 69'uncu maddesine aykırıdır. "Tasarının 4/A'da 'yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir' hükmü getirilmektedir. Oysa Anayasa'nın 69 uncu maddedeki ilgili hükmü: '... Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına...' denilmektedir. Yani Anayasanın hükmü geleceğe yöneliktir. Kanun ise geçmişe yönelik düzenleme getirmiştir. Bu Anayasaya aykırı olduğu gibi akla, mantığa ve fiili duruma da aykırıdır" yönündeki açıklamada Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakmanın Anayasa hükmü uyarınca geleceğe yönelik uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 69'uncu maddesinin son fıkrasında yer alan *"Siyasî partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasî partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir."* şeklindeki hüküm uyarınca, siyasî partilerin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmalarını son yıl alınan Devlet yardımı ile sınırlı tutan bir esasın Anayasada yer almaması nedeniyle Siyasi Partiler Kanunu'nun 101'inci maddesi ile getirilen *"son yıllık Devlet yardımı"* sınırlaması Kanun koyucunun bir tercihi olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasada yer alan ve Anayasa Mahkemesine takdir hakkı tanıyan *"dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması"* şeklindeki hükmü sadece son yıl yapılan Devlet yardımı ile sınırlayan kanun hükmü Anayasaya uygunluğu bakımından tartışmaya açıktır. Anayasa yapıcının Devlet yardımından *"kısmen"* veya *"tamamen"* yoksun bırakma seçeneğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne tanıdığı inisiyatif Anayasanın ruhuna ve özüne, ceza hukukunun genel kaidelerine aykırı bir biçimde kanun ile daraltılmıştır.<sup>35</sup> Dava konusu fiillerin ağırlığı her parti kapatma davasında

<sup>35</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi; "Anayasa'nın 69. maddesinin yedinci fıkrasında, Devlet yardımından yoksun bırakılacak tutarın takdir yetkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın Anayasa Mahkemesi'ne bırakıldığı, Mahkeme'nin bu yetkisinin, 'yarısından az olmamak kaydıyla' şeklinde yasayla getirilen bir sınırlamayla kısıtlanamayacağı, Anayasa Mahkemesi'ne kanunla görev verilemeyeceği, bu nedenle 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesiyle getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 69. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 4748 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin (A) bendi ile 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesine eklenen fıkrada, Anayasa Mahkemesi'nin, 101. maddenin birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının yarısından az olmamak kaydıyla, bu yardımdan kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 69. maddesine 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa ile eklenen yedinci fıkrada, 'Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir' denilmektedir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 69. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında sayılan hallerde ilgili siyasî parti için temelli kapatma yerine, daha hafif olan Devlet yardımından dava konusu fiillerin ağırlığına göre kısmen veya tamamen yoksun bırakmaya herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kendisi karar verecektir. Anayasa'nın 69. maddesinin son fıkrasında da siyasî partilerin, kapatılmaları ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile ilgili kanunla düzenleme yetkisi verilirken, 'yukarıdaki esaslar

aynı olamayacağından hatta aynı partiye ilişkin farklı tarihlerde açılmış kapatma davalarında dahi dava konusu fiillerin aynı ağırlıkta olduğundan bahsetmeye imkân bulunmadığından uygulanacak Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma cezasının, kanun ile sadece son yıl ile sınırlandırılmış olması, ağırlık derecesi ne olursa olsun verilecek ceza için Yüksek Mahkemeye tek bir seçenek (son yıl yapılan Devlet yardımı) tanıdığından ceza hukukunun evrensel ilkelerinden olan suç ve cezaların orantılılığı<sup>36</sup> ve cezaların

---

çerçevesinde' ibaresi kullanılmak suretiyle yasa koyucuya verilen takdir yetkisinin sınırları çizilmiştir. 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesine 4748 sayılı Yasayla eklenen fıkrada ise, ilgili siyasi partilerin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının 'yarısından az olmamak kaydıyla' ibaresi kullanılmak suretiyle, Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa ile verilen yaptırım uygulama yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu kuralın uygulanması hâlinde Anayasa Mahkemesi, Devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakma yaptırımı ile ilgili kararını, yardım miktarının yarısından az olmamak kaydıyla, sınırlı olarak kullanabilecektir. Açıklanan nedenlerle, 2820 sayılı Yasa'nın 101. maddesine 4748 sayılı Yasa'yla eklenen fıkrada yer alan '...yarısından az olmamak kaydıyla...' ibaresi Anayasa'nın 69. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." yönünde hüküm tesis etmiştir. AYM., T. 16.7.2003, E. 2002/104, K. 2003/72, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 15.05.2021). Her ne kadar bu karar ile mahrum bırakılacak Devlet yardımının "...son yıllık Devlet yardımı..." ile sınırlandırılması hususu hükme bağlanmamış, bir başka ifade ile bu ibarenin iptali talep edilmemiş olsa da "...yarısından az olmamak kaydıyla..." ibaresinin iptal gerekçelerine benzer gerekçelerle bu hükmün de Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa ile verilen yaptırım uygulama yetkisini sınırlandırıldığını, dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca SPK'nın 101'inci maddesinde yer alan "...son yıllık Devlet yardımı..." ile sınırlandırmanın, 102'nci maddede daha hafif fiiller için öngörülen Devlet yardımından kısmen veya tamamen mahrum bırakma cezasının uygulanmasında öngörülmemiş olması hukuki isabetten yoksun, tutarsız ve çelişkilidir.

<sup>36</sup> Kanun koyucunun yaptırımı konu eylemleri ve bu eylemler karşılığında uygulanacak yaptırımları belirlemesi anayasal sınırlar içerisinde takdir yetkisi kapsamındadır. Kanun koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Yaptırımların yerine getirilmesine ilişkin düzenlemelerde kuralların cezaların etkinliğini ve caydırıcılığını sağlama amacına uygun olarak adil ve orantılı olması gerekir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil dengenin kurulabilmesi için bunun ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Bu ilkenin alt ilkelerinden olan elverişlilik ilkesi öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, zorunluluk ilkesi öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve orantılılık ilkesi ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir. Bkz. AYM., T. 14.3.2019, E. 2019/16, K. 2019/15, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 14.05.2021). Ceza, sonucunu oluşturduğu hukuki nedenle yani suç fiiliyle orantılı olmalıdır. Cezaların suçun ağırlığı ve kusurun derecesi ile orantılı olması çağdaş ceza hukukunun gereğidir. Devletin ceza verme yetkisinin vicdani ve mantıki sınırını oluşturan ve kaynağını kefarete düşüncesinden alan bu ilke, ceza adaletinin ortaya

bireyselleştirilmesi<sup>37</sup> ilkelerine de aykırıdır.

Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımına kural olarak parti kapatma yaptırımı yerine başvurulması mümkün iken, SPK'nın 102'nci maddesinde bu yaptırıma hükmedilebilecek başka sebeplere daha yer verilmiştir.<sup>38</sup> Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca, siyasi

---

çıkışında önemli bir rol oynar. Orantılılık ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 73-74; Hasan Gerçeker, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1*, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 133; Gökhan Taneri, "Temel Cezanın Belirlenmesi", *TBB Dergisi*, S. 2, 2016, s. 130-131.

<sup>37</sup> Siyasi partiler hakkında uygulanacak yaptırımlar ve bu yaptırımların ağırlığı belirlenir iken "cezaların bireyselleştirilmesi" ilkesine de riayet edilmelidir. En genel anlamıyla cezaların bireyselleştirilmesi ilkesi, kanunda öngörülen somut cezanın failin kişiliğine uydurulmasıdır. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmeder iken de bu ilkeye bağlı kalınmalıdır. Bu kapsamda, cezaların bireyselleştirilmesi ilkesi uyarınca, siyasi partiler hakkında kapatma ya da kapatma yerine Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının uygulanmasına karar verilir iken, siyasi partinin geçmişi, yargılama sürecinde parti organları ve üyelerinin davranışları ve uygulanacak yaptırımın siyasi partinin geleceği üzerindeki olası etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, aynı partiye farklı zamanlarda Devlet yardımından tamamen yoksun bırakma yaptırımı uygulandığında, Devlet yardımları miktarları birbirine yakın ise bireyselleştirme imkânı oldukça kısıtlanmış olacaktır.

<sup>38</sup> Siyasi Partiler Kanunu'nun 102'nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları, 4748 sayılı Yasa'nın 4'üncü maddesinin (B) bendi ile değiştirilerek, siyasi partilerin faaliyetlerinin izlenmesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın istediği bilgi ve belgeleri bildirilen süre içinde vermeyen veya aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı fiilin işlenmesi hâlinde, ilgili parti organı, merci veya kurulun işten el çektilmesi istemini veya yine 68'inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı fiil ve konuşmalarından dolayı hüküm giyen parti üyelerinin partiden kesin olarak çıkarılma istemini yerine getirmeyen siyasi partinin kapatılması ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca Anayasa Mahkemesi'nde re'sen dava açılabilmesi öngörülmüş idi. Buna göre siyasi partilerin temelli kapatılma sebepleri arasında Anayasa'nın 69'uncu maddesinde sayılan üç nedenin dışında, 2820 sayılı Yasa'nın 102'nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen nedenlerle de siyasi partilerin kapatılması mümkün idi. 2820 sayılı Yasa'nın 102'nci maddesinin 4748 sayılı Yasa ile değişik birinci ve üçüncü fıkralarıyla ilgili iptal davası istemiyse 31.5.2002 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Söz konusu fıkralarda geçen "...kapatılması ya da..." ibaresi dava açıldıktan sonra 11.1.2003 tarihinde yürürlüğe giren 2.1.2003 günlü 4778 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 11'inci maddesiyle madde metninden çıkartıldığından, Anayasa Mahkemesi tarafından konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. AYM., T. 16.7.2003, E. 2002/104, K. 2003/2, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 15.05.2021). Bunun sonucunda, Anayasada sayılan siyasi parti kapatma nedenleri dışındaki bir nedenle 2820 sayılı Yasa'da siyasi parti kapatıl-

partilerin faaliyetlerinin izlenmesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının istediği bilgi ve belgeleri bildirilen süre içinde vermeyen siyasi partilere, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ikinci bir yazı tebliğ edilir. Söz konusu yazıda, önceki yazıya bildirilen süre içinde cevap verilmediği ve istek yerine getirilmediği takdirde o siyasi parti hakkında Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için dava açılabilirliği belirtilir. Bu tebliğde bildirilecek süre içinde yine söz konusu istek yerine getirilmez veya yazıya cevap verilmez ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı o siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için Anayasa Mahkemesinde resen dava açabilecektir.<sup>39</sup>

SPK'nın 102'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, Devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılma talebiyle dava açılmasına sebep olarak, yukarıda bahsedilen dışında, başka hususlar da belirtilmiştir. Buna göre, parti büyük kongresi, merkez karar ve yönetim kurulu veya bu kurulun iki ayrı kurul olarak oluşturulduğu haller, Türkiye Büyük Millet Meclisi grup yönetim kurulu, Türkiye Büyük Millet Meclisi grup genel kurulu, parti genel başkanı dışında kalan parti organı, mercii veya kurulu tarafından Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan hükümlere aykırı fiilin işlenmesi hâlinde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak iki yıl geçmemiş ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı söz konusu organ, mercii veya

---

masına yönelik hüküm bulunmamaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin; "Anayasa'da kapatılma nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun bunlar dışında bir nedenle siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir" şeklindeki kararı ile de uyumludur. AYM., T. 01.04.2003, E. 2003/21, K. 2003/13, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (Erişim:08.04.2021).

<sup>39</sup> SPK'nın 102'nci maddesi uyarınca siyasi partiler hakkında doğrudan Devlet yardımından yoksun bırakılma talebiyle dava açılması hâlinde, siyasi partinin Devlet yardımını muvazaalı işlemler ile tüketme ihtimalini ortadan kaldırmak için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına ya da Anayasa Mahkemesi'ne, siyasi partinin Devlet yardımının tamamını ya da bir kısmını kullanmaması yönünde bir ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinin tanınmamış olması önemli bir eksikliktir. SPK'nın 110'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında hakkında kapatılma istemiyle dava açılan siyasi partinin kapanma ve buna bağlı olarak parti mallarının devrine dair karar aldığı takdirde, soruşturma veya dava sonuçlanıncaya kadar devir işlemi yapamayacağına yönelik bir tedbir hükmü bulunmamaktadır. Benzer bir düzenlemeye SPK'nın 102'nci maddesi uyarınca siyasi partiler hakkında doğrudan Devlet yardımından yoksun bırakılma talebiyle açılan davalarda da başvurulacak şekilde yer verilmesi isabetli olacaktır.

kurulun “işten el çektilmesini” yazı ile o partiden ister. Parti üyeleri 68’inci maddenin dördüncü fıkraya hükümlerine aykırı fiil ve konuşmalarından dolayı hüküm giyerler ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bu kez, bu üyelerin partiden “kesin olarak çıkarılmasını” o partiden ister. Siyasi parti, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde istem yazısında belirtilen hususu yerine getirmediği takdirde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasa Mahkemesinde o siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için dava açar. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamenin tebliğinden itibaren otuz gün içinde ilgili siyasi parti tarafından söz konusu parti organı, merci veya kurulun işten el çektilmesi ve parti üyesi veya üyelerin partiden kesin olarak çıkarılmaları hâlinde, o partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için açılan dava düşer. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi, dosya üzerinde inceleme yaparak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ve siyasi parti temsilcilerinin sözlü açıklamalarını, gerekli gördüğü hallerde diğer ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları da dinlemek suretiyle açılmış bulunan davayı karara bağlar.

Görüleceği üzere SPK’nın 102’nci maddesindeki “Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma” yaptırımı düzenlenirken 101’inci maddeden farklı olarak “son yıllık” ibaresine yer verilmiştir. Bu durumda, 101’inci maddede yer alan, Anayasa’da sayılan ve de daha ağır nitelikteki fiiller için Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımı uygulanırken son yıl yapılan Devlet yardımı ile sınırlı olarak hareket edilecek, buna karşılık 102’nci maddede sayılan ve Anayasa’da belirtilmeyen üstelik parti kapatmayı gerektirmeyen bu itibarla da daha hafif nitelikte olan fiiller için Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımı, son yılki Devlet yardımıyla sınırlı olmaksızın geçmişe ya da geleceğe yönelik olarak daha fazla yılda yapılan/yapılacak Devlet yardımını içerecek şekilde uygulanabilecek olması Kanuna uygun olmakla birlikte suç ve cezaların orantılılığı ilkesine aykırıdır. SPK’nın 101’inci maddesinde düzenlenen Devlet yardımından mahrum bırakma müeyyidesinin, son yıl yapılan Devlet yardımı ile sınırlandırılmış olması yukarıda değinildiği üzere bu konuyu düzenleyen Anayasa hükmüne aykırıdır. 102’nci maddede düzenlenen ve 101’inci maddedekilere kıyasla daha hafif fiiller için öngörülen Devlet yardımından mahrum bırak-



ma müeyyidesi uygulanırken “son yıl” sınırı olmaksızın daha çok yılı içine alan Devlet yardımlarını kapsayacak şekilde, bir başka ifade ile ağırlaştırılarak uygulanabilecektir. Buna imkân tanıyan düzenleme, Anayasaya aykırılığın yanı sıra, aynı kanun içerisinde çelişki ve tutarsızlık yaratmaktadır.

Elbette yasa koyucunun, cezalandırma yetkisini kullanırken Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, hangi tür eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılacaksa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanacağı, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifleştirici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır.<sup>40</sup> Ancak bu yetkinin Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı kullanılamayacağı tartışmasızdır.

Burada birkaç hususun üzerinde daha ayrıca durmak gerekmektedir. Bunlardan biri, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımına her parti kapatma sebebi bakımından başvurmanın mümkün olup olmadığıdır. Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Zira, parti kapatma yaptırımına alternatif olarak öngörülen Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı Anayasa'nın 69'uncu maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenmiş ve “*Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir*” denilmek suretiyle bu yaptırımı aynı maddenin bu fıkradan önceki hükümlerinde düzenlenen parti kapatma sebepleri bakımından başvurulabileceğini hükme bağlanmıştır. Siyasi partilerin yabancı kişilerden mali yardım almasını kapatma sebebi olarak düzenleyen hükme, aynı maddenin onuncu fıkrasında yer verilmiştir. Dolayısıyla, madde sistematığı göz önünde bulundurulduğunda bu parti kapatma sebebi bakımından kapatma yaptırımı yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımına hükmetmek olanaklı değildir.<sup>41</sup> Özellikle, siyasi partinin Anayasa'nın 68'inci maddesinin

<sup>40</sup> AYM., T. 16.7.2003, R. 2002/104, K. 2003/72, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 17.05.2021).

<sup>41</sup> Gözler, s. 167; İba, s. 106-107; Nitekim Siyasi Partiler Kanunu'nun 101'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde “Bir siyasi partinin tüzük ve programının Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik



dördüncü fıkrasındaki eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelmesi durumunda olduğu gibi, daha ağır bir ihlal bakımından bu tedbirin uygulanması mümkün iken, daha hafif bir ihlal bakımından uygulanmasının mümkün olmaması orantılılık ilkesine aykırıdır. Bu çelişkinin Anayasada yapılacak bir düzenleme ile giderilmesi demokratik esaslara uygun olacaktır.

Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının esası hakkında söyleyeceğimiz bir diğer husus ise, bu yaptırıma hükmetmenin yalnızca Devlet yardımından yararlanan siyasi partiler bakımından mümkün olmasıdır. Yukarıda bahsedildiği gibi, bir siyasi partinin Devlet yardımı alabilmesi için son genel seçimde ülke genelindeki geçerli oyların yüzde üçünden fazlasını alması gerekmektedir. Bu oy oranına sahip olmayan parti Devlet yardımı alamayacak, dolayısıyla da bu parti bakımından kapatma sebebi şümule erdiğinde, kapatma yaptırımına nazaran daha hafif bir yaptırım olan Devlet yardımından yoksun bırakma kararına hükmetmek mümkün olmayacaktır.<sup>42</sup> Bu sonucun eşitlik ilkesine ve demokratik esaslara uygunluğu konusunda şüphe bulunmaktadır. Devlet yardımı alan bir parti bakımından kapatma sebepleri gerçekleştiğinde, işlenen fiillerin ağırlığı da göz önünde bulundurularak daha hafif bir yaptırıma hükmetmek mümkün olabilecek iken, bu yardımı alamayan parti hakkında kapatma yaptırımından başka bir karara hükmetmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca, bir siyasi partinin SPK'nın EK 1'inci maddesindeki şartları sağ-

---

cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi", (b) bendinde "Bir siyasi partinin, Anayasa'nın 68' inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespiti" ve (c) bendinde "Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması" hallerinde Anayasa Mahkemesince bir siyasi parti hakkında kapatma kararı verileceği hükme bağlanmış olmakla birlikte, anılan maddenin ikinci fıkrasında; birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde Anayasa Mahkemesi'nin temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere birinci fıkranın (c) bendinde düzenlenen; bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması hâlinde Anayasa Mahkemesi Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma cezasını uygulayamayacaktır.

<sup>42</sup> Gözler, s. 167.

lamasına rağmen, kendi isteğiyle Devlet yardımından yararlanmak istememesi durumunda<sup>43</sup> da ilgili parti hakkında Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının uygulanma imkânı kalmayacaktır. Burada da Devlet yardımı talep etmeyen ya da resen verilse dahi Devlet yardımını kabul etmeyen partinin aleyhine bir durum ortaya çıkacak, ilgili parti hakkında kapatma yaptırımının uygulanması gibi eşitsiz bir sonuçtan başka bir yol kalmayacaktır. Yukarıda olduğu gibi, bu çelişkinin de bir Anayasa düzenlemesi ile giderilmesi gerekmektedir. Bu partiler hakkında, kapatma yaptırımına alternatif ve Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımına denk olacak başka yaptırımlara<sup>44</sup> hükmedilmesini mümkün kılan Anayasa değişikliği yerinde olacaktır.

<sup>43</sup> Siyasi Partiler Kanunu'nun 111/1-d maddesi uyarınca Devlet yardımından faydalanmayan siyasi partilerin sorumluları hakkında üç aydan altı aya kadar hafif hapis cezası verilir. Bu göre, Devlet yardımından faydalanmayan siyasi partilerin sorumluları hakkında müeyyide getirilerek Devlet yardımından yararlanma adeta zorunlu kılınmıştır. Fakat bu cezaya rağmen bir siyasi partinin Devlet yardımından çeşitli sebeplerle yararlanmaması mümkündür.

<sup>44</sup> Nitekim, Anayasa Mahkemesi, "Anayasa'da kapatılma nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasa koyucunun bunlar dışında bir nedenle siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir. Kuşkusuz bu durum, temelde diğer sivil toplum örgütleri ile büyük benzerlikler gösteren ancak demokratik siyasi yaşam için taşıdıkları önem nedeniyle Anayasa ile özel koruma sağlanan siyasi partilerin hiçbir yaptırıma bağlı tutulamayacakları anlamına gelmemektedir. Hukuk düzeninin korunması ve devamı için, diğer gerçek ve tüzelkişiler gibi siyasi partilere de yaptırımlar uygulanmasının gerekli olduğunda duraksanamaz. Siyasi Partilerin amacı, seçimler yoluyla iktidara gelip tüzük ve programlarında belirtilen görüşleri doğrultusunda millî iradenin oluşmasını sağlayarak ülkeyi yönetmek olduğundan seçimlere katılmayan bir siyasi partinin temel işlevini yerine getiremeyeceği açıktır. Bu nedenle, siyasi partilerin Anayasa ve yasalar çerçevesinde üstlendikleri görev ve sorumluluklarına uygun olarak etkinliklerle bulunabilmelerinin sağlanması için iki dönem seçimlere katılmamalarının yaptırıma bağlanması olanaklı ise de, "Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerine katılmama" Anayasa'da sayılan kapatılma nedenleri arasında yer almadığından bu eylemin yaptırımının "kapatılma" olamayacağı açıktır" yönünde hüküm tesis etmek suretiyle siyasi partilere, kanunla parti kapatma ve Devlet yardımından mahrum bırakma yaptırımı dışında, "Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerine katılmama" yaptırımı gibi başka yaptırımlar da getirilebileceği hususunu açıklığa kavuşturmuştur. AYM., T. 01.04.2003, E. 2003/21, K. 2003/13, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (Erişim:08.04.2021). Bu kapsamda, kapatma sebepleri uhdesinde gerçekleşen siyasi partiler hakkında işlenen fiillerin ağırlığı ve tekrerrür gibi durumlar göz önünde bulundurularak Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı yerine para cezası uygulanabileceği gibi, bu partiler için "ülke seçim barajı" da artırılarak uygulanabilir. Örneğin, bu partiler için ülke seçim barajı yüzde on yerine yüzde on beş olarak uygulanabilir. Böylece, siyasi partiler hakkında kapatma yaptırımına nazaran hafif bir yaptırım uygulanmış olacaktır.

Aldıkları oy oranına göre farklı miktarda Devlet yardımı alan siyasi partilerin aynı fiil sebebiyle haklarında Devlet yardımından -bil-hassa Devlet yardımının tamamından- yoksun bırakma yaptırımının uygulanması ihtimalinde yine eşitsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Örneğin, son yılda 3 Milyon Türk Lirası Devlet yardımı alan siyasi parti ile 20 Milyon Türk Lirası Devlet yardımı alan siyasi partinin aynı fiili işlemesi durumunda aldıkları Devlet yardımından tamamen mahrum bırakma yaptırımının her iki partiye de uygulanması hâlinde aynı fiil için farklı tutarlarda ceza tatbiki gibi eşitlik, orantılılık ve adalet ilkelere aykırı bir sonuç doğacaktır. Aynı aykırılık, Devlet yardımından kısmen (örneğin yarısından) mahrum bırakma durumunda da söz konusu olacaktır.

Ayrıca Devlet yardımından mahrum bırakma yaptırımının, bu yaptırıma konu fiilin işlendiği tarih itibarıyla ceza tutarının kesin olarak belli olmaması nedeniyle de kanunilik ilkesine uygunluğu tartışmaya açıktır.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin somutlaştırıldığı uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Bu ilke Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Kanunsuz ceza olmaz" kenar başlıklı 7'nci maddesinin birinci paragrafında "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklinde; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15'inci maddesinin birinci paragrafında ise "Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır." biçiminde düzenlenmiştir. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin gereği olarak Anayasa'nın 38'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmü getirilmiştir. Devlet yardımından mahrum bırakma yaptırımı uygulanırken, ilgili siyasi partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına ya da yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verileceğinden, parti kapatmaya konu fiilin işlendiği tarih ile hükmün verildiği tarih arasında, davanın açılma ve muhakeme süreci nedeniyle geçen sürede yaptırım konusu tutar değişebilecektir. Bu durum, cezanın açık ve kesin belirlenmemiş olması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturacağından kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu bağlamda, anayasa ve kanunda suç olarak tanımlanan yani parti kapatmaya sebep olarak gösterilen fiillerin karşılığı olarak öngörülen ceza/yaptırım (Devlet yardımından kısmen ya da tamamen mahrum bırakılma) yargılama usulü kurallarının uygulanmasından ve yargılama sürecinin uzunluğundan hatta kapatma davasının açılma tarihinden etkilenmekte ve değişmekte-

SPK'nın 101'inci maddesinde bu yaptırımın son yıllık Devlet yardımı için uygulanabileceği hükme bağlanmış, ancak Devlet yardımından kısmen mahrum bırakma durumunda bunun miktar olarak mı

dir. Fiil tarihi itibarıyla her ne kadar Devlet yardımından kısmen ya da tamamen mahrum bırakma biçiminde bir ceza öngörülmüş olsa da bu cezanın tutarı kesin ve belli değildir. Burada parti kapatmaya konu fiillerin birden farklı yılda işlenmiş olabileceği hususu da cezanın belirliliği noktasında bir başka güçlük olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece, davanın açılma zamanı ve bazı yargılama usulü kuralları kovuşturulan fiiller için öngörülen ceza miktarını etkileyebilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Sözleşme'nin 7'nci maddesinin birinci paragrafına ilişkin içtihadında, ceza muhakemesi kurallarının derhâl uygulanmasının makul olduğunu kabul etmekle birlikte cezai yaptırım gerektiren fiiller için öngörülen cezanın süresine etki eden yargılama usulü kurallarının da Sözleşme'nin 7'nci maddesinin birinci paragrafının kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda AİHM ceza süresini azaltan yargılama usulü kurallarının fail lehine uygulanması gerektiğine karar vermiştir (Scoppola/İtalya (No. 2) [BD], B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 110-113). Nitekim sözü edilen kanunilik ilkesi doğrultusunda düzenlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 7'nci maddesinin ikinci fıkrasında lehe kanunun uygulanması ilkesi "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" şeklinde ifade edilmiştir. Devlet yardımından mahrum bırakma cezası tatbik edilirken suçun işlendiği zamanda geçerli olan norm sonradan yani kapatma kararının verildiği anda değişmemiş olmakla birlikte cezanın ağırlığı değişebilmektedir. Norm değişikliği durumunda dahi lehe olan norm uygulanırken norm değişikliği olmaksızın fiilin işlendiği tarihte kesin olarak bilinmeyen fakat fiilin işlendiği tarihe göre aleyhte değişme ihtimali olan daha ağır bir cezanın tatbikini kanunilik ilkesine uygun olarak değerlendirmeye hukuki imkân bulunmamaktadır. Kanunsuz suç olmaz ilkesi ile birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesi, modern ceza hukukunun temellerinden biridir. Kişilerin yaşamları, özgürlükleri ya da malları üzerindeki en etkili kısıtlamaya yol açacak olan cezaların, kanunlarla belirlenmesi gereğini ifade eden cezada kanunilik ilkesi, bireysel özgürlüklerin teminatı olduğu kadar toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında ve devamında da etkilidir. Bu ilke, suçlara uygulanacak yaptırım tür ve ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını da yasayla belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bkz. AYM., T. 19.01.2006, E. 2005/99, K. 2006/8, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 14.05.2021). Her ne kadar siyasi parti kapatmayı gerekli kılan fiiller ile bunların müeyyidesi olarak Devlet yardımından mahrum bırakma cezası, Anayasa ve yasa ile düzenlenmiş olsa da mahrum bırakılacak Devlet yardımı tutarının fiilin işlendiği sırada kesin olarak belli olmaması ve hükme konu Devlet yardımının fiilin işlendiği tarihteki değil belirsiz bir tarihteki Devlet yardımı miktarı olması nedeniyle öngörülen cezanın kanunilik ilkesine uygunluğunda bahsedilemez.

yoksa oran olarak mı uygulanacağına ilişkin bir belirlemeye yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi bir siyasi parti hakkında bu yaptırımın uygulandığı ilk ve bugüne kadarki tek kararında “...2008 yılında aldığı (son yıllık) Devlet yardımı miktarının yarısından yoksun bırakılmasına” hükmetmek suretiyle,<sup>46</sup> söz konusu yaptırımın miktar belirtmeksizin oran olarak uygulanmasını uygun görmüştür.

Yukarıda belirtildiği üzere Yüksek Mahkeme, fiilin ağırlığına göre Devlet yardımından kısmen mahrum bırakma cezasını tayin ederken son yıllık yardımı esas alacak, daha önceki ya da fiilin işlendiği yıl yahut gelecek yıllarda yapılacak Devlet yardımını esas alamayacaktır. Yüksek Mahkeme “kısmen” ya da “tamamen” Devlet yardımında mahrum bırakma hükmü tesis ederken son yıllık Devlet yardımını dikkate alacak, takdir hakkını sadece Devlet yardımından kısmen ya da tamamen mahrum bırakma noktasında ve kısmen mahrum bırakma durumunda ise son yıllık Devlet yardımının ne kadarlık kısmından mahrum bırakılacağı noktasında kullanabilecektir. Daha açık bir ifade ile kısmen ya da tamamen mahrum bırakılacak Devlet yardımı bir yıl ile ve de son yardım yılı ile sınırlandırılmıştır. Yüksek Mahkemenin takdir hakkına ilişkin kanunla getirilen bu sınırlamanın Anayasa hükmünün sözüne ve özüne uygunluğu yukarıda da belirtildiği üzere tartışmaya açıktır.

Siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının gereğinin ilgili siyasi parti tarafından zamanında yerine getirilmemesi durumunda ne şekilde hareket edileceğine ilişkin de birtakım belirsizlikler bulunmaktadır. Devlet yardımının iadesi durumunda ne kadar sürede iade edileceği, iade edilecek tutara faiz uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacak ise bunun oranı ve başlangıç tarihi belli değildir. Anayasa Mahkemesi kararına rağmen Devlet yardımının iade edilmemesi durumunda, ilamların icrasına ilişkin genel hükümlerin mi yoksa 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin mi uygulanacağı gibi birçok hususta da belirsizlik söz konusudur.

<sup>46</sup> AYM., T. 30.7.2008, E. 2008/1, K. 2008/2, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 06.05.2021).

### III. DEVLET YARDIMINDAN YOKSUN BIRAKMA YAPTIRIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

#### A. Genel Olarak Siyasi Parti Kapatma Davaları ve Hukuki Niteliği

Siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için, ilk olarak siyasi parti kapatma davaları ile bu davaların hukuki niteliğinin irdelenmesi gerekecektir. Zira, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımına, yukarıda belirtilen istisnalar olmakla birlikte kural olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı parti kapatma davasında, kapatma yaptırımı yerine hükmedilmektedir. Dolayısıyla, bu yaptırıma hükmedilen davanın hukuki niteliğinin sağlıklı bir şekilde ortaya koyulması, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının hukuki niteliğinin belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.

Siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma davalarında verdiği kararlarda da bu davanın hukuki niteliği konusunda yapılan tespitler bakımından bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Hem doktrindeki hem de Anayasa Mahkemesi kararlarındaki görüşler, bu davanın ceza davası ya da kendine özgü dava niteliğinde olduğu noktasında ağırlık kazanmaktadır.

Doktrinde yer alan bir görüş, özellikle 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesindeki, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda CMK'nın bu davanın mahiyetine uygun düşen hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemeden hareketle, parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.<sup>47</sup>

Bu konuda doktrindeki diğer bir görüş ise, siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuran eylemler ile bu eylemler karşılığında uy-

<sup>47</sup> Hüseyin Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması", *Yasama Dergisi*, S. 11, 2009, s. 75; Arzu Durmuş, *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak*, 1. Baskı, İstanbul 2001, 14; Fazıl Sağlam, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, 1. Baskı, Ankara 1999, s. 104.



gülan yapan yaptırımların ceza hukuku kurumlarından farklı olduğunu, bu davada CMK hükümlerinin uygulanmasının parti kapatma davalarını tek başına ceza davası hâline getirmeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, parti kapatma davaları kendine özgü birer dava niteliğindedir.<sup>48</sup>

Siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda, Anayasa Mahkemesi kararlarında yapılan belirlemelerde herhangi bir istikrar bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi uzun bir dönem, kararlarında bu davaların ceza davası niteliğinde<sup>49</sup> olduğunu belirtmekte iken, son zamanlarda parti kapatma davalarının kendine özgü niteliğinin<sup>50</sup> bulunduğu yönünde hüküm tesis etmektedir.

Kanaatimizce, siyasi parti kapatma davaları ceza davası niteliğindedir. Bu görüşümüzün iki esas dayanağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bu dava sonucunda hükmedilen esas yaptırım olan “kapatma” kararının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira bu yaptırım, doktrinde de bazı yazarlar tarafından ifade edildiği üzere, ceza hukukundaki iki yaptırım türünden biri olan “güvenlik tedbiri”<sup>51</sup> mahi-

<sup>48</sup> Yüksel Metin, “Siyasi Parti Kapatma Davalarında Ortaya Çıkan Ön Sorunlar”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 3 (Güz), 1998, s. 224.

<sup>49</sup> “Anayasa’nın 19 uncu maddesinde yazılı yasaklara riayet etmeyen (Dernek) olması hâlinde bu derneğin kapatılması yetkili mahkemeye bırakıldığı hâlde siyasi hayatın vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmiş bulunan siyasi partiler diğer derneklerden ayrı tutulmuş ve bunların kapatılması hakkındaki dâvalar dahi kamu dâvası niteliğinde bulunmuş olduğundan, siyasi partilerin kapatılması dâvalarını her hangi bir kişinin veya o partiye kayıtlı bulunan bir kimsenin irade ve takdirine bırakarak Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya dâva açma hakkı bulunduğunu kabule imkân görülmemiştir.” AYM., T. 07.06.1965, E. 1965/17, K. 1965/35, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 04.05.2021). Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu kararında, ceza davası yerine kamu davası ibaresini tercih etmiştir. Bu iki kavramın çoğunlukla birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmekle birlikte, 5271 sayılı CMK esas olarak “kamu davası” terimi benimsemiştir; Aynı doğrultuda başka kararlar için bkz. AYM., T. 11.03.1963, E. 1963/37, K. 1963/54, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 04.05.2021), AYM., T. 28.09.1984, E. 1984/1, K. 1984/1, R.G.: 14.02.1985-18666, (Erişim: 04.05.2021).

<sup>50</sup> AYM., T. 16.01.1998, E. 1997/1, K. 1998/1, <https://anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 04.05.2021), AYM., T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, (Erişim: 04.05.2021), AYM., T. 11.12.2009, E. 2007/1, K. 2009/4, www.legalbank.net, (Erişim: 04.05.2021).

<sup>51</sup> Aşağıda tekrar üzerinde durulacağı üzere, bir güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için kural olarak kasten işlenen bir suçun varlığı zorunludur. Ancak kural olmakla beraber, TCK sistematığında bazı hâllerde henüz kasıtlı olarak işlenen bir suçun varlığı söz konusu değil iken bile güvenlik tedbirine hükmetmek mümkün-

yetindedir.<sup>52</sup> Ceza hukukunda tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olmasına karşılık, bunlar hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi mümkündür. Siyasi partiler hakkında verilen kapatma yaptırımına TCK'da sayılan güvenlik tedbirleri arasında yer verilmemesi bir eksiklik oluşturmamaktadır. Zira, güvenlik tedbirleri bakımından TCK ile sınırlı olmak üzere bir numerus clausus (sınırlı sayı) ilkesi geçerli değildir. TCK dışında başka kanunlarla da birçok güvenlik tedbiri düzenlenmiştir. Örneğin, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca verilen seyirden men kararı, TCK dışında düzenlenen güvenlik tedbirlerinden biridir.

Siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğuna ilişkin görüşümüzün ikinci esas dayanağı, siyasi partilerin toplum bakımından arz ettiği önem göz önünde bulundurulduğunda, bu davalar sonucunda siyasi partiler hakkında hükmedilen kapatma ya da Devlet yardımından yoksun bırakma gibi yaptırımların oldukça ağır olmasıdır. Bilindiği üzere, ceza hukukunda son çare ilkesi (ultima ratio) geçerlidir.<sup>53</sup> Bunun anlamı, hukukun en ağır yaptırım türlerini içeren ceza hukuku yaptırımlarına en son başvurulması, muhkem ihlalin diğer hukuki yaptırımlar ile giderilmesi veya tanzim edilmesi mümkün ise önce onlara başvurulmasıdır.<sup>54</sup> Ceza hukuku ağır yaptırımlar içerince, işlenen fiilin ceza hukuku sahasına girmesi hâlinde de

---

dür. TCK'nın eşya müsaderesini düzenleyen 54'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen "Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir" hükmünde olduğu gibi, bazı hâllerde ortada bir suç ve suçlu yok iken de güvenlik tedbirine hükmetmek mümkündür. Siyasi partilerin kapatılması hususunda da benzer bir durum söz konusudur. Kapatılmaya eylemleri ile sebebiyet veren kişiler ceza mahkemelerinde mahkûm olmasalar bile bu durum, siyasi parti hakkında kapatılma güvenlik tedbirinin uygulanmasına engel oluşturmayacaktır. Burada amaç, siyasi partinin ileride işlemesi veya işlenmesine teşvik etmesi muhtemel suçların önceden engellenmesidir.

<sup>52</sup> Uğur Yiğit, "Siyasi Partilerin Temelli Kapatılması ile Kapatılması Arasındaki Farklar ve Kapatılan Partilerin Yeniden Açılması", *TBB Dergisi*, S. 75, 2008, s. 174; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 721.

<sup>53</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2020, s. 83; Ekrem Çetintürk/ Ali Rıza Töngür, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 51-52.

<sup>54</sup> Soner Demirtaş, "Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S. 2019, s. 493; Öykü Didem Aydın, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *TBB Dergisi*, S. 53, 2004, s. 65.

bu yaptırımları tatbik edebilmek için sıkı bir yargılama faaliyetinde bulunulması gerekecektir. Dolayısıyla, siyasi parti kapatma davaları sonucunda hükmedilen kapatma ya da Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımları, demokratik hayat bakımından vazgeçilmez olan siyasi partilerin özüne dokunan, oldukça ağır nitelikte olan ve en son olarak başvurulması gereken ceza hukuku yaptırımlarıdır.<sup>55</sup> Bu yaptırımlara hükmedebilmek için çok sıkı bir yargılama yapmak gerekmektedir. Davalıların en lehine olan yargılama kuralları ise ceza muhakemesi hukuku kurallarıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinde, siyasi parti kapatma davalarında bu davanın mahiyetine uygun CMK hükümlerinin uygulanacağı hükmüne yer verilmektedir. Bu hüküm, burada ifade ettiğimiz iki ana gerekçe bağlamında değerlendirildiğinde, siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, parti kapatma davalarının iddianame ile açılması ve Anayasa'nın 149'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasının dinlenmesinin sağlanması gibi temel ceza muhakemesi hukuku kurallarının tatbikinin mümkün kılınması, Anayasa yapıcının da bu davalara ceza davası niteliği<sup>56</sup> yüklediğine dayanak teşkil etmektedir.

<sup>55</sup> Doktrinde Sağlam bu hususu verdiği bir örnek ile şu şekilde açıklamaktadır: "Bir benzetme yapmak gerekirse, partinin temelli kapatılması işlemi, kişiler için verilen idam cezasına koşut bir biçimde değerlendirmek gerekir. Nasıl ki idam cezası, aslında yaşam hakkının özüne dokunan bir yaptırımsa ve ancak Anayasa'da yaşam hakkının bir istisnası olarak öngörüldüğü oranda geçerli olabiliyorsa, siyasal partilerin temelli kapatılması da aynı özelliği göstermektedir." Sağlam, s. 104.

<sup>56</sup> Teklifin madde gerekçesinde yer alan; "149'uncu maddeyle Anayasa Mahkemesi'nin siyasal partilerin kapatılması davalarında parti genel başkanının sözlü savunmasını alacağı eklenmektedir. Bu şekilde bir siyasal partinin kapatılması gibi son derece önemli sonuçlar doğuracak bir davada parti genel başkanının sözlü savunması olmaksızın karar verilmemesinin sağlanması amaçlanmaktadır" şeklindeki açıklama ile Anayasa Komisyonu Raporundaki; "Teklif, ayrıca, siyasal partiler aleyhine açılan kapatma davalarında hakkında dava açılmış olan partinin genel başkanının da dinlenmesi mecburiyetini getirmektedir. Komisyonumuz bu Teklifi benimserken parti genel başkanlığının dinlenmesinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın dinlenmesinden sonra olmasını da karara bağlamıştır. Bu suretle, son sözün savunmaya ait olduğu ilkesine uyulmuş olacaktır" yönündeki tespitin birlikte değerlendirilmesinden; sözlü savunma olmaksızın karar verilmemesinin sağlanması, ceza yargılaması hukukunun temel ilkelerinden biri olan "son sözün savunmaya ait olduğu" ilkesine uyulması ve son derece önemli sonuçlar doğuracak bir dava nitelendirmesi suretiyle siyasi parti kapatma davasının Anayasa yapıcı tarafından "ceza davası" olarak nitelendirildiği sonucuna varmak mümkündür.

## B. Devlet Yardımından Kısmen veya Tamamen Yoksun Bırakma Yaptırımının Hukuki Niteliği Hakkında Değerlendirmeler

Siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğundan yukarıda bahsedilmiştir. Esasen bu davaları ceza davası niteliğine kavuşturan husus, dava sonucunda hükmedilen yaptırımların ceza hukuku yaptırımları olmasıdır. Parti kapatma yaptırımı gibi Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı da ceza hukuku yaptırımı olan “güvenlik tedbirleri”nin bir türüdür. Türk Ceza Hukuku sisteminde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmese de bunlar hakkında güvenlik tedbirlerine hükmetmek mümkündür.<sup>57</sup>

Türk Ceza Hukuku sisteminde iki tür yaptırım bulunmaktadır. Bunlar, cezalar ve güvenlik tedbirleridir.<sup>58</sup> Cezalar kendi içerisinde hapis cezaları ve adli para cezaları olmak üzere ikiye ayrılırlar.<sup>59</sup> Cezanın amacının ne olduğu hususu geçmişten günümüzde tartışmalı olmakla beraber,<sup>60</sup> bugün için bu amacın hem faile işlediği fiilden dolayı bir azap çektirmek suretiyle adaletin sağlanması hem faile ceza vererek toplumdaki diğer bireylerin suçtan caydırılması hem de failin ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılması şeklinde çok yönlü olduğu kabul edilmektedir.<sup>61</sup>

Ceza hukukundaki diğer bir yaptırım türünü oluşturan güvenlik tedbirlerinde ise amaç, cezalarla hedeflenenenden oldukça farklıdır. Güvenlik tedbirleri; suçu işleyen kişinin kusurluluğuna bakılmaksızın bu kişinin, suçta kullanılan aracın ya da suçun konusunun “tehlikelilik hâli” göz önünde bulundurularak, bu tehlikelilik hâlinin ortadan kal-

<sup>57</sup> TCK m. 20: “(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

<sup>58</sup> Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 824; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020, s. 585.

<sup>59</sup> Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019, s. 643; Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2018, 929.

<sup>60</sup> Cezanın amacının ne olduğunu açıklamaya çalışan teoriler hakkında bilgi için bkz. Özen, s. 925-929.

<sup>61</sup> Pınar Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel S. 2014, s. 4919; Demirbaş, s. 588-590;

dırılması için uygulanan iyileştirici ve koruyucu ceza hukuku tedbirleridir.<sup>62</sup> Dolayısıyla, güvenlik tedbiri ile amaçlanan şey toplum bakımından var olan tehlikelilik hâlinin ortadan kaldırılmasıdır.

TCK'da çeşitli güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. "Hak yoksunluğu", "eşya müsadere", "kazanç müsadere" ve "akıl hastalarına yönelik güvenlik tedbirleri" bunlara örnektir. Bunun yanında, ceza hukukundaki tüm güvenlik tedbirleri bunlar ile sınırlı değildir. Dolayısıyla, güvenlik tedbirleri bakımından TCK ile sınırlı olmak üzere bir *numerus clausus* (sınırlı sayı) prensibi bulunmamaktadır. TCK dışındaki kanunlarda da güvenlik tedbirlerine yer verilmesi mümkündür. 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliği Önlenmesine Dair Kanun uyarınca verilen seyirden men kararları da bir güvenlik tedbiri niteliğindedir ve TCK dışında düzenlenmiştir. Ayrıca, TCK'nın 56'ncı maddesinde suça sürüklenen çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği düzenlenmiş ancak bu tedbirlerin neler olacağına TCK'da değil, 3.7.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) yer verilmiştir.<sup>63</sup>

Güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için kural olarak kasıtlı bir suçun varlığı gereklidir.<sup>64</sup> Ancak bazı durumlarda, ortada bir suç ve yargılama bulunmadan da güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi mümkündür. Bu durumun örneğini TCK'nın eşya müsadere düzenleyen 54'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen düzenleme oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre "üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir." Görüleceği üzere, burada henüz bir suç ve yargılama yok iken maddede geçen ve toplum bakımından tehlike oluşturan eşyalar hakkında bir güvenlik tedbiri olan müsadere kararının verileceği hükme bağlanmıştır.<sup>65</sup> Bu hüküm ile amaçlanan, başkasının eline geçmesi hâlinde

<sup>62</sup> İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara 2019, s. 853-854; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 19. Baskı, Ankara 2013, s. 436; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 646.

<sup>63</sup> İlgili Kanun uyarınca çocuklar hakkında tatbik edilebilecek koruyucu ve destekleyici tedbirlere Kanun'un 5'inci maddesinde yer verilmiştir. İlgili tedbirler şunlardır: Danışmanlık tedbiri, eğitim tedbiri, bakım tedbiri, sağlık tedbiri ve barınma tedbiri.

<sup>64</sup> Kemal Günler, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere", *GÜHFD*, C. 18, S. 3-4, 2014, s. 863.

<sup>65</sup> Tahir Hami Topaç, "Eşya Müsadere (TCK. 54)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*,

toplum bakımından tehlike arz edecek ve ileride işlenmesi muhtemel suçlarda kullanılacak eşyanın bir an önce Devlet kontrolüne alınmasıdır.<sup>66</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalar ve parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ceza davası olduğu tespiti doğrultusunda, siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının bir güvenlik tedbiri olduğu anlaşılmaktadır. Zira, bir siyasi parti hakkında kapatma davası açılabilmesi ve bu dava sonucunda kapatma yaptırımı yerine Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının uygulanabilmesi parti üyeleri veya parti organlarının işlenen suçlardan dolayı ceza mahkemelerinde mahkûmiyet kararı verilmesi şartına bağlı değildir. TCK'nın 54'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilen eşya müsaderesi yönteminde olduğu gibi burada da ortada henüz kasıtlı bir suç yok iken güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Burada da amaç toplum bakımından arz eden tehlikenin ve sonradan işlenme ihtimali bulunan suçların önlenmesidir. Zira, siyasi partiler kitle hareketleridir. Siyasi partilerin, sahip olduğu imkânları kötüye kullanması ileride suç işlenmesini ve telafisi güç zararları ortaya çıkarabilir. Bu kapsamda, parti hakkında uygulanacak bir güvenlik tedbiri olan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı ile siyasi partinin arz ettiği bu tehlikelilik hâli kısmen de olsa ortadan kaldırılmaya çalışılacaktır. Zira, Devlet yardımları siyasi partilerin en büyük gelir kalemlerinden birini oluşturmaktadır. Bu kaynağın kısmen veya tamamen kesilmesi siyasi partinin faaliyetlerini yavaşlatacaktır. Bu yolla, parti kapatma sebepleri uhdesinde gerçekleşen siyasi partinin meşru zemine çekilmesi sağlanacaktır. Anayasa Mahkemesi de bir siyasi partinin mali denetimi ile ilgili vermiş olduğu kararında yar alan,<sup>67</sup> *"diğer yandan hiçbir gelir elde etmeyerek ve giderde bulunmayarak siyasi parti faaliyetlerini yürütmesi mümkün olmayan"*

S. 2, 2013, s. 51; Devrim Güngör/Haluk Toroslu, "Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *AÜHFD*, C. 65, S. 4, 2016, s. 1970.

<sup>66</sup> Bu hüküm doğrultusunda, örneğin, kime ait olduğu bilinmeyen uyuşturucu maddelerin, ateşli ve patlayıcı silahların ve diğer üretimi, kullanımı, alım ve satımı suç oluşturan eşyaların müsadere edilmesi mümkündür.

<sup>67</sup> AYM., 4.3.2021, E. 2020/70, K. 2021/114, R.G.: 17/4/2021-31457, (Erişim: 09.05.2021). Benzer yönde diğer kararlar için bkz. AYM., T. 4.3.2021, E. 2020/36, K. 2021/113, R.G.: 17/4/2021-31457, AYM., 4.3.2021, E. 2020/15, K. 2021/112, R.G.:17/4/2021-31457, (Erişim: 09.05.2021).



ibaresiyle, geliri olmayan ya da ciddi oranda azalan partilerin siyasi faaliyetlerini yürütmesinin oldukça zor hatta imkânsız olduğunu hükme bağlamıştır. Esasen bu belirleme de siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının ceza hukuku yaptırımı olduğunu teyit eder niteliktedir. Nitekim, Devlet yardımı kesildiği için gelirleri azalan siyasi partinin Devlet yardımı aldığı dönemde olduğu gibi faaliyetlerini “yoğunluk” içerisinde sürdürme imkânı kalmayacaktır.

Ceza hukukunun son çare olması, diğer hukuk yaptırımları ile giderilebilen bir ihlalin söz konusu olması hâllerinde ceza hukukuna başvurulmaması gerekliliği ve ceza hukuku yaptırımlarına ancak ceza muhakemesi hukuku kurallarını uygulamak suretiyle sıkı bir yargılama faaliyeti sonucunda hükmedilebilmesi, siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının bir güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu yönündeki kanaati güçlendirmektedir.<sup>68</sup> Zira, siyasi partilerin demokratik siyasi hayat bakımından arz ettiği önem göz önünde bulundurulduğunda, bunlar hakkında hükmedilen ve parti kapatma yaptırımına alternatif olarak öngörülen Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının oldukça ağır bir nitelikte ve son çare olarak başvurulması gereken bir yaptırım olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu yaptırım sonucunda siyasi partilerin faaliyetlerinde ciddi aksamaların meydana gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca, bu yaptırımın yerine alternatif olarak hükmedildiği parti kapatma yaptırımı çok daha ağır niteliktedir. Parti kapatma davası sonucunda, işlenen fiillerin ağırlığı göz önünde bulundurularak siyasi partiler hakkında kapatma kararı yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bir parti kapatma davası kararında yaptığı şu açıklama, Yüksek Mahkeme'nin de siyasi partiler hakkında uygulanan kapatma yaptırımını oldukça ağır nitelikte bir yaptırım olarak gördüğünü göstermektedir: “Siyasi partilere uygulanacak yaptırımlar arasında kuşkusuz en ağır, bir siyasi partinin kapatılmasıdır. Ancak kapatma yaptırımının, bir siyasi partiye uygulanabilecek en radikal yaptırım olması karşısında, bu yaptırımın uygulanabilmesi, eylemlerin belirli bir ağırlığa ulaşması koşulunu da beraberinde getirmektedir.” AYM., T. 30.7.2008, E. 2008/1, K. 2008/2, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (Erişim: 06.05.2021). Aynı gerekçelerle Yüksek Mahkeme'nin, siyasi partiler hakkında kapatma yerine uygulanan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını da ağır nitelikte bir yaptırım olarak değerlendireceği kuşkusuzdur.

kararı verilebilmektedir. Dolayısıyla, ağır nitelikte olan bu iki yaptırım çeşidi birer ceza hukuku yaptırımlarıdır. Bu yaptırımlara ancak ceza muhakemesi hukuku kuralları uygulanmak suretiyle icra edilen sıkı bir yargılama faaliyeti sonucunda hükmetmek mümkün olacaktır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesi ile getirilen parti kapatma davalarında CMK'nın bu davanın niteliğine uygun düşen hükümlerinin uygulanacağı kuralı ile doğrudan 6216 sayılı Kanunda yer verilen ceza yargılamasına ilişkin hükümleri bu bağlamda değerlendirip, parti kapatma davaları sonucunda hükmedilen Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının parti kapatma yaptırımı gibi "güvenlik tedbiri" niteliğinde bir ceza hukuku yaptırımı olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Burada ayrıca, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının benzer bir ceza hukuku yaptırımı olan adli para cezalarından farkını ortaya koymak gerekir. Adli para cezaları, ceza hukuku sisteminde hapis cezaları ile birlikte "ceza" yaptırımlarından birini oluşturmaktadır. Adli para cezalarına bazen tek başına, bazen hapis cezası ile birlikte bazen de hapis cezasına alternatif olarak hükmedilmektedir.<sup>69</sup> Dolayısıyla, suçlu hakkında adli para cezasına hükmetmek ile hedeflenen de yukarıda açıklanan ceza verme ile amaçlanan hususları hayata geçirmektir. Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı güvenlik tedbiri olması sebebiyle adli para cezalarından ayrılır. Burada amaç, toplum bakımından mevcut olan tehlikelilik hâlini ortadan kaldırmaktır. Adli para cezalarında "gün para cezası" sistemi benimsenmiştir. Belirlenen tam gün cezanın her bir günü 20 ila 100 Türk Lirası arasında bir miktar ile çarpılarak sonuç cezaya ulaşılır. Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımında ise, siyasi partilere Devlet hazinesinden yıllık olarak yapılan yardımın tamamen veya kısmen kesilmesi söz konusudur. Adli para cezalarında olduğu gibi gün karşılığında bir ceza belirlenmesi söz konusu değildir. Ayrıca, adli para cezaları suçluların kendi malvarlığından karşılanırken, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımında böyle bir durum söz konusu olmamakta, Devlet tarafından ödenen nakdi bedel Devlete geri dönmektedir. Bu gerekçelerle, Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının benzer bir

<sup>69</sup> Hakeri, s. 644.

ceza hukuku yaptırımını olan adli para cezalarından farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının bir ceza hukuku yaptırımını olan güvenlik tedbiri olarak kabulü, bu yaptırım ile ilgili düzenlemelerin Anayasa'nın 38'inci maddesinde yer verilen suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olmasını gerektirmektedir. Nitekim, söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilmek suretiyle, kanunilik ilkesinin güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla; belirlilik ilkesi, geçmişe yürüme yasağı, kıyas yasağı gibi kanunilik ilkesinin tüm sonuçları (alt ilkeleri) Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını bakımından da uygulanma kabiliyetini haizdir.

SPK'nın 101'inci maddesinde bu yaptırımın ancak son yıllık Devlet yardımları bakımından uygulanacağı hükme bağlanarak sınırlayıcı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla, bu yaptırımın üst sınırı (son) bir yıllık Devlet yardımının kesilmesidir. Yaptırımın alt sınırı ise belirli değildir. Burada Anayasa Mahkemesi'ne geniş bir takdir yetkisi alanı bırakılmıştır. Ancak, yukarıda da ifade edildiği gibi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereği olarak bu yaptırımın alt ve üst sınırları kuşkuya yer vermeyecek şekilde ve kanunla belirli olmalıdır. Ayrıca; bu yaptırımın gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde ne şekilde hareket edileceği, bir dönem adli para cezasının ödenmemesi hâlinde bu cezanın hapis cezasına dönüşmesinde olduğu gibi Devlet yardımının iadesi gerekirken bunun yapılmaması durumunda söz konusu yaptırımın kapatma yaptırımına dönüşüp dönüşmeyeceği, ilgili yaptırımın tekerrüre<sup>70</sup> esas teşkil ederek ilerideki diğer davalar bakı-

<sup>70</sup> Tekerrür müessesesi TCK'nın 58'inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, işlenen bir suçtan dolayı verilen mahkûmiyet kararı kesinleştiikten belirli bir süre sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlinde tekerrür hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur. Ayrıca mükerrerler hakkında özel infaz rejimleri uygulanır. Siyasi partiler hakkında, Devlet yardımından yoksun bırakılma sonucunu doğuracak eylemlerin birden fazla işlenmesi hâlinde, TCK'dakine benzer bir tekerrür sistemi öngörülmemiş olsa da bu durumun işlenen fillerin "yoğunluk" ve "kararlılık" içerisinde işlendiğine dair belirlemelerde göz önünde bulundurularak diğer şartların da sağlanması hâlinde; Devlet yardımından mahrumiyet yerine parti kapatma cezası, Devlet yardımından kısmen mahrumiyet yerine Devlet yardımından tamamen mahru-

mından kapatma yaptırımına dönüşüp dönüşmeyeceği, sorumlu kişilerin yaptırımın gereklerini yerine getirmemelerinden kaynaklanan cezai sorumluluklarının neler olduğu gibi hususlarının tamamının kanunilik ilkesi uyarınca yasal düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Benzer şekilde bir siyasi partinin Devlet yardımından tamamen ya da kısmen mahrum bırakılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyelerine mahrum kalınan tutarlar için siyasi partiler tarafından rücu<sup>71</sup> edilip edilemeyeceği ya da hangi usul ve esaslarda rücu edilebileceği meselesinin de açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır.

Yukarıda açıklanan tüm sebepler uyarınca, siyasi partiler hakkında tatbik edilen Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının bir ceza hukuku yaptırımı olan “güvenlik tedbiri” mahiyetinde olduğunu düşünmekteyiz.

## SONUÇ

Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez aktörleri olsa da bu durum onların her hâl ve şart altında faaliyetlerine devam edebilecekleri anlamına gelmemektedir. Hukukumuzda da olduğu gibi zorunlu bazı hâllerin varlığı durumunda siyasi partilerin kapa-

---

miyet cezasının uygulanması mümkündür. 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun’un “Ceza Hükümleri” başlığını taşıyan 5’inci maddesinde çeşitli ceza gerektiren fiiller ve bunların karşılığında verilecek cezalar düzenlenmiş olup on altıncı fıkrasında ise bu maddedeki cezaları gerektiren fiillerin bir yıllık dönemde tekrürü hâlinde idari para cezasının bir kat; ikinci tekrürü hâlinde iki kat artırılarak verileceği, aynı dönemdeki üçüncü tekrürde de iş yeri on günden bir aya kadar kapatılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre bir yıllık dönemde bu maddeye ceza öngörülen fiillerin üçüncü tekrüründe kapatma cezası düzenlenmiştir. Benzer şekilde 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun 8’inci maddesi ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun (mülga) mükerrer 354’üncü maddesinde de tekrür nedeniyle uygulanacak iş yeri kapatma cezasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu kanunlarda olduğu gibi Devlet yardımından mahrum bırakma cezasına konu fiillerin belli bir dönem içerisinde ve belli sayıda tekrürü durumunda verilecek cezasının kanun ile belirlenmesi kanunilik ilkesi kapsamında daha uygun olacaktır.

<sup>71</sup> Bir siyasi partinin Devlet yardımından tamamen ya da kısmen mahrum bırakılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucu ya da üyelerine mahrum kalınan Devlet yardımı nedeniyle rücu edilebilmesi, bu kişilerin beyan ve faaliyetlerinin hukuka uygunluğu konusunda daha özenli davranmalarını sağlayacaktır. Beyan veya faaliyetleriyle siyasi partinin Devlet yardımından mahrum bırakılmasına sebebiyet vermiş olan parti kurucu ve üyelerinin kusurlu davranışları sebebiyle ortaya çıkan zararı tazmin etmeleri hakkaniyete de uygun düşecektir.

tılması demokratik ilkelere aykırı değildir. Anayasa'ya göre siyasi partilerin kapatılması talepleri Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı bir dava üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından kesin olarak karar bağlanır. Önceden siyasi parti kapatma sebepleri uhdesinde gerçekleşen parti hakkında uygulanacak tek yaptırım kapatma yaptırımını iken, 2001 yılında Anayasa'ya eklenen hüküm uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne bir takdir yetkisi tanınarak, işlenen fiillerin ağırlığı göz önünde bulundurulmak suretiyle siyasi partiler hakkında kapatma kararı yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının uygulanması da mümkün kılınmıştır. Ayrıca, Siyasi Partiler Kanunu'nun 102'nci maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bazı isteklerine uyulmaması durumunda da siyasi partiler hakkında Devlet yardımından yoksun bırakılma talebi ile dava açılabilir.

Siyasi partiler hakkında uygulanan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının hukuki niteliği, ceza hukukundaki iki yaptırım türünden biri olan "güvenlik tedbiri"dir. Zira burada amaç, tüzel kişilik olması sebebiyle cezai sorumluluğu olmayan ancak hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün olan bir topluluğun sahip olduğu hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle ortaya çıkardığı tehlikelilik hâlinin ortadan kaldırılmasıdır. Kural olarak, güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için kasıtlı bir suçun varlığı gerekli ise de TCK'nın 54'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında olduğu gibi bu kuralın istisnaları mevcuttur. Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını da onlardan biridir. Zira, siyasi parti hakkında bu yaptırımı hükmedilebilmesi için, kapatmaya konu eylemleri işleyen kişi veya organların ceza mahkemelerinde mahkûm olması gerekmemektedir.

Bu yaptırımı ceza hukuku yaptırımını olan güvenlik tedbiri niteliğine kavuşturan ikinci husus, yaptırımının ağırlığından kaynaklanmaktadır. Ceza hukukunda son çare olma ilkesi geçerlidir. Hukukun diğer yaptırımları ile giderilemeyen bir ihlalin söz konusu olması hâllerinde ceza hukukuna başvurulabilir. Ayrıca, ceza hukuku yaptırımları ağır nitelikte yaptırımlar olduğundan, bunlara ancak sıkı bir muhakeme süreci sonunda hükmedilebilir. Parti kapatma gibi ağır bir yaptırımı alternatif olarak öngörülen ve kendisi de oldukça ağır bir yaptırım olan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını bu sebeple de ceza hukuku yaptırımını olma özelliğini haizdir. Siyasi partilerin demokratik

siyasi hayat bakımından arz ettiği önem göz önünde bulundurulduğunda, bunlar hakkında uygulanan kapatma ve Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımlarının ne kadar ağır nitelikte olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu yaptırımlar ağır nitelikte ceza hukuku yaptırımları olduğundan, bunlara ancak ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulandığı bir yargılama faaliyeti sonucunda hükmetmek mümkün olmalıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinde siyasi parti kapatma davalarında CMK'nın bu davanın mahiyetine uygun düşen hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Söz konusu hüküm, yukarıda bahsedilen gerekçeler bağlamında ele alındığında Anayasa yapıcı ve kanun koyucunun da Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını bir ceza hukuku yaptırımı olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Siyasi partiler hakkında kısmen uygulanacak Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımına yüzdelik oran şeklinde mi yoksa miktar belirtilerek mi hükmedileceği, siyasi partilerin bu yaptırımın gereğini yerine getirmemeleri hâlinde ne şekilde hareket edileceği, siyasi partiler hakkında cebri icraya başvurmanın mümkün olup olmadığı, bu kapsamda faiz talep edilip edilemeyeceği gibi birtakım hususlarda belirsizlikler mevcuttur. Devlet yardımından tamamen ya da kısmen mahrum bırakma yaptırımına ilişkin belirsizliklerin ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı yönündeki anayasal kanunilik ilkesine uygun biçimde kanunla düzenlenmesinde isabet bulunmaktadır. Ayrıca, bu yaptırımın yalnızca Devlet yardımı alan siyasi partiler hakkında uygulanmasının mümkün olması, diğer partiler hakkında kapatma sebeplerinin gerçekleşmesi durumunda kapatmadan başka bir yaptırımın uygulanmasının mümkün olmaması eşitsiz bir durum ortaya çıkarmaktadır. Öte yandan, Devlet yardımından mahrum bırakma cezasının kanunla bazı fiiller için son yıl alınan Devlet yardımı ile sınırlandırılmış olmasına karşılık diğer bazı fiiller için böyle bir sınırlandırma yapılmaması, Anayasaya ve suç ve cezaların orantılılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Devlet yardımı almayan partiler hakkında da işlenen fiillerin ağırlığı göz önünde bulundurulurken kapatma yerine başka bir yaptırımın uygulanacağı yönünde anayasa değişikliği yapılması isabetli olacaktır.



## Kaynakça

### Kitaplar

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019.
- Anayurt Ömer, Anayasa Hukuku: Genel Kısım, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2019.
- Birtek Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Çetintürk Ekrem/Töngür A. Rıza, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2020.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020.
- Durmuş Arzu, Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak, 1. Baskı, İstanbul 2001.
- Eren Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara 2020.
- Fendoğlu H. Tahsin, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.
- Gerçeker Hasan, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 1, 5. Baskı, Ankara 2020.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Bursa 2014.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019.
- İba Şeref, Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, 4.Baskı, Ankara 2020.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020.
- Koçak Mustafa, Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları, Ankara 2002.
- Özbek V. Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2020.
- Özbudun Ergün, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2014.
- Özen Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2019.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005.
- Öztürk N. Kemal, Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Sağlam Fazıl, Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, 1. Baskı, Ankara 1999.
- Stiglitz Joseph E., Economics of The Public Sector, 3. Baskı, New York/London 1999.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2019.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2018.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 19. Baskı, Ankara 2013.
- Türk İsmail, Kamu Maliyesi, 3. Baskı, Ankara 1999.
- Tunç Hasan, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Ankara 2011.

## Makaleler

- Akyazan Emrah, "1982 Anayasası'na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 65, s. 247-276.
- Akyel Recai, "Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 12, 2018, s. 115-154.
- Aydın Hüseyin, "Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması", *Yasama Dergisi*, S. 11, 2009, s. 50-75.
- Aydın Mesut, "Türkiye'de Siyasal Partilere Devlet Yardımı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 4, 2005, s. 235-265.
- Aydın Ö. Didem, "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 53, 2004, s. 63-140.
- Demirtaş Soner, "Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S. 2019, s. 491-515.
- Erdem Nazlı, "Siyasi Partilerin Finansmanı ve Mali Denetimi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel S., 2017, s. 3105-3145.
- Erdoğan Didem, "Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2016, s. 59-74.
- Güngör Devrim/Toroslu Haluk, "Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, 2016, s. 1967-1980.
- Günler Kemal, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 3-4, 2014, s. 849-876.
- Karakoç Rıfat, "1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2013, s. 55-70.
- Kuzu Burhan, "1961 ve 1982 Anayasalarında ve Bunlara İlişkin Siyasi Partiler Kanunlarında Siyasi Parti Kavramı, Kuruluşu ve Kapatma Rejimi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 145-184.
- Metin Yüksel, "Siyasi Parti Kapatma Davalarında Ortaya Çıkan Ön Sorunlar", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 3 (Güz), 1998, s. 223-236.
- Taneri Gökhan, "Temel Cezanın Belirlenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3, 2016, s. 127-162.
- Taşar M. Okan, "Demokrasinin Finansmanı: Siyasi Partilerin Gelir Kaynakları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 341-351.
- Topaç T. Hami, "Eşya Müsaderesi (TCK. 54)", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 2, 2013, s. 45-70.
- Topuzkanamış Ş. Evran, "Siyasi Partilere Devlet Yardımı", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2012, s. 167-203.

Turhan Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 3, 2000, s. 129-150.

Uygun Oktay, "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 17, 2000, s. 256-273.

Yiğit Uğur, "Siyasi Partilerin Temelli Kapatılması ile Kapatılması Arasındaki Farklar ve Kapatılan Partilerin Yeniden Açılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 75, 2008, 165-176.

### **İnternet Kaynakları**

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

<https://legalbank.net/arama/>

<https://www.lexpera.com.tr/>



# TCK'DA HAKARET SUÇUNUN ALENEN İŞLENMESİ

## THE COMMITMENT OF PUBLIC DEFAMATION IN TPC

Mehmet Zülfü ÖNER\*

**Özet:** Hakaret suçu, toplumda çok sık karşılaşılan bu nedenle ceza hukukunda önemli bir yer tutan konudur. Teknolojik imkanların gelişmesine bağlı olarak, sözlü, yazılı ve görsel araçlar kullanılmak suretiyle işlenen hakaret suçlarında büyük artış olduğu gözlenmektedir. Bu kapsamda hangi ifade ve eylemlerin hakaret sayılacağı, öngörülecek yaptırımın türü, miktarı ve ağırlığı gibi birçok sorun ortaya çıkmaktadır. Bu suçla korunan kişinin şeref, onur ve saygınlığı olup, sosyal yaşamın ve teknolojinin gelişmesi sonucu meydana gelen değişimler bu suçların niteliğini ve işleniş biçimlerini farklılaştırmakta, inceleme konusu yapılan aleniyet gibi birçok yeni kavram sorunları ile birlikte ceza hukuku alanına taşınmaktadır.

Çağdaş hukuk sistemlerine paralel olarak Türk kanun koyucusu hakaret fiillerini, Türk Ceza Kanunu ile yaptırım altına almış, bu suçun aleni olarak işlenmesi halinde cezanın ağırlaşması sistemini benimsemiştir. Çalışma, hakaret suçunun ağırlaşma (cezayı artıran) nedeni olan aleniyetin ceza hukukundaki yeri ve ortaya çıkardığı sorunları incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmada; öncelikle hakaret kavramı, hukuki niteliği ve tarihsel gelişimi incelenmiş, ardından TCK'daki hakaret suçu ve unsurları irdelendikten sonra aleniyet kavramı ve hukuki sonuçları ile uygulamadaki bazı sorunlar ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hakaret, Şerefe Karşı Suçlar, Hakaret Suçu, Aleniyet

**Abstract:** The crime of defamation, which is very common in society, is an important issue in criminal law. Depending on the development of technology, it is seen that there is an intense increase in these crimes committed by using verbal, written and visual means. In this context, many problems arise such as which expressions and actions are considered insulting, the type and amount of the sanctions to be imposed.

The honor and dignity of the individual are protected with the crime of defamation, The development of social life and technology changes the way these crimes are committed, as a result, many new concepts and problems, including the concept of publicity, are carried to the field of criminal law.

\* Dr., mehmetzulfu@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-6251-4424, Makalenin Gönderim Tarihi:18.05.2021 Kabul Tarihi: 23.05.2021

In parallel with modern legal systems, the Turkish lawmaker has put the crime of defamation under sanctions with the Turkish Penal Code, and it has been adopted that the penalty will be heavier if this crime is committed publicly. The aim of this study is to examine the problems related to the concept of publicity that cause the punishment to be aggravated in criminal law. In the study, the concept of defamation, its legal nature and historical development are examined. Then, the legal consequences of the concept of publicity and some problems in practice were discussed by analyzing the defamation crime and its elements in the TPC.

**Keywords:** Defamation, Crimes Against Honor, Crime of Defamation, Publicity

## Giriş

Her insanın fiziki varlığı yanında manevi bir varlık ve değerlerinin olduğu tartışmasızdır. Kişinin manevi varlığı, genel olarak onur, şeref, haysiyet ve saygınlığıdır. Çağdaş hukuk sistemleri, kişinin maddi (vücut) varlığı yanında manevi varlığını yani onur, şöhret ve saygınlığını da korumaktadır. Ceza hukuku alanında, suç olarak düzenlenen hakaret suçu bu korumanın somut bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ülkemizin de taraf olduğu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi her insanın onur sahibi olarak doğduğunu, hiç kimseye onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağını, hiç kimsenin şeref ve adına saldırılamayacağını açık bir şekilde belirtmektedir. Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. maddesiyle kişisel onurun korunacağını teyit etmektedir. Bu yöndeki uluslararası belge ve sözleşmelere taraf olan ülkemiz hem Anayasa hem de diğer mevzuat ile kişinin maddi varlığı yanında manevi varlığını koruma altına almıştır. Bu kapsamda, Anayasa'nın 5. maddesi; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı devletin temel amaç ve görevi olarak kabul etmiş, 10. maddesi ise herkesin eşit olduğunu açık bir şekilde vurgulamıştır. Benzer şekilde Anayasa'nın 17. maddesi; herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Değinen Anayasa hükümleri yanında, Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi; ilke olarak, hukuka aykırı bir şekilde kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Türk Ceza Hukuku mevzuatı da kişinin manevi varlığına yapılan saldırıları suç olarak düzenlemiş ve ceza yaptırımları öngörmüştür. Bu kapsam-



da, kanun koyucu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yerini alan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kişinin onur, şeref ve saygınlığını koruma altına almış, etkili bir ceza sistemi kurmaya çalışmıştır.

Hakaret suçu; 5237 sayılı TCK'nın Özel Hükümler başlıklı 2. Kitap, Kişilere Karşı Suçlar başlıklı 2. Kısım, Şerefe Karşı Suçlar başlıklı 8. bölümde, 125 ila 131. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerde, hakaret suçunu, gıyapta ve huzurda olmak üzere ikiye ayırmıştır.<sup>1</sup> Mülga 765 sayılı TCK'da ayrı suç olarak kabul edilen hakaret ve sövme suçları, 5237 sayılı TCK ile "hakaret" başlığı altında 125. maddede tek bir suç düzenlenmiştir. Yeni TCK, genel tahkir suçlarından farklı olarak bazı özel tahkir suçlarını ise 2. Kitabın, Millete ve Devlete Karşı Suçlar başlıklı 4. Kısım, Devletin Egemenlik Alâmetlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı suçlar başlıklı 3. Bölüm, 299 ila 301 maddeleri arasında düzenlemiştir. Bunun dışında Bankacılık Kanunu'nda "bir bankanın itibarını zedeleme", Askeri Ceza Kanunu'nda "amir veya üste hakaret ve sövme", yine aynı kanunda "asta hakaret ve sövme", Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun ile de "Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret" suç olarak düzenlenmiş ve bazı yaptırımlar öngörülmüştür.

Kanun koyucu, TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında hakaret suçunun alenen işlenmesi durumunda faile verilecek olan cezanın altında bir oranında arttırılmasını hükme bağlamıştır. Kanun koyucu bu şekilde kişinin onur, şeref ve saygınlık değerlerinin, mağdur dışında kalan ve olay ile hiç alakası olmayan kişilerin bulunduğu ortam veya topluluk içinde rencide edilmesini tehlikeli bularak faile daha ağır bir ceza verilmesini öngörmüştür.

Hakaretin alenen işlenmesi halinde cezanın artırılması şeklindeki bu düzenleme ceza hukukunun modern gelişimine uygun bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile hakaret suçunun cezasının artırılması, kanun koyucunun takip ettiği suç ve ceza siyasetinin bir sonucu olup, bu çalışmada, hakaret suçlarının aleni şekilde işlenmesi TCK ve ilgili mevzuat ile yeri geldikçe yargısal içtihatlar bağlamında incelenmiştir.

<sup>1</sup> Huzurda hakaret, mağdurun onur ve haysiyet duygusunu rencide ederken gıyapta hakaret mağdurun şöhret ve saygınlığına zarar vermektedir. Bkz. Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s.225.

Bu kapsamda; ilk olarak hakaret kavramı, hukuki niteliği ve tarihsel gelişimi irdelenmiş, ardından TCK'daki hakaret suçu ve unsurlarına değinildikten sonra, bu suçlarda cezayı artıran bir neden olan aleniye-tin hüküm ve sonuçları ile uygulamadaki bazı sorunlar açıklanmıştır.

## I- Hakaret Suçu Kavramı ve Korunan Hukuki Değer

Hakaret suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabında "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmın "Şerefe Karşı Suçlar" başlıklı sekizinci bölümünde 125 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

Esasen Arapça kökenli bir kelime olan hakaret, sözcük anlamı olarak 'onur kırma, onura dokunma, küçültücü söz veya davranış' anlamlarına gelmektedir.<sup>3</sup> Hakaret suçunun düzenlenerek yaptırım altına alındığı TCK'nın 125. maddesinde hakaret kavramı ile ilgili tanıma yer verilmemiştir.<sup>4</sup> 125. maddede hangi fiillerin hakaret olarak nitelendirileceği "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi ..." şeklinde ifade edilmiştir. Bu kapsamda, onur, şeref ve saygınlık kavramlarının, hakaret suçunun oluşumu açısından önem arz ettiği görülmektedir.

Bu kavramlardan "onur",<sup>5</sup> "insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis" ve "başkalarının gösterdiği saygının da-

<sup>2</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2018, 16. baskı, s.587 vd.; M. Emin/Ahmet Artuk Gökçen/M. Emin Alşahin/Ü. Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, Adalet Yayınevi, 17. bası, s.419 vd.; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2015, 9. baskı, s.482 vd.; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, 12. baskı, s.309. Hasan; Sinar, "Hakaret", Özel Ceza Hukuku, C.3, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, İstanbul 2018, On İki Levha Yayıncılık,.; Burak Çoşkun Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.13 vd.; Mine Arısoy, "Hakaret", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, S.72, s.152 vd.; Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490), İstanbul 1994, s.254.

<sup>3</sup> Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (e.t.15.05.2021)

<sup>4</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.482.

<sup>5</sup> Onur; Fransızca honneur, Latince-İtalyanca onore kelimelerinden dilimize geçmiştir. Bkz. Devrim Aydın, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu", MÜHFD, 2013, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S.2, s.881.

*yandığı kişisel değer, şeref, itibar*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>6</sup> Bunun yanında “şeref” kavramı, “başkasının birine gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, onur”, “toplumca benimsenmiş iyi şöhet” olarak, “saygınlık” ise “saygı görme, değerli, güvenilir olma durumu, itibar, prestij” olarak tanımlanmıştır.<sup>7</sup>

Kişinin maddi varlığı yanında, korunması gerekli ve zorunlu olan manevi varlığı tartışmasız bütün çağdaş hukuk sistemleri tarafından kabul edilmektedir. İşte özelde hakaret, genelde ise şerefe karşı suçlar, kaynağını Anayasa’dan<sup>8</sup> alan ve kanun koyucu tarafından kişinin manevi varlığının bir parçası olan ve şeref olarak nitelendirilen değerini korumaya yönelik suç tipleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda, kişinin manevi varlığı hem kendi kişiliğini hem de toplum ve başkaları nezdindeki kişiliğini ifade etmektedir. Kişinin kendi kişiliği ‘onuru ve şerefi’ olarak ifade edilirken, başkaları yani toplum nezdindeki kişiliği ‘şeref ve saygınlık’ olarak anlaşılmaktadır.<sup>9</sup> Buna göre, kişinin kendi haysiyeti hakkında beslediği şerefi ‘subjektif ve iç şeref’, diğer insanların kişi hakkında besledikleri şeref ise ‘objektif ve dış şeref’ olarak adlandırılabilir.<sup>10</sup> Bir başka deyişle, bir kişinin kendisi hakkında beslediği düşünce ve korumaya çalıştığı değerler iç şerefi, kişinin toplum tarafından nasıl bilindiği, tanındığı, yani kişiye nasıl bir değer atfedildiği hususları ise dış şerefi karşılamaktadır.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Bkz. [https://sozluk.gov.tr/\(e.t.15.05.2021\)](https://sozluk.gov.tr/(e.t.15.05.2021))

<sup>7</sup> Bkz. [https://sozluk.gov.tr/\(e.t.15.05.2021\)](https://sozluk.gov.tr/(e.t.15.05.2021))

<sup>8</sup> 1982 Anayasası’nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri sayılırken, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” hususlarına yer verilmiştir. Benzer şekilde Anayasa’nın 12. maddesinde “herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu” belirtildikten sonra 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, 3. fıkrada ise kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Anayasamızda verilen yer verilen bu maddeler doğrudan veya dolaylı olarak kişinin manevi varlık alanının en temel unsurlarından olan şeref varlığını tanımakta ve devlete buna karşı dışarıdan gelebilecek müdahaleleri önleme ve yaptırım altına alma görevi yüklemektedir.

<sup>9</sup> Soyaslan, s.309.

<sup>10</sup> Sahir Erman, “Hakaret ve Sövme Suçları”, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul 1989, Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, s.1.

<sup>11</sup> Erman, s.2.; Mahmut Koca/Üzölmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,

Modern hukuk sistemlerine paralel olarak, Türk kanun koyucu, TCK'da hakaret suçu ile “*onur ve şeref*” kavramlarıyla iç şerefi, “*saygınlık*”tan bahsederek dış şerefi korumak istenmiştir.<sup>12</sup> Bu bağlamda, hakaret suçu düzenlemesinde gündeme gelen kişilerin onur, şeref ve saygınlığı suçla korunmak istenen hukuki değeri ifade etmekte olup, TCK'nın 125. maddesinin gerekçesinde de hakaret suçuyla korunmak istenen hukuki değerin, “kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı” olduğu açıkça belirtilmiştir.<sup>13</sup> Öğretide de bu suçlar ile korunan hukuki değerin “bir kimsenin kendi sosyal değeri hakkındaki duygusu ve toplumda sahip bulunduğu itibarı”<sup>14</sup>; “onur, şeref ve saygınlığı”;<sup>15</sup> “şerefi”<sup>16</sup> olduğu dile getirilmiştir.

### III- Hakaret Suçunun Tarihsel Gelişimi

Hakaretin suç olarak öngörülmesinin nedeninin kişilerin onur şeref ve saygınlığının korunması olduğu hususuna yukarıda değinmiştik. Bu kapsamda, çağdaş hukuk sistemlerinin oldukça eski bir geçmişe dayanan bir tecrübenin sonucu olarak bireyin onur, haysiyet ve şerefini korumak amacıyla hareket ettiğini söylemek mümkündür.<sup>17</sup>

Tarihsel olarak önceleri şahsi öç alma ve özel hukuk düzenlemeleri ile korunmaya çalışılan insan onuru ve saygınlığının, kavram olarak ceza hukukuna sonradan girdiğini söylemek mümkündür.<sup>18</sup> Bu gelişimin bir sonucu olarak, ceza hukuku alanında önceleri sözlü ifadeler (hakaretler) suç sayılmakta iken zamanla, yazılı ve başka şekillerde ortaya çıkan hareketler yaptırma tabi tutularak suçun kapsamı genişle-

---

Ankara 2017, 4. bası, Adalet Yayınevi, s.427-428.  
<sup>12</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.587.; Sinar, s.426.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.419.; Soyaslan, s.309.  
<sup>13</sup> Madde gerekçesinde bu husus; “Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır” biçiminde ifade edilmiştir.  
<sup>14</sup> Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. baskı, Ankara 2018, Savaş Yayınevi, s.104.  
<sup>15</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.419.  
<sup>16</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.586.  
<sup>17</sup> Nuri Aydın, Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu İşlenmesi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.7.  
<sup>18</sup> Soyaslan, s.308.

tilmiştir.<sup>19</sup> Modern zamanlarda özellikle teknolojinin çok hızlı şekilde ilerlediği süreçlere bağlı olarak hakaret sayılabilecek fiillerin arttığı ve daha hızlı yayıldığı görülmektedir. İnternet ve sosyal medya ortamlarının gelişerek yaygınlaşması bu fiillerin işleniş biçimini ve etkisini artırmış, bireylerin şeref onur saygınlığının korunması ihtiyacı daha da artmıştır. Bu gelişmelere paralel olarak devletler bu suçların işleniş tarzı, kullanılan araçlar ve ortaya çıkardığı tehlikeyi göz önüne alarak daha etkin yaptırımlar getirmeye başlamıştır. Hakaret suçunun, ceza hukukunda düzenleme biçimi ve günümüzde ulaştığı noktayı daha iyi anlayabilmek için, tarihsel olarak bazı hukuk sistemlerini incelemek gerekir.

Roma hukukunda suçlar, kişiler ve mallar aleyhine işlenmesi yönüyle ikili bir ayrıma tabi tutulmuş, şerefe karşı işlenen suçlar kişilere karşı suçlar gurubuna dahil edilmiş, ancak bu suçların aynı zamanda topluma(devlete) karşı da işlendiği kabul edilmiştir.<sup>20</sup> Roma'da şerefe karşı fiillerin cezalandırılması ilk olarak tiyatro sahnelerinde devlet yöneticilerine karşı yapılan hicivler nedeniyle başlamış, daha sonra XII Levha Kanunları ile suç sayılmıştır.<sup>21</sup> Roma hukuku döneminde şerefe karşı işlenen bazı suçlara verilen cezanın sabit veya takdire bağlı para cezası olduğu, bazı hallerde, örneğin evladın babasına karşı veya kölenin efendisine karşı işlediği suçlarda sürgün ve madenlerde çalıştırma gibi ağır cezaların verildiği görülmüştür.<sup>22</sup>

Cermen hukukunda şerefe karşı işlenen suçların, ilk önce şahsi ölçümle usulü ile çözüme kavuşturulduğu, sonraları bazı emirname ve fermanlarla belli sınıflara mensup kişilerin (örneğin Ruhban sınıfı) ve kadınların şerefini korumaya yönelik düzenlemeler yapıldığı görülmüştür. Orta Çağda, merkezi otoritenin zayıfladığı dönemlerde şerefe karşı işlenen fiillerin şahsi ölçümle, daha sonra düelloya davet etmenin örf ve âdet halini aldığı görülmüştür. Bu düelloların sayısının artması zamanla şerefe karşı suçlara çok ağır yaptırımlar getirilmesi ile sonuçlanmıştır.<sup>23</sup> Bu kapsamda, Kilise hukukunda da şerefe

<sup>19</sup> Soyaslan, s.308.

<sup>20</sup> Erman, s.7.

<sup>21</sup> Ömer Özer, Hakaret Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009, s. 7.

<sup>22</sup> Erman, s.8.

<sup>23</sup> Erman, s.10-11.; Soyaslan, s.308.

tecavüz suçlarının “*detractio*” ve sövmeyi andıran “*contumelia*” şeklinde ayrıma tabi tutulduğu, düzenlemelerin genellikle ruhban sınıfını koruma amaçlı olduğu ve zaman zaman aforoz sistemi ile cezalandırıldığı tespit edilmiştir. Orta Çağda hâkim olan bu uygulamanın Fransız İhtilaline kadar devam ettiği cezaların bazen ağır ve bazen hafif uygulandığı görülmüştür. XV. yüzyılın ortalarında matbaanın icat edilmesiyle şerefe karşı suçlarda yeni bir alan açılmış, yazı ile şerefi ihlal eden failler isnadı ispat edemezse dayak ve sürgün gibi ağır cezalara tabi tutulmuştur. Bu dönemde kral fermanlarında yazılı hakaret fiillerine dayak, sınır dışı etme, bu tür fillerin devamı ve etkisinin büyük olması halinde ölüm cezası uygulandığı görülmüştür.<sup>24</sup>

İslam hukukuna bakıldığında şerefe karşı suçlara sebb-ü şetm denildiği ve tazir sistemi ile cezalandırıldığı görülmektedir.<sup>25</sup> Bu suçların en ağırını zina iftirası oluşturmakta olup<sup>26</sup> bu suç işleyen failin, aynı zamanda Allah hukukuna dokunduğu gerekçesiyle, mağdur affetse dahi tazir sistemiyle 39 ilâ 79 arasında sopa cezası ile cezalandırıldığı, daha hafif sebbü şetm’lerin ise tazir cezası ile hafif şekilde cezalandırıldığı görülmüştür. Osmanlı Devleti döneminde İslam hukuku uygulamalarına devam edilmiş, zina iftirası dışında hakaret ve sövme suçlarının Kanuni Sultan Süleyman tarafından çıkarılan bir ceza kanunnamesi ile cezalandırıldığı, bu cezanın kadı tarafından belirlenen sopa cezası veya para cezası olduğu tespit edilmiştir. Tanzimat döneminde ve sonraki dönemlerde yapılan reform çalışmalarının bir sonucu olarak çıkarılan kanunnamelerde, şerefe karşı suçlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapıldığı<sup>27</sup>, bu dönemde çıkarılan kanunname ile kişinin

<sup>24</sup> Erman, s.10.; Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çeviren: Sami Selçuk, Ankara 2004, İmge Kitabevi, s.64.

<sup>25</sup> İslam hukukunda suçların üç kısma ayrıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, öldürme ve yaralama suçlarına kısas ve diyet usulü ile ağır cezalar verildiği, diğer bir kısım, örneğin (Kur’an’da gösterilen ve Allah’a karşı işlenen) hırsızlık, zina, şarap içme, zina iftirası gibi suçlara ise, suçun işleniş biçimi ve takdire bağlı olarak hadd cezası uygulandığı, hadd cezasının bazen sopa vurma, bazen recm etme, bazen de el veya kol gibi organların kesilmesi gibi çeşitli cezaları içerdiği, üçüncü kısım suçların ise tazir suçları olarak nitelendirildiği, Kur’an ve hadiste hakkında bir hüküm bulunmayan bu suçlara, kadılar tarafından çeşitli cezalar takdir edildiği görülmektedir. Bkz. İlhan Akbulut, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, *AÜHF Dergisi*, 2003, C.52, S.1, s.167 vd. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2580.pdf> (e.t.15.05.2021); Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, *Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Ankara 1946, C.III, S.1, s.126.

<sup>26</sup> Erman, s.13.

<sup>27</sup> Bkz. Erman, s.15.; Ahmet Gökçen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve



itibarını zedeleyici ve incitici sözleri ile sövme fiillerinin cezalandırılacağı düzenlemiştir.<sup>28</sup>

Günümüz çağdaş devletlerinde hakaret suçlarının, farklı düzenlemelere konu olduğunu görmekteyiz. İngiliz hukukunda hakaretin “defamation” sözcüğüyle karşılandığı, “libel” ve “slander” şeklinde ikiye ayrıldığı<sup>29</sup>, 2013 yılında çıkarılan ve “Defamation Act 2013” olarak bilinen düzenlemede hakaretin mağdurun saygınlığına ciddi şekilde zarar vermediği takdirde suç oluşturmayacağı belirtilerek ifade özgürlüğü ile şerefın korunması arasında bir denge sağlandığı görülmektedir.<sup>30</sup> Fransız hukukunda şerefe karşı suçlar konusunda temel düzenlemenin 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu ve Fransız Ceza Kanunu olduğu, bu suçların hakaret ve sövme olarak ikiye ayrıldığı, kamu görevlilerine hakaretin cezasının ağırlaştırıldığı, 2013 yılında yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen 26. maddenin yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir.<sup>31</sup> Alman hukukunda şerefe karşı suçlar Alman Ceza Kanunu’nun 14.bölümünde 185 ilâ 200.maddeler arasında düzenlenmiş, fiilin mağduru rencide etmesi ya da kamuoyu nezdinde onu küçük düşürücü olması halinde failin cezalandırılacağı hükme bağlanmış, isnadın doğruluğunun ispatı söz konusu olduğunda faile ceza verilmeyeceği, siyasi alanda faaliyet gösteren kişilere karşı hakaret fiillerinde mağdurun siyasi aktivitelerinin zorlaşması şartının arandığı görülmektedir.<sup>32</sup> İtalya hukukunda, hakaret suçunun İtalya Ceza Kanunu’nun 595. maddesinde düzenlendiği, suçun basın yoluyla ya da kamuya açık şekilde işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edildiği, ayrıca bu suçun siyasi, idari ya da yargısal görevdeki kişilere yönelmesi durumunda cezasının artırıldığı, 2016 yılında sövme suçunun düzenlendiği 594. maddenin yürürlükten kaldırıldığı gözlenmektedir.<sup>33</sup>

Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s.3 vd.

<sup>28</sup> Aydın, Sosyal Medya, s.9.

<sup>29</sup> Bu kavramlardan “libel”in, hakaret içerikli fiilin kalıcı bir şekilde yazıya, resme, kitaba, sosyal medyaya yansımaları, “slander”in ise sözlü hakaret fiillerini kapsadığı yönünde bkz. Coşkun, s.20.

<sup>30</sup> Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26> (e.t.15.05.2021)

<sup>31</sup> Bkz. <http://legaldb.freemedia.at/legal-database/france/> (e.t.15.05.2021); Coşkun, s.20.

<sup>32</sup> <http://legaldb.freemedia.at/legal-database/germany/> (e.t.15.05.2021).; Coşkun, s.20.

<sup>33</sup> <http://legaldb.freemedia.at/legal-database/italy/> (e.t.15.05.2021).; Coşkun, s.20.



#### IV- TCK'da Hakaret Suçu

Hakaret suçları, TCK'nin İkinci Kısım Sekizinci Bölümünde 125 ilâ 131. maddeleri arasında düzenleme altına alınmıştır.<sup>34</sup> Kanun sistematigi incelendiğinde, TCK'nin 125. maddesinde genel hakaret suçunun, 126. maddesinde mağdurun belirlenmesi, 127. maddede isnadın ispatının, 128. maddede iddia ve savunma dokunulmazlığının, 129. maddede haksız fiil nedeni ile ve karşılıklı hakaret suçunun, 130. maddede kişinin hatırasına hakaret suçunun, son olarak 131. maddede suçun soruşturulması ve kovuşturmasına ilişkin esasların düzenlendiği görülmektedir.

TCK'nin 125. maddesinde düzenlenen genel hakaret suçu; "bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı" şeklinde tanımlanmıştır. Bu suç ve unsurları aşağıdaki başlıklar altında incelenecektir.

##### 1- Fail

Ceza hukuku açısından hukuka aykırı fiili işleyen kimse, suçun faili olarak adlandırılır.<sup>35</sup> TCK' da fail "kişi" olarak ifade edilmiş olup faile yönelik herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu kapsamda hakaret suçunun faili herkes olabilir.<sup>36</sup> Bununla birlikte failin ancak gerçek kişi olabileceği, suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin bir sonucu olarak tüzel kişilerin hakaret suçunun faili olamayacakları söylenmemiştir.<sup>37</sup> Ancak 5187 sayılı Basın Kanunu, Cezai Sorumluluk başlıklı 11.

<sup>34</sup> TCK'nin 125 ilâ 131. maddeleri arasında düzenlenen suç, "genel hakaret suçu" olarak adlandırılmış, "Cumhurbaşkanına Hakaret" (TCK m.299), "Devletin Egemelik Alametlerini Aşağılama" (TCK m.300), "Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" (TCK m.301), "Yabancı Devlet Bayrağına Karşı Hakaret" (TCK m.341) gibi diğer bazı suçlar özel hakaret suçları olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Coşkun, s.13.; TCK haricinde, hakaret suçlarıyla ilgili, 5816 sayılı "Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun"un 1.maddesiyle "Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse" cezalandırılırken; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 74.maddesinde "Bir bankanın itibarını kırabilecek veya şöhretine ya da servetine zarar verebilecek bir hususa kasten sebep olunması" yasaklanmış, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 85. maddesinde de "amir ve üstlerine hakaret" yaptırım altına alınmıştır.

<sup>35</sup> Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2018, Savaş Yayınevi, s.99.

<sup>36</sup> Ahmet Caner Yenidünya/Mehmet Emin Alşahin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S.68, s.45.

<sup>37</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.425.; Koca/Üzülmez, s.428.; Özbek/Kanbur/

maddesinde basın yoluyla işlenen hakaret suçlarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre “Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması ... sorumluluk yayımlatana aittir. Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması ...hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması ... basımcı sorumlu olur. Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.” Bu düzenleme ile yayımlatan veya basımcının tüzel kişi olması halinde cezai sorumluluğu gündeme gelebileceği düşünülebilir.<sup>38</sup> Ancak tüzel kişi hakkında yalnızca güvenlik tedbirine hükmedilebileceği yönündeki TCK'nın 20. maddesinin buna engel olduğu kabul edilmelidir.<sup>39</sup>

## 2- Mağdur

Hukuk tarafından korunan ve suçla ihlal edilen, yani suçun huku-ki konusunu oluşturan varlık veya menfaatin sahibi suçun mağduru (pasif süjesi) olarak tanımlanmaktadır.<sup>40</sup> Bu kapsamda hakaret suçunun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler, onur, şeref ve saygınlık gibi değerlere sahip olmadıkları için kural olarak bu suçun mağduru olamazlar.<sup>41</sup> Hakaret suçlarında mağdurun sıfatı değişiklik gösterebilir. Bu kapsamda mağdurun Cumhurbaşkanı veya kamu görevlisi olması, hakaret suçunun niteliğinin ve uygulanacak hükmün değişmesine neden olabilir.<sup>42</sup>

Doğan/Bacaksız/Tepe, s.486.; Sınar, s.425.

<sup>38</sup> Bu düzenleme, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 38/7. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Koca/Üzülmez, s. 429.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.487.; Yenidünya/Alşahin, s.46.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.426.; Tezcan/Erdem/Önok, s.588.

<sup>39</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.487.

<sup>40</sup> Toroslu, Genel Kısım, s.104.

<sup>41</sup> Soyaslan, s.314. Erman, tüzel kişilerin de kendine has bir şeref ve haysiyeti olduğundan hakaret ve sövme suçlarının mağduru olabileceklerini kabul etmektedir. Bkz. Erman, s.38. Benzer bir başka görüş, şirket, banka, sendika, dernek ve vakıf gibi kimi tüzel kişilerin ve bu toplulukların üye, ortak ve yöneticilerinin de bu sıfatları dolayısıyla kamuoyunda belli bir saygınlıkları bulunduğunu, dolayısıyla tüzel kişilere ait bir hukuki varlık veya menfaatin ihlali halinde tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Aydın, Hakaret Suçu, s.887.

<sup>42</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.426.

Bir görüşe göre, hakaret suçuyla korunan şeref kavramının objektif (dış şeref) ve sübjektif (iç şeref) boyutu bulunmaktadır. Bu nedenle mağdur, hakaret teşkil eden ifadeyi doğrudan algılayamamasına sahip değilse, eylem iç şeref bakımından rencide edebilecek bir nitelik taşımadığından elverişli bir eylemden ve dolayısıyla hakarettan söz edilemeyecektir. Bu görüş, akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü olan mağduru, hakaret içeren ifadeyi algılamayacak olması halinde, iç şerefin ihlal edilmesi olanaksız olduğu için hakaret suçunun oluşmayacağını kabul etmektedir.<sup>43</sup> Buna karşılık şeref duygusundan yoksun veya yapılan hakarettan üzüntü duymayan küçüklerin ve akıl hastalarının da toplum nezdinde itibar ve şerefleri ya da saygınlıkları olduğu için, hakaret suçunun mağduru olacakları ifade edilmiştir.<sup>44</sup> Ölülerin bu suçun mağduru olup olmayacakları konusunda da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, ölen kişinin hukuksal yararının bulunmadığı ve suçun aktif süjesi olmadıkları dolayısıyla hakaret ve sövme suçunun mağduru olamayacağı iddia edilmiştir. Bir başka görüş, ölümle birlikte kişinin maddi varlığının son bulacağı, manevi varlığının ise devam ettiğini dolayısıyla manevi varlığa karşı yapılan saldırı ve eylemlerin şerefi ihlal edeceğini kabul etmektedir.<sup>45</sup> Bu görüşe göre, TCK'nın "kişinin hatırasına hakaret" başlıklı 130. maddesi, kişiye öldükten sonra yapılan hakareti cezalandırmış olup kanun koyucunun amacının ölenin devam eden manevi kişiliğini kastettiği gerçeğidir. Bu nedenle ölen bir kişinin cesedi ve kemiklerine yönelik tahkir edici eylemler de aynı maddenin ikinci fıkrasında suç olarak düzenlenmiştir.<sup>46</sup> Benzer şekilde, 5816 sayılı Kanun ile Atatürk'ün hatırasına hakaret eylemleri suç olarak düzenlenmiş, soruşturmanın da şikâyete tabi olmadan resen yapılacağı hükme bağlanmıştır.<sup>47</sup>

Bu suçlarda tartışılan bir başka husus mağduru belirlenmesi sorunudur. Bu kapsamda, TCK'nın 126. maddesi uyarınca hakaret suçlarında mağduru belli veya belirlenebilir olması yeterli olup, mağduru kim olduğu ismen açık bir şekilde söylenmesinin zorun-

<sup>43</sup> Bkz. Aras Türay/İrmak Erdoğan, "Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Şartının Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.21, Özel Sayı, s.1340.

<sup>44</sup> Erman, s.53.

<sup>45</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.489.; Erman, s.60.

<sup>46</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.426.

<sup>47</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.426.

lu olmadığıdır.<sup>48</sup> Mağdurun belirlenmesi ilgili bir husussa TCK'nın 125/5. maddesinde değinilmiş, mülga 765 sayılı TCK'ya benzer şekilde, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suçun kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı ve bu durumda zincirleme suça ilişkin hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.<sup>49</sup>

### 3- Maddi Unsur

TCK'nın 125. maddesinde *“Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi... cezalandırılır.”* denilmektedir. Mülga 765 sayılı TCK döneminde somut olgu isnadı, yani hakaret 480. maddede, sövme ise 482. maddede iki ayrı suç halinde düzenlenmişken 5237 sayılı TCK her iki suç birleştirmiş, somut olgu isnadı ile sövmeyi hakaret suçunun seçimlik hareketleri haline getirmiştir. İlerde değinileceği üzere TCK'nın 127. maddesi uyarınca somut fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmeyeceğinden seçimlik hareketler arasında yapılacak ayırım bu nedenle önem taşımaktadır.

Hakaret suçuna konu olan fiiller (seçimlik hareketler), söz, yazı, görüntü veya herhangi bir araçla gerçekleştirilebilir.<sup>50</sup> Öğretide, hakaret fiilinin esasında bir düşünce açıklaması olduğu, bunun anılan şekillerde tezahür ettiği ifade edilmiştir.<sup>51</sup>

Bu suçun seçimlik hareketleri, *“somut bir fiil veya olgu isnat etmek”* ve *“sövmek”* olup, haksızlık içerikleri itibariyle de farklılık arz etmektedir. Bu nedenle tahkir edici seçimlik hareketin somut bir fiil veya olgu isnadına mı yoksa sövmeye mi karşılık açık bir şekilde belirlenerek cezanın sonucuna göre takdir ve tayin edilmesi gerekir.<sup>52</sup> Bu kapsamda failin söz ve davranışları, belli bir somut durum ya da olgu isnat edilmesi suretiyle (yer, zaman, şekil ve kişi unsuru kullanılarak) olabileceği gibi genel ve soyut nitelikte (sövme şeklinde) olabilir. Hakaret

<sup>48</sup> Koca/Üzülmez, s.430.; Arısoy, s.158.

<sup>49</sup> Sulhi Dönmezer, “Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler” Ceza Hukuku Hususi Kısım, İstanbul 1963, 5. bası, s.155.

<sup>50</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.596.; Sinar, s.434.

<sup>51</sup> Hafizoğulları/Özen, s.223.

<sup>52</sup> Koca/Üzülmez, s.432.

suçunun maddi anlamda sonucu zorunlu olmadığı (neticeli bir suç olmadığı) için sırf davranış suçu olduğu söylenebilir<sup>53</sup>.

### A- Somut Bir Fiil veya Olgü İsnat Edilmesi

Bu seçimlik hareket 765 sayılı mülga TCK' da 'bir maddei mahsusa tayin ve isnadı suretiyle' şeklinde ifade edilmiş, yeni TCK bu hareketi, somut bir fiil veya olgü isnat etmek şeklinde düzenlemiştir. Maddede kullanılan 'fiil' kavramının yeterli olduğu, ayrıca 'olgü' kavramına yer verilmesi hususu eleştirilmiştir.<sup>54</sup>

İsnat edilen fiil veya olgunun yer, zaman, kişi, konu ve şekil yönünden belirli olması gerekli<sup>55</sup>, ancak bu unsurların tamamının aynı anda bulunması şart değildir.<sup>56</sup> Yani, isnada konu fiil veya olgüyü teşhise yeterli düzeyde açıklık bulunması kafidir.<sup>57</sup> Burada aranan isnat doğruluğu ispatlanabilir somut bir fiil veya olgü olup, belirlenebilir nitelikte olmayan fiil veya olgü isnadı, ikinci seçimlik hareket olan sövme şeklinde değerlendirilebilir.<sup>58</sup> Öğretide, isnat edilen hususun meydana gelmesi mutlak surette imkansızsa, failin kastı ne olursa olsun, eylem itibar kaybı yaratmaya elverişli olmadığından, hakaret suçunun oluşmayacağı ifade edilmiştir.<sup>59</sup>

### B- Sövmek

Somut bir fiil veya olgü isnadı dışında, onur ve şerefi tahkir edici diğer eylemler sövme suçunu oluşturur. Burada, fail, mağdura karşı herhangi bir olgü isnat etmemekte, ancak olumsuz bir vasıf izafe etmektedir.<sup>60</sup> Örneğin, mağdura alçak, namussuz, serseri, budala, şerefsiz ve karaktersiz gibi sözler söylenmesi olgü veya fiil isnadı olmayıp kötü bir vasfı ifade etmeleri nedeniyle sövme suçunu oluşturur.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Aydın, Hakaret Suçu, s.888.

<sup>54</sup> Bkz. Türay/Erdoğan, s.1336.; Enes Köken, "Şerefe Karşı Suçlar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, S.6, s. 290.

<sup>55</sup> Soyaslan, s.321.

<sup>56</sup> Türay/Erdoğan, s.1336.

<sup>57</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.491.

<sup>58</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.595.

<sup>59</sup> Türay/Erdoğan, s.1337.

<sup>60</sup> Hafizoğulları/Özen, s.224.

<sup>61</sup> Erman, s.111.

Sövmenin hakaret suçunun oluşabilmesi için, eylemin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte olması gerekir.<sup>62</sup> Fiilin, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte, yani tahkir edici olup olmadığının belirlenmesinde, failin kastı ve diğer unsurlar yanında tarafların mensup oldukları sosyal çevrenin de göz önünde bulundurulması gerekir.<sup>63</sup> Duruma göre, bazı hareket ve sözler belli bir ortamda veya toplulukta sövme suçunu teşkil etmezken başka bir ortam veya toplulukta tahkir edici nitelikte olabilir. Bu nedenle söylenen sözün bu nitelikte olup olmadığının tespiti için muhatabı ve sosyal çevrenin tepkisine, tarafların sosyal konumlarına, örf adete, özetle somut olayın tüm hal ve şartlarına bakılarak karar verilmelidir.<sup>64</sup>

Bu noktada belirtmek gerekir ki, toplumun algısı ve teamülleri zaman içerisinde değişime uğramakta, bu bağlamda sövme (hakaret) eylemin niteliğinin yorumlanması da dinamik bir nitelik kazanmaktadır.<sup>65</sup>

Sövmenin tahkir edici nitelik taşıyıp taşımadığı noktasında, mağdurun duygu, düşünce ve hassasiyetinden çok objektif unsura önem verilmelidir. Yani, objektif olarak bakıldığında, eylemin onur ve şerefi rencide edecek nitelikte olması gerekir, mağdurun gereğinden fazla alıngan olması veya iç dünyasında rencide olması hakaret suçunun oluşumu için yeterli değildir.<sup>66</sup> Bunun yanında, eğer tahkir edici eylemi, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikteyse sövme suretiyle hakaret suçu oluşacaktır.<sup>67</sup> Somut fiil isnadında olduğu gibi, sövme suçu söz veya yazıyla işlenebileceği gibi, el veya kol hareketleriyle, örneğin cinsel organını işaret etmek suretiyle, kaş veya göz hareketleriyle ve buna benzer davranışlarla işlenebilir.<sup>68</sup> Bu davranışlarının içeriğinin ve kapsamının belirlenmesi hususunda, somut olayın özellikleri yanında yaşanan çevrenin koşullarına, örf ve adetine bakılması gerekebilir.

<sup>62</sup> Hafizoğulları/Özen, s.224.

<sup>63</sup> Erman, s.113.

<sup>64</sup> Erman, s.114.

<sup>65</sup> Türay/Erdoğan, s.1335.

<sup>66</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.493.

<sup>67</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.422.

<sup>68</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.596.

### C- Huzurda Hakaret

Huzurda ve gıyapta hakaret ayrımı, mülga 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK tarafından da benimsenmiş, ancak eski düzenlemedeki gibi ayrı sonuçlar bağlanmamıştır. Bu nedenle, yeni TCK'da yapılan ayırım yalnızca biçimsel bir ayırım olup, verilecek ceza ve sonucu açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Hakaret fiilinin, doğrudan doğruya herhangi bir vasıtaya lüzum duyulmaksızın mağdur tarafından öğrenilmesi halinde huzurda hakaret suçunun işlendiği kabul edilmelidir.<sup>69</sup> Yani, eylemin gerçekleştiği zamanda mağdurun bizzat hazır olması veya eylemi duyumsayabilecek durumda olması gerekir. Huzurda hakaret fiili, belirli bir olgunun veya fiilin isnadı suretiyle ya da sövme şeklinde gerçekleşebilir.<sup>70</sup>

TCK 125 maddesinin 2. fıkrasında “*Fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkradaki belirtilen cezaya hükmolunur*” demek suretiyle mağdurun muhatap alındığı iletiler bakımından özel bir düzenleme yapmıştır. Bu şekilde, sesli, yazılı veya görüntülü ileti vasıtaları kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerin huzurda hakaret suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir.<sup>71</sup> Bu hüküm, 765 sayılı mülga TCK'nın 480. ve 482. maddelerinde mağdura hitaben yazılıp gönderilmiş bir mektup telgraf, resim veya herhangi bir yazı veya telefonla suçun işlenme halinin karşılığıdır. Bu düzenlemeye göre, cep telefonuyla sözlü olarak, ileti olarak, elektronik posta yoluyla veya mektupla gerçekleştirilen eylemler huzurda hakaret suçunu oluştur, ancak bu tür iletimlerin doğrudan mağdura gönderilmiş gerektiği ifade edilmiştir.<sup>72</sup> Bu bağlamda, mağdur yerine, üçüncü kişilere gönderilen mesaj, mektup veya herhangi bir içerik paylaşımı, ha-

<sup>69</sup> Sınar, s.437.

<sup>70</sup> Soyaslan, s.321.; Örneğin, bir sokakta mağdurun arkasında bağırarak hakaret edilmesi halinde mağdur eğer bu hakareti duymamışsa huzurda hakaret suçu oluşmaz. Bkz. Sınar, s.438.

<sup>71</sup> Madde gerekçesi de bu düzenlemenin huzurda hakaret olduğuna vurgu yapmaktadır: “Maddenin ikinci fıkrasında, hakaretin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir mesajla yapılması halinde, birinci fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kişiyi muhatap alan mektup, telgraf, telefon ve benzeri araçlarla yapılan hakaret de huzurda hakaret olarak cezalandırılmalıdır”.

<sup>72</sup> Resmi makamlara dilekçe vermek suretiyle gerçekleştirilen hakaret suçunda dilekçenin mağdura tebliğ edilmesi zorunlu ise huzurda hakaretin bulunduğu kabul edilmelidir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.600.



karetin gıyapta işlendiği anlamına gelebilecektir.<sup>73</sup> Mağdura sonradan iletileceği düşünülen paylaşımlar bakımından, konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre böyle bir durumda iletinin aslında mağdura yönlendirildiği, bu nedenle hakaretin huzurda olduğu kabul edilmelidir. Bir diğer görüş ise mağdura iletileceği düşünülse dahi üçüncü kişilere iletilen hakaret içerikli paylaşımların gıyapta hakaret kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.<sup>74</sup> Mağdurun hesabına veya adresine gönderilmiş bit iletinin içeriğinin, mağdurdan önce üçüncü kişilerce öğrenilmesi durumunda bir görüş suçun gıyapta işlendiğini<sup>75</sup>, diğer görüş iletinin mağdurun hakimiyet alanına sokulduğu gerekçesiyle huzurda işlendiğini kabul etmektedir.<sup>76</sup>

Son olarak değinilmesi gereken bir husus basılı eserler yoluyla işlenen hakaret suçlarıdır. Bu konuda 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrası uyarınca basılı eserler aracılığıyla işlenen suçların yayım anında oluşacağı, dolayısıyla içeriğin mağdur tarafından öğrenilmesi yerine basılı eserin yayımlanmasıyla suçun olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda, basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında, mağdur hakaret teşkil eden içeriğe doğrudan doğruya değil, basılmış eser aracılığıyla eriştiği için suçun huzurda işlenmediği sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>77</sup>

#### D- Gıyapta Hakaret

Hakaret suçu mağdurun huzurunda işlenebileceği gibi, yokluğunda da işlenebilir. Bu bağlamda, gıyapta hakaret, mağdurun olmadığı bir ortamda veya mağdurun duyup göremeyeceği şekilde başka kişilerle konuşarak veya yazışarak mağdurun onur, şeref ve saygınlığına tecavüz edilmesidir.<sup>78</sup> Gıyapta ve huzurda hakaret arasındaki ayırımı belirleyici kriter, tahkir edici ifadenin doğrudan doğruya, yani herhangi bir aracıya gerek kalmaksızın görülmesi veya duyulmasıdır.<sup>79</sup> Mağ-

<sup>73</sup> Türay/Erdoğan, s.1344.

<sup>74</sup> Türay/Erdoğan, s.1344 vd.

<sup>75</sup> Türay/Erdoğan, s.1345.

<sup>76</sup> Necati Meran, Hakaret - İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama Soruşturmanın Gizliliği İhlal Suçları, Ankara 2014, 2. baskı, s.44.

<sup>77</sup> Ayfer Akdemir Çalışır/Kurtuluş Tayanç Çalışır, Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları, Ankara 2013, s.13.; Türay/Erdoğan, s.1346.

<sup>78</sup> Soyaslan, s.316.

<sup>79</sup> Hafizoğulları/Özen, s.225.

dur, hakaret teşkil eden içeriği herhangi bir kişi veya vasıta olmaksızın, ilk elden görüp duyarsa huzurda hakaret, buna karşılık eylemin gerçekleştiği anda mağdurun fail ile aynı ortamda bulunmaması durumunda ihtilat unsuru gerçekleşmek kaydıyla gıyapta hakaret suçu oluşur.<sup>80</sup>

TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde kanun koyucu, gıyapta hakaret için hareketin en az üç kişiyle ihtilat edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu kapsamda, ihtilat, hakarete konu eylemin en az üç gerçek<sup>81</sup> kişinin duyması, görmesi veya okuması şeklinde gerçekleşebilir.<sup>82</sup> Bu üç kişinin, eylemi aynı anda, görme, okuma veya öğrenme zorunluluğu yoktur. Tahkir edici eylemin, başka kişilere aktarılması kastıyla bir tek kişiye söylenmesi ve bu kişinin başka kişilere aktarması halinde asgari sayıya ulaşılmışsa ihtilat gerçekleşmiştir.<sup>83</sup> Bununla birlikte failin, ikiden fazla kişiye ulaştırma kastı olmaksızın yalnızca bir kişiye söylediği tahkir edici sözlerin, failin rızası olmaksızın diğer kişilere aktarılması durumunda ihtilat unsuru gerçekleşmiş olmaz. İhtilatı oluşturan kişilerin, tahkir edici eylemi algılayabilecek durumda olmaları yani, küçüklük, akıl hastalığı veya sarhoşluk gibi herhangi bir nedenle eylemin hakaret niteliğini anlayamayacak durumda olmamaları da gerekir.<sup>84</sup>

TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında ihtilatın şekliyle ilgili bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu kapsamda fail, üçüncü kişilerle doğrudan iletişim kurabileceği gibi, hakaret içeren ifadeyi aktarmaya elverişli yazı, görüntü, telefon ve benzeri bir araç da kullanmış olabilir. Bu bağlamda, aynı ortamda bir arada bulunan kişilerle eş zamanlı (toplu) ihtilat edilebileceği gibi aynı ortamda olmayan kişilerle farklı zamanlarda da (dağınık) ihtilat edilebilir.

Gıyapta hakaret için üç kişi ile ihtilat aranması düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>85</sup> Anayasa Mahkemesi,

<sup>80</sup> Soyaslan, s.317-318.

<sup>81</sup> Her ne kadar hukukta "kişi" kavramı gerçek ve tüzel kişileri karşılarsa da tüzel bir kişiyle ihtilat edilmesi, aslında tüzel kişinin temsilcisi veya organlarını oluşturan gerçek kişilerle ihtilat edilmesini gerektirmektedir. Bkz. Türey/Erdoğan, s.1350.

<sup>82</sup> Türey/Erdoğan, s.1347 vd.

<sup>83</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.601.

<sup>84</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.601.

<sup>85</sup> Çat Sulh Ceza Mahkemesi, TCK'nın 125. maddenin 1. fıkrasında yer alan "mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için failin en az üç kişiyle

Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına alan yasa koyucunun, Anayasa kuralları ve hukukun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşuluyla, hangi eylemlerin suç oluşturacağını ve cezasını belirleme yetkisi bulunduğu gerekçesiyle, “en az üç kişiyle ihtilat” unsurunun yasama yetkisi kapsamında kaldığı gerekçesiyle iptal istemini kabul etmemiştir.

#### 4- Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru, cezai sorumluluğun sübjektifleştirilmesi sürecinin bir sonucu olarak işlenen fiil ile fail arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir.<sup>86</sup> Bu bağlamda, hakaret suçu kasten işlenebilen bir suç olup, fail eylemi ve neticeyi bilmeli ve istemelidir.<sup>87</sup> Kanunda aksine bir düzenleme olmaması nedeniyle, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.<sup>88</sup> Örneğin dil bilgisi zayıf olan bir failin anlamını bilmediği hakaretimiz bir sözcüğü kullanması halinde, suçu oluşmayacaktır. Yine, failin gerçekte yalnızca bir kişiye söylemek istediği tahkir edici sözün başkaları tarafından duyulması halinde ihtilat unsuru gerçekleşmediği gibi, kasıt yokluğundan (ihtilat unsurunda taksirden söz edilse dahi) beraat kararı verilmelidir.<sup>89</sup>

Hakaret suçunun oluşması için genel kastın yeterli olduğu görüşüne<sup>90</sup> karşılık, burada özel kastın aranması gerektiği dile getirilmiştir.<sup>91</sup> Bu görüş, failin genel kastı yanında mağdurun onur ve şerefine aşağılama kastının da aranması gerektiğini belirtmektedir. Yani, failde tahkir amacı yoksa suçun oluşmayacağını iddia etmektedir. Buna karşılık, fa-

---

ihtilat ederek islemesi gerekir” biçimindeki cümlesi ile ilgili olarak Anayasa’nın 2. ve 5.maddelerine aykırılık iddiası ile iptal talebinde bulunmuştur. İptal başvurusunun gerekçesi “ceza verilebilmesi için failin en az üç kişiyle ihtilat etmesini yani iletişime geçmesini veya duyurmasını aramaktadır. Bu hüküm bu haliyle Anayasanın devlete yüklediği, kişilerin manevi yaşamlarını koruma yükümlülüğünün (md. 5) ihlali niteliğindedir. Devlet; yurttaşlarının şeref ve haysiyetlerini ihlal eden davranışların, cezalandırılabilme koşulunu mağdurun ihtilat ettiği yani iletişime geçtiği kişilerin sayısı ile ölçemez, devlet her şart ve koşul altında yurttaşlarının şeref ve haysiyetini ve manevi yaşamını korumak zorundadır.” şeklindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özer, s.15 vd.

<sup>86</sup> Toroslu, Genel Kısım, s.171.

<sup>87</sup> Hafizoğulları/Özen, s.232.

<sup>88</sup> Soyaslan, s.325.

<sup>89</sup> Erman, s.180.

<sup>90</sup> Hafizoğulları/Özen, s.232.

<sup>91</sup> Bkz. Coşkun, s.64.; Sinar, s.441.

ilin tahkir eylemini istemesinin yeterli olduğu, saikinin veya ulaşmak istediği amacın suçun varlığı için önem taşımadığı ifade edilmiştir.<sup>92</sup> Kanaatimizce, failin yaptığı hareketin mağdurun onur şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olduğunu bilmesi ve bunu istemesi yeterli olup, fail, mağduru aşağılama veya küçük düşürme amacıyla hareket etmese dahi kullandığı sözlerin bu nitelikte olduğunu bilmesi durumunda eyleminden sorumlu tutulması gerekir.<sup>93</sup> Özetle, failde tahkir kastı olmasa da, hakarete konu hareketi bilerek ve isteyerek yapmış olması suçun oluşumu için yeterli sayılmalıdır.<sup>94</sup> Öğretide hakaret suçunun olası kastla da işlenebileceği yönünde görüşler dile getirilmiştir.<sup>95</sup> Bu görüşe göre, failin eyleminin mağdurun saygınlığını zedeleyebileceğini istememiş ancak öngörmüş olması durumunda olası kastından söz edilebilir.<sup>96</sup> Örnek olarak failin, mağdurun okuma olasılığını öngörmesine rağmen mağdurun masasına hakaret içeren bir yazılı metin bırakması olası kastla hareket ettiğini gösterebilir.<sup>97</sup>

## 5- Suça ve Cezaya Etki Eden Haller

Bu başlık altında hakaret suçunun cezasını ağırlaştırıcı veya hafifleten nedenlerle, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran haller incelenecektir.

### A- Cezayı Ağırlaştırıcı Sebepler

Hakaret suçunda cezayı ağırlaştırıcı sebepler TCK'nın 125. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenmiştir.

#### a- Kamu Görevlisine Karşı Görevinden Dolayı İşlenmesi

Hakaret suçunun kamu görevlisine görevinden dolayı işlemesi nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve cezası ağırlaştırılmıştır. Burada, mülga 765 sayılı TCK aksine, hakaretin huzurda veya gıyapta işlenmiş olması arasında bir fark gözetilmemiştir.<sup>98</sup>

<sup>92</sup> Hafızoğulları/Özen, s.232.; Aydın, Hakaret Suçu, s.896.

<sup>93</sup> Erman, s.181.

<sup>94</sup> Soyaslan, s.325.

<sup>95</sup> Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.431.; Koca/Üzülmez, s.441.; Tezcan/Erdem/Önok, s.606.; Sinar, s.441.

<sup>96</sup> Aydın, Hakaret Suçu, s.896.

<sup>97</sup> Sinar, s.442.; Aydın, Hakaret Suçu, s.896.

<sup>98</sup> 765 sayılı mülga TCK'da yalnızca mağdurun huzurunda işlenmesi halinde bu ni-

Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için tahkir edici eylemin kamu görevlisinin yerine getirdiği görevden dolayı işlenmesi, yani eylem ile mağdurun yerine getirdiği görev arasında bir illiyet bağı bulunması gerekir.<sup>99</sup> Örneğin, bir memurun şahsi borcundan dolayı kendisine hakaret edilmesi halinde bu nitelikli hal uygulanamayacaktır.

Kamu görevlisi, TCK'nın 6/1/-c. maddesinde “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Burada uygulanacak kriter, kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine katılması olup kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet, kamusal faaliyettir. Şartları varsa, kamu görevlisi görevinden ayrılmış olsa dahi, bu nitelikli hal uygulanabilir. Bu görüşe göre, madde metninde bu suçun görev sırasında veya görevin devamı esnasında işlenmesi aranmamış, sadece hakaret ile görev arasındaki bağlantıya vurgu yapılmıştır.<sup>100</sup> Benzer şekilde, kamu görevlisinin ücretli, ücretsiz, geçici, daimî, ihtiyari, zorunlu olarak görev yapması cezanın ağırlaşması için yeterlidir. Kanunda, bu nitelikli hal resen takibatı gereken bir suç olarak düzenlenmiş, yani mağdurun kamu görevlisi olmasına ayrıcalık tanımıştır.<sup>101</sup>

TCK'nın 125. maddesinin 5. fıkrası, kurul halinde çalışan kamu görevlilerine hakareti özel olarak düzenlenmiş, kurula hakaretin kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Ayrıca, madde metninde 5377 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile bu durumda zincirleme suça ilişkin madde (m. 43) hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu bağlamda kurul, “bir işi yapmak, yönetmek veya bir kurum ve kuruluşu temsil etmek için görevlendirilmiş kişilerden oluşmuş topluluk, heyet” olarak tanımlanabilir.<sup>102</sup>

765 sayılı mülga TCK'da kurul kavramı adli heyet (yargı yetkisine sahip tek hakimli olmayan bütün mahkemeler), siyasi heyet (devletin siyasi fonksiyonlarını ifa eden devlet teşkilatına dahil olan organ-

telikli halin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bkz. Erman, s.209.

<sup>99</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.603.

<sup>100</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.429.

<sup>101</sup> Sınar, s.449.

<sup>102</sup> Bkz. [https://sozluk.gov.tr/\(e.t.15.05.2021\)](https://sozluk.gov.tr/(e.t.15.05.2021))

lar) ve askeri heyet olarak tek tek sayılmak suretiyle belirlenmiş, yeni düzenlemede ise sayma sisteminden vazgeçilerek kurul kavramı genişletilmiştir. Bu durumda disiplin kurulları, adalet komisyonu gibi kurullar da bu kapsamına girebilecektir.<sup>103</sup> Bu hükmün uygulanması için kurula hakaretin görevden dolayı yapılması zorunlu olup, yapılan görevle hakaret fiili arasında bu bağın kurulamadığı hallerde madde- nin birinci fıkrasına göre uygulama yapılmalıdır.

### **b- Düşünce, İnanç ve Kanaat ya da Dini Değerler Nedeniyle İşlenmesi**

TCK'nın 125/3-b maddesinde hakaretin, mağdurun dini, sosyal, siyasi, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından veya ait mensubu olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'da semavi dinler korunurken,<sup>104</sup> 5237 sayılı TCK "din, dinsel düşünce, kanaat" kavramlarıyla normun kapsamı genişletmiştir. Bu nedenle semavi dinler yanında diğer din mensupları da bu hükümden yararlanacaktır.<sup>105</sup> Öte yandan, yeni TCK, kişiye mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uymadığı için hakaret edilmesini nitelikli hal olarak düzenlenmemiş, bu durum öğretilere eleştirilere neden olmuştur.<sup>106</sup>

TCK'nın 125/3-c maddesi ise hakaretin, kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesini ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlemiştir. Bu düzenleme, 765 sayılı TCK'nın 175. maddesinin beşinci fıkrasındaki suçun karşılığıdır.<sup>107</sup> Anayasamızın 24. maddesi ile koruma altına alınan din ve vicdan özgürlüğü,

<sup>103</sup> Veli Özer Özbek, "Şerefe Karşı Suçlar", S.5, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, s.259.

<sup>104</sup> Mülga 765 sayılı TCK'nın 175/3. maddesi "Allah'a veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye ... cezası verilir" şeklindedir.

<sup>105</sup> Aydın, Hakaret Suçu, s.907.

<sup>106</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.604.

<sup>107</sup> Din hürriyeti aleyhine suçlar bölümünün mülga TCK m.175/f.5 maddesi "...bir kimseyi dini inançlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye ..." şeklindedir.

bu düzenleme ile ceza hukuku kapsamında güvence altına alınmış ve etkin bir koruma sağlanması amaçlanmıştır.<sup>108</sup> Burada korunmak istenen hukuki yarar, soyut olarak bir dine göre kutsal sayılan değerler olmayıp belirli bir dine mensup olan kişilerin kutsal sayılan değerlerine yönelik dini duygularıdır. Öte yandan, TCK'nın 216. maddesinde, dini değerlerin aşağılanması bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç ile nitelikli hakaret suçu, hakareti oluşturan sözlerin belirli veya belirlenebilir mağdura yönelik olup olmadığı noktasında ayrılmaktadır. Genel ve soyut anlamda belirsiz sayıda kişilere yönelik olarak gerçekleştirilen dini değerlere hakaret, 216. maddedeki suç, belirli bir kimseye mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerler nedeniyle hakaret edilmesi ise 125. maddedeki nitelikli hakaret suçunu oluşturmaktadır.<sup>109</sup>

### c- Alenen Hakaret

TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrası, hakaret suçunun alenen işlenmesini ağırlaştırıcı sebep olarak saymıştır. Suçun alenen işlenmesi, hakaret eyleminin belirsiz sayıda kişilerce, görülmesine, duyulmasına ve öğrenilmesine imkân sağlamasıdır. Burada, aleniyetin oluşması açısından önemli olan husus, hakaret oluşturan eylemin çok sayıda kişi tarafından görülmüş, duyulmuş veya öğrenilmiş olmasından çok belirsiz sayıda kişinin eylemi öğrenme ve algılama imkanının oluşturulmasıdır.<sup>110</sup> Hakaret suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi alenen hakaretin bir türü olup<sup>111</sup>, aleniyet ve unsurları ile hakaret suçu arasındaki ilişkiler aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

## B- Cezayı Hafifleten ve Kaldıran Sebepler

### a- Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi

Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi hali TCK'nın 129/1. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durumda faile verilecek cezanın indirilebileceği gibi ceza vermekten vazgeçilebileceği

<sup>108</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C.1, İstanbul 2007, Beta Yayınları, s.242.

<sup>109</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.605.

<sup>110</sup> Sınar, s.450.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.430.

<sup>111</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.431.



belirtilmiştir. Bu düzenlemede yer alan iki sonuçtan birisine karar verecek olan hâkim, haksız fiilin derecesi ve ağırlığı ile tahkir edici eylemin derecesi ve ağırlığı arasında kıyaslama yapacak, duruma göre ceza vermekten vazgeçecek ya da cezada indirim yapabilecektir.

Bu düzenleme ile kanun koyucu, hakaret suçuna özgü özel bir haksız tahrik düzenlemesi yapmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu özel düzenleme imkânı varken genel haksız tahrik hükmünün uygulanmaması gerekir.<sup>112</sup>Burada düzenlenen haksız tahrik ile TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen genel tahrik, cezanın verilmesi bakımından birbirinden farklı olup 129. maddede hâkime ceza vermektan vazgeçme imkânı tanınmıştır. TCK'nın genel hükümler kısmındaki haksız tahrik ile 129/1. maddesinde yer alan tahrik arasındaki bir diğer fark, failin 129/1. maddesinden yararlanabilmesi için haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında hakaret etmesinin zorunlu olmadığıdır.<sup>113</sup> Yani, haksız fiil failde hiddet veya şiddetli eylem meydana getirmemiş olsa dahi bu hüküm uygulanabilir.<sup>114</sup>

TCK'nın 129/1. maddesinin uygulanabilmesi için haksız fiilin, hakaret veya kasten yaralama eylemleri dışında bir fiil olması gerekir, çünkü bu durumda maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanması gerekecektir.<sup>115</sup>

Bu hükmün uygulanmasının şartlarından bir diğeri, mağdurun hareketinin haksız olması, yani herhangi bir hakka dayanmamasıdır. Buna göre, hukuka uygunluk nedenine dayanan bir fiile karşı hakaret halinde bu fıkra uygulanamaz. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması söz konusu ise, duruma göre bu fıkra hükmü uygulanabilir. Ayrıca, mağdurun fiilinin haksız olması yeterli olup ayrıca suç teşkil etmesi zorunlu değildir.<sup>116</sup>

Bu fıkranın uygulanması için aranan bir diğer koşul, hakaret eyleminin haksız eylemi işleyen kişiye karşı gerçekleştirilmesi gerektiğidir.<sup>117</sup> Örneğin kendisine karşı haksız bir eylem gerçekleştiren kişiye

<sup>112</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.510.

<sup>113</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.441.

<sup>114</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.511.

<sup>115</sup> Arısoy, s.185.

<sup>116</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.613.

<sup>117</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.511.; Koca/Üzülmez, s.455.

kızan failin, bu kişinin oğluna hakaret etmesi halinde bu fıkra hükmü uygulanamaz. Bunun yanında haksız fiilin mutlaka hakaret eden kişiye yönelik olması gerekmez, başkasına karşı gerçekleştirilen haksız fiile tepki olarak işlenen hakaret suçunda da bu fıkra hükmü uygulama alanı bulabilir.<sup>118</sup> Örneğin oğluna tokat atan kişiye sinirlenen babanın, bu kişiye hakaret etmesi halinde bu fıkra uygulanabilir. Haksız fiilde bulunan mağdurun çocuk, akıl hastası veya sağır-dilsiz olması, bu özel tahrik hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmez.

### **b- Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi**

TCK'nın 129/2. maddesi "*Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.*" şeklindeki düzenleme ile hakaret suçuna özgü özel bir cezasızlık nedeni öngörmüştür. 765 sayılı TCK'daki "*şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı gerektirmez*" şeklindeki düzenlemenin benzeri ve karşılığı olan bu düzenlemeye göre, belli şartlar altında kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçu işlenmesi halinde kişiye ceza verilemeyecektir.<sup>119</sup>

Bu hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle kasten yaralama eylemi bulunmalı ve bu eylem fıkroda açıkça belirtilmemiş olsa da haksız olmalıdır. Kasten yaralama suçuna ilişkin bir hukuka uygunluk nedeni varsa, örneğin meşru savunma halinde olan bir kişi saldırıyı defetmek için hakaret etmişse bu fıkra hükmü uygulanamaz.<sup>120</sup> Düzenlemede, hakaretin kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi gerektiği açıkça belirtilmiş olduğundan, taksirle yaralama suçuna tepki olarak işlenen hakaret suçunda bu hükmün uygulanma imkânı olmadığını belirtmek gerekir. Bu durumda şartları varsa genel haksız tahrik hükmü uygulanabilir.<sup>121</sup>

Öğretide bir görüş bu düzenlemeyi özel bir meşru savunma hali olarak değerlendirmektedir.<sup>122</sup> Bir başka görüş, buna karşı çıkmakta, (meşru savunmada kişinin kendisine veya başkasına yönelik gerçekleştirilen)

<sup>118</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.614.; Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s.441.; Karşı görüş için bkz. Koca/Üzülmez, s.455.

<sup>119</sup> Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s.441.

<sup>120</sup> Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s.442.

<sup>121</sup> Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s.442.; Soyaslan, s.336.

<sup>122</sup> Erman, s.221.

şen veya gerçekleşmesi ve tekrarı muhakkak bir saldırıyı defetmesinin söz konusu olduğu gerekçesiyle), burada tahkir edici fiilin doğası itibariyle kasten yaralama eylemini defetmeye elverişli ve gerekli olmadığını ifade etmektedir.<sup>123</sup> Buna göre, burada kasten yaralama eylemi sona erdikten sonra gerçekleşen bir eylem (hakaret) söz konusu olduğundan, hükmün meşru savunma ile açıklanması doğru değildir.<sup>124</sup>

765 sayılı mülga TCK'da tepkinin, kasten yaralama yanında, kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına veya özgürlüğüne yönelik şiddet (tepki olarak işlenmesi halinde) olması mümkün kılınmışken, yeni TCK bunu kasten yaralama suçu ile sınırlandırmıştır.<sup>125</sup> Öte yandan, eski düzenleme karşıdan gelen şiddet eyleminin, mutlaka hakaret eden kişiye yönelmiş olması aranmış, yeni düzenleme böyle bir sınırlandırma yapmamış, üçüncü kişilere yönelen (yaralama) eyleme tepki olarak işlenen hakarete de cezasızlık nedeni uygulanma imkanı sağlamıştır.<sup>126</sup> Bu yönüyle bakıldığında yeni düzenlemenin, üçüncü kişilere yönelen yaralama fiiline tepki olarak işlenmesi durumunu da içine alarak bu hükmün uygulama kapsamını genişlettiği söylenmelidir.

Bu hükmün uygulanması için hakaretin (tepkini) kasten yaralama suçunu işleyen kişiye (mağdura) yöneltilmesi zorunlu olup, başkasına hakaret eden fail bu hükümden yararlanamaz.<sup>127</sup>

### c- Karşılıklı Hakaret

TCK'nın 129/3. maddesi "*hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir*" şeklinde bir hükümlerle karşılıklı hakaret<sup>128</sup> için özel bir cezasızlık veya duruma göre indirim nedeni öngörmüştür.

Bu hüküm genel haksız tahrik ile karıştırılmamalıdır, zira haksız tahrikte sadece ilk haksız harekete karşı suç işleyen failin cezasında indirim yapılmaktadır. Burada ise, ilk hareketi gerçekleştiren (haksız

<sup>123</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.512.; Koca/Üzülmez, s.456.

<sup>124</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.512.

<sup>125</sup> Arısoy, s.190.

<sup>126</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.442.; Karşı görüşte Koca/Üzülmez, s.456.

<sup>127</sup> Arısoy, s.191.

<sup>128</sup> Karşılıklı hakaretin hukuki mahiyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem, "Karşılıklı Tahkir", *Ankara Barosu Dergisi*, 1958, S.2, s. 60 vd.

tahrike neden olan) failin de hükümden yararlanma imkânı bulunmaktadır.<sup>129</sup> Bu düzenlemenin hukuki niteliği (her iki fail açısından) konusunda da değişik görüşler ileri sürülmüştür. Burada ilk hakaret eden failin, sonradan kendisine hakaret edilmesiyle kendi hakaretinin karşılığını aldığı ve artık cezalandırılmasına lüzum bulunmadığı ifade edilmiştir. İlk hakarete karşılık veren fail yönünden ise (uğradığı ilk haksız hareketin sebep olduğu) şiddetli hiddet ve elem sonucunda hakaret etmesi dolayısıyla haksız tahrikten faydalandığı, bir başka deyişle burada kusurluluğunu kaldıran veya azaltan bir sebep bulunduğu dile getirilmiştir.<sup>130</sup>

Karşılıklı hakaret nedeniyle cezanın kaldırılması veya hafiflemesi için, eylemlerin hakaret niteliğinde olması (sövme veya somut bir fiil isnadı) yeterlidir.<sup>131</sup> Bunun yanında ilk hakaretin haksız olması yani hukuka uygunluk nedeni olmaması gerekir.<sup>132</sup> Örneğin haber verme hakkı bulunan kişiye karşı hakaret eden fail, bu hükümden yararlanamaz. Ayrıca ilk hakaret suçu kime karşı gerçekleşmiş ise karşılığın bu fail tarafından verilmesi, yani fiil ve fail yönünden her iki hakaret arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.<sup>133</sup> Gıyapta hakaret durumunda da illiyet bağı kesilmediği (aradan uzun bir süre geçmemek şartıyla) sürece bu hüküm uygulanabilir. Son olarak, bu hüküm karşılıklı hakaret eden taraflardan sadece birinin şikâyeti halinde dahi uygulanabilir niteliktedir.<sup>134</sup>

## 6- Hukuka Uygunluk Halleri

Bütün suçlarda olduğu gibi, hakaret eyleminin de cezalandırılması için hukuka aykırı olması, başka bir deyişle hukuka uygunluk nedenlerinden birinin olmaması gerekir. Hakaret suçu açısından hukuka uygunluk nedenlerini iddia ve savunma dokunulmazlığı, haber verme hakkı, terbiye hakkı, eleştiri hakkı, ispat hakkı, mağdurun rızası, kanun hükmü veya amirin emrinin yerine getirilmesi, meşru savunma ve zorunluluk hali olarak belirtmek mümkündür.<sup>135</sup>

<sup>129</sup> Arısoy, s.188.

<sup>130</sup> Koca/Üzülmez, s.456.

<sup>131</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.512.

<sup>132</sup> Arısoy, s.188.

<sup>133</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.513.

<sup>134</sup> Soyaslan, s.338.

<sup>135</sup> Koca/Üzülmez, s.441.

### A- İddia ve Savunma Dokunulmazlığı

İddia ve savunma dokunulmazlığı TCK'nın 128. maddesinde “*Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme, 765 sayılı mülga TCK'daki düzenlemeye benzetmekle birlikte arada bazı farklılıklar bulunmaktadır.<sup>136</sup> Eski düzenleme sadece savunma dokunulmazlığından bahsetmiş, yeni düzenleme iddia ve savunma dokunulmazlığı kavramını kullanmıştır. Bir başka fark, eski düzenlemede ‘takibat yapılamayacağı’ belirtilmişken 128. maddede ‘ceza verilemeyeceği’ şeklinde düzenleme yapılmıştır.<sup>137</sup> Diğer bir fark bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak kişiler yönünden yeni düzenlemenin, ‘ taraflar, vekil, müdafii, müşavir ya da yasal mümessiller’ şeklindeki eski sınırlı sayma yöntemini kaldırmış olmasıdır.<sup>138</sup> Son olarak yeni düzenleme “yazılı veya sözlü” ifadesiyle bu hukuka uygunluk nedeninin kapsamını da genişletmiştir.

İddia ve savunma dokunulmazlığı karşılıklı bir yapıya<sup>139</sup> sahip olup bu dokunulmazlığının kapsamı ihbar, şikâyet ve savunma hakkının kullanılmasına yönelik anayasal temelden kaynaklandığı gibi, bu hakların kullanılmasında kamu düzeninin korunması noktasında büyük bir sosyal yarar da bulunmaktadır.<sup>140</sup> İddia ve savunmanın hukuka uygun sayılması için yetkili organlara yapılması, ihbar, şikâyet veya isnat edilen hususlar ile dokunulmazlığa tabi tutulacak eylem arasında illiyet bağı (nedensellik bağı) bulunması gereklidir.<sup>141</sup> Failin eyleminin, iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında kalıp kalmadığı her olayda dikkatle tespit edilmeli, bu kapsamda söz ve eylemlerin gerçek ve somut vakalara dayanıp dayanmadığına, soruşturma veya dava ile ilgili olup olmadığına, nihayet iddia ve savunma sınırını

<sup>136</sup> Bkz. Hafizoğulları/Özen, s.230.

<sup>137</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.502.

<sup>138</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.503.; Erman, s.142.

<sup>139</sup> Sınar, s.446.

<sup>140</sup> Erman, s.133.

<sup>141</sup> Hafizoğulları/Özen, s.230.; Tezcan/Erdem/Önok, s.607.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.435.

aşır aşmadığına bakılmalıdır.<sup>142</sup> İddia ve savunmaya dayanan nedenler, hukuk ve ceza yargılaması yanında disiplin soruşturmalarında da geçerli kabul edilmelidir.<sup>143</sup>

## B- Hakkın Kullanılması (Haber Verme- Terbiye ve Disiplin-Eleştiri)

Bir başka hukuka uygunluk nedeni TCK'nun 26/1. maddesine göre hakkın kullanılmasıdır. Hakkın kullanılmasına dayanan hukuka uygunluk nedenleri haber verme hakkı, terbiye ve disiplin hakkı ile eleştiri hakkıdır.

Haber; kelime anlamı olarak “bir olay, bir olgu üzerine edinilen bilgi, salık”, “iletişim veya yayın organlarıyla verilen bilgi” anlamlarına gelir.<sup>144</sup> Haber verme hakkı Anayasa'nın 28/2. maddesinde “devlet, basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirleri alır” şeklindeki düzenleme ile güvence altına alınmıştır.<sup>145</sup> Bu kapsamda, her vatandaşın toplumda gerçekleşen olay veya devletin icraatları ile ilgili haberleri alma ve bu haberleri yayma hakkı anayasal bir hak olup demokratik hukuk devletin ayrılmaz bir parçasıdır.<sup>146</sup> Haber verme hakkından bahsedebilmek için öncelikle kamuya aktarılan olayın *haber* niteliğinde olması gerekir. Bir olayın haber niteliği konusunda bazı ölçütlere göre hareket edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bunlar genel olarak; a- haber yapılan olayın gerçek olması, b- haberin güncel olması, c- haberin verilmesinde kamusal ilgi ve yararın bulunması olarak sayılmaktadır.<sup>147</sup> Bu bağlamda haberin veriliş şeklinin de kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte olmaması gerekir. Haberde kullanılan ifadeler sövme şeklindeyse ise hukuka uygunluk şartı gerçekleşmez.<sup>148</sup>

Medeni hukuk hükümlerinden kaynaklanan terbiye ve disiplin hakkı, veli veya vasiye bir çocuğu terbiye etmek ve topluma yarar-

<sup>142</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.435.; Erman, s.136.

<sup>143</sup> Sınar, s.447.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.435.

<sup>144</sup> Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (e.t.15.05.2021)

<sup>145</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.433.

<sup>146</sup> Erhan Günay, Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.265.; Ömer Faruk Tüfek, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İHAS Koruması, Adalet Yayınları, 2007, s. 49.; Soyaslan, s.329.; Tezcan/Erdem/Önok, s.607.

<sup>147</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.498.; Sınar, s.445.

<sup>148</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.434.; Erman, s.166.

lı bir birey olarak yetişmesini sağlamak amacıyla verilmiş bir haktır. Bu hakkı kullanacak kişiler; velayetten kaynaklı anne veya baba, veyesetten kaynaklı vasi, nihayet örf ve adetten kaynaklı olarak abi, abla, amca, dayı ve öğretmen ile benzeri kişiler olabilir. Bu kapsamda terbiye ve disiplin hakkından kaynaklanan ayıplama, eleştirme, azarlama, uyarma, isnatta bulunma gibi tahkir edici davranışlar hakaret suçunu oluşturmaz. Diğer bütün haklar gibi “terbiye ve disiplin hakkı” da sınırsız değildir; başta orantılılık olmak üzere bu hakkın sınırları aşılmamalıdır. Yani terbiye ve disiplin hakkını kullanan kişiler, çocuğun kişisel gelişiminde etkili olan durumları gözeterek sınırı aşmamakla sorumludur.<sup>149</sup> Zira, velayet veya vesayet hakkının bir uzantısı olan terbiye ve disiplin hakkı, sosyal, eğitsel veya mesleki koşullar dolaşısıyla kişisel gelişiminin sağlanmasını hedefleyen, bu hedef için de varlığı zorunlu olan uygulamalarla ilgilidir.<sup>150</sup>

Bir başka hukuka uygunluk nedeni, Anayasanın 25 ve 26. maddesinden kaynaklanan eleştiri hakkıdır. Bu hak, herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilmesini ve yayabilmesini ifade eder. Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa’ya göre bu hak, başkalarının kişilik haklarının korunması amacıyla sınırlanabilir. Bu bağlamda eleştiri hakkı, düşünce ve kanaatlerin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın açıklanması olarak değerlendirilmemelidir.<sup>151</sup> Bu bağlamda, siyasi, bilimsel, edebi eleştiri ile hakaretin çerçevesini titizlikle ayırmak gerekir. Eleştiri, doğası itibarıyla bir övgü olmadığına göre bunun sert ve etkili olması mümkün ise de eleştiriye konu olayın gerçek olması gerekir. Haber verme hakkında olduğu gibi eleştiri hakkı, yalnızca somut bir olgu isnadı şeklinde işlenen hakaret suçlarında geçerli bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu nedenle, sövme şeklinde gerçekleşen hakaret suçu için eleştiri hakkının geçerli olmadığını belirtmek gerekir.<sup>152</sup>

<sup>149</sup> Örneğin; çocuğa yemek vermeyerek cezalandırmak, çocuğu bir odaya kilitlemek gibi eylemler sınırı aşan eylemler olup, terbiye hakkı kapsamında değildir. Bkz. Erman, s.131.

<sup>150</sup> Duygu Sezen, Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s.90.

<sup>151</sup> Koca/Üzülmez, s.447.

<sup>152</sup> Erman, s.171.



### C- İspat Hakkı

İspat hakkı, kaynağını Anayasa'nın 39. maddesi ile hakaret suçları için özel bir hüküm olan TCK'nın 127. maddesinden almaktadır.<sup>153</sup> TCK'nın 127. maddesi Anayasa'daki düzenlemeye göre daha ayrıntılı ve Anayasa'da belirtilenin aksine mağdur veya müştekinin kamu görevlisi olup olmadığına bakmaksızın faile iddiasını ispat hakkı tanımaktadır.<sup>154</sup> Öğretide bu düzenlemenin, gereksiz ve yetersiz olduğu, ayrıca Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.<sup>155</sup>

TCK'nın 127. maddesine göre, isnada konu fiilin suç olması ve mağdurun bu suçtan mahkûm olması durumunda faile ceza verilmeyecektir. Bu durumda, isnat edilen fiil nedeniyle kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının hakaret fiilinden önce kesinleşmiş olmamalıdır.<sup>156</sup> İkinci durum, isnat edilen fiil konusunda mahkûmiyet kararının bulunmaması halidir. Bu durumda, mağdur hakkında açılan bir soruşturma varsa sonucunun beklenmesi gerekecektir.<sup>157</sup> Eğer bu soruşturma sonucunda mağdur hakkında takipsizlik, dava açılması halinde beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararlarından biri verilmişse isnat ispat edilememiş sayılmalıdır.<sup>158</sup>

TCK'nın 127. maddesine göre, mağdur hakkında açılan bir dava veya soruşturma yoksa, isnat olunan fiilin doğru olup olmadığına anlaşılması konusunda kamu yararı bulunması halinde faile isnadın ispatı hakkı verilecektir.<sup>159</sup> Bu kapsamda, mağdur hakkındaki isnadın ispatında kamu yararının bulunup bulunmadığını tespit edecek mahkeme, mağdurun sıfatını, özel ve kamu hayatındaki rolünü dikkate alarak değerlendirme yapacaktır.<sup>160</sup> Eğer mağdur, ispata razı olduğu-

<sup>153</sup> Hafizoğulları/Özen, s.226.; TBMM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında hükmün amacın ispat hakkına ilişkin Anayasa'nın 39. maddesine paralellik sağlamak olduğu açıklanmıştır. Bkz. Arısoy, s.192.

<sup>154</sup> Koca/Üzülmez, s.448.

<sup>155</sup> Hafizoğulları/Özen, s.228.

<sup>156</sup> Arısoy, s.193.

<sup>157</sup> Abdurrahman Cebe, Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.60.; Bu durumda suç oluşturan isnadın soruşturma ve dava süresinde zamaşımının duracağı ifade edilmiştir. Bkz. Arısoy, s.195.

<sup>158</sup> Arısoy, s.194.

<sup>159</sup> Hafizoğulları/Özen, s.227.

<sup>160</sup> Arısoy, s.196.

nu beyan ve kabul ederse kamu yararının bulunup bulunmadığı araştırılmadan ispat hakkı tanınmalıdır. Bu kapsamda gösterilen rızanın açık ve herhangi bir şarta bağlanmaması gerektiği gibi, mağdur rıza gösterdikten sonra bundan vazgeçemez.<sup>161</sup>

#### **D- Mağdurun Rızası ve Kanun Hükmünü- Amirin Emrini Yerine Getirme**

Hakaret suçu açısından mağdurun rızası bu suçu şikâyete tabi halleri için geçerli bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu durumda mağdurun hak üzerinde tasarruf hakkı olması zorunlu olup, şikâyete bağlı olmayan hakaret suçunda kamunun menfaati de korunduğundan (örneğin kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret) rıza, eylemi hukuka uygun hale getirmez.<sup>162</sup> Mağdurun rızası açık veya kapalı olabilir, örtülü rıza bazen örf ve adetten kaynaklanabilir.<sup>163</sup>

TCK'nın 24/1. maddesine göre, kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Bu kapsamda, kanun veya amir tarafından verilen görevi yerine getiren, herhangi bir biçimde kişiler hakkında hakaret içeren isnatlarda bulunmuş ise, şartları varsa bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilir. Bu durumda, kamu görevlisi (fail) kanunun kendisine yüklediği yükümlülüklerle uymak zorunda olduğundan, suç işlemiş sayılmamalıdır.<sup>164</sup> Örneğin suç işleyen bir fail hakkında iddianame düzenleyen savcı veya fezleke düzenleyen kolluk kanun tarafından verilen bir görevi yerine getirdiği için, olumsuz isnatlarda bulunsa dahi hukuka uygunluk nedeniyle ceza sorumluluğu olmamalıdır.

Kanun hükmünün icrasında olduğu gibi, amirin emrinin yerine getirilmesinde de kamu yararı ve görevliye yüklenmiş bir sorumluluk bulunduğundan hukuka uygunluk nedeni var sayılmalıdır. Ancak, bu durumda amirin, böyle bir emir vermeye yetkili olması, memurun da emri yerine getirmekle yükümlü olması, son olarak verilen emrin kanuna aykırı olmaması gerekir.<sup>165</sup> TCK'nın 24/3. maddesindeki "*Konu-*

<sup>161</sup> Arısoy, s.196.

<sup>162</sup> Erman, s.171.

<sup>163</sup> Erman, s.173.

<sup>164</sup> Erman, s.174.

<sup>165</sup> Erman, s.176.

su suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur” şeklindeki açık hüküm gereği verilen emrin yerine getirilmesi için, bu emrin suç teşkil etmemesi zorunludur. Bu hüküm Anayasa’nın “kanunsuz emir” başlıklı 137/2. maddesinin bir uzantısı niteliğindedir.

### E- Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali

Meşru müdafaayı düzenleyen TCK’nın 25/1. maddesi; “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” şeklindedir. Meşru savunma, hukuka uygunluk sebeplerinden biri olup bu kavramın temelinde insanın benliğinde var olan kendisini koruma içgüdüğü yatmaktadır. Zira, devletin, her durumda ve her zaman bireye karşı gerçekleşen saldırıları o anda bertaraf etme imkânı olmadığından, saldırı veya saldırı tehdidi altında olan bireylerin kendi imkanlarıyla ve sınırı aşmamak kaydıyla kendisini koruyabilmeleri gerekir. Burada, bir hakka yönelik haksız nitelikte bir saldırı olması ve bu saldırıya karşı zorunlu ve saldırıyla orantılı bir fiilin olması gerekmektedir.

Hakaret suçu açısından, saldırıya uğrayan bir kişinin, saldırıyı bertaraf edebilmesi için saldırıyı tahkir etmesi meşru müdafaayı gündeme getirebilir.<sup>166</sup> Kasten yaralama suçuna tepki olarak gerçekleştirilen hakaret suçuna ilişkin özel düzenleme bulunduğu yukarıda incelenen hüküm uygulanmalı, bunun dışındaki saldırı ve tehlike halinde şartları varsa meşru müdafaa uygulanmalıdır.<sup>167</sup>

Zorunluluk hali, TCK’nın 25/2. maddesinde; “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiş olup, bu kavramın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş zo-

<sup>166</sup> Erman, s.221.

<sup>167</sup> Coşkun, s.127.

runluluk halini hukuka uygunluk nedeni sayarken<sup>168</sup> bir diğer görüş kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran sebep olarak görmektedir.<sup>169</sup> Hakaret suçu açısından, zorunluluk halinin genellikle doğa olayları veya insan dışı unsurlardan kaynaklandığı ve failin hakaret fiili ile kendisini bu tehlikeden kurtarmasının imkan dahilinde olmadığı ifade edilmiş, buna karşılık yangın ya da deprem durumunda bulunduğu yerden kurtulmak amacıyla önüne çıkan ve kaçmasına engel olan kişiye yönelik hakaretin bu kapsamda değerlendirilebileceği ileri sürülmüştür.<sup>170</sup>

### F- Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri: Teşebbüs, İştirak ve İçtima

Her suç, bir süreç içinde işlenmekte olup, suç yolu adı verilen bu süreç düşünce, icra, tamamlanma ve son bulma aşamalarından oluşmaktadır. Bu bağlamda teşebbüs<sup>171</sup>, kasıtlı bir suçun icrasına elverişli vasıta ile başlanması ancak icra hareketlerinin veya sonucun failin elinde olmayan bir nedenden dolayı gerçekleşmemesidir.<sup>172</sup>

Bilindiği üzere, bir kısım suçlar belirli bir hareket ya da ihmalin gerçekleşmesiyle tamamlanabilmekteyken, bazı suçların tamamlanmış sayılabilmesi için hareket ya da ihmalin belirli bir dış etkiyi oluşturması gerekmektedir. Bunlardan ilkinde “sırf davranış suçları” ya da “şekli suçlar”, ikinci kısım suçlara ise “sonuç suçları” ya da “maddi suçlar” adı verilmektedir.<sup>173</sup> Bu kapsamda, hakaret suçunun oluşması için herhangi bir sonuç aranmadığından hareketin (söz ve davranışın) tahkir edici nitelikte olması yeterlidir. Bu nedenle, bu suçların soyut tehlike suçu olduğu<sup>174</sup> ve kural olarak teşebbüsün söz konusu olma-

<sup>168</sup> Toroslu, Genel Kısım, s.163 vd.

<sup>169</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, 14. baskı, s.425 vd.; Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s.708.; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Temel Bilgiler, 16. baskı, Ankara2018, Astana Yayınları, s.312.

<sup>170</sup> Erman, s.177.

<sup>171</sup> 5237 sayılı TCK, 765 mülga sayılı TCK'nın 61 ve 62. maddelerinde düzenlenen tam ve eksik teşebbüs ayrımı kaldırmıştır.

<sup>172</sup> Toroslu, Genel Kısım, s.262 Vd.; Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s.1 vd.; Doğan Soyaslan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s.1 vd.; Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs”, *AÜHFD*, 2006, S.I, C.55, s. 85 vd.; Pervin Aksoy İpekçioğlu, Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 1 vd.

<sup>173</sup> Bkz. Toroslu, Genel Kısım, s.130.

<sup>174</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.513.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.436.; Coşkun, s.164.

yacağı ileri sürülmüştür.<sup>175</sup> Kanaatimizce, hakaretin huzurda gerçekleştiği hallerde, sözün mağdur tarafından duyulması ve algılanması gerektiğinden teşebbüsün mümkün olmadığı söylenebilir.<sup>176</sup> Gıyapta hakaret açısından da fiilin en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerektiğinden kural olarak teşebbüsten söz etmek mümkün değildir, çünkü hakaret bu sayıya ulaştığında suç tamamlanmış olacaktır. Buna karşılık gıyapta hakaret suçuna teşebbüsün gerçekleşebileceği iddia edilmiş, örnek olarak hakaret içeren mektup, faks veya mailin mağdura ulaşmaması gösterilmiştir.<sup>177</sup> Bu durumda, failin kastına bakılmalı, hakaretimiz söz veya ifadeleri üçüncü kişiye aktarmaya hazırlanan ve bu kasıtlı eylemine başlayan fail, icra hareketleri tamamlamadığında teşebbüsten sorumlu tutulabilir.<sup>178</sup>

Suç oluşturan fiil, bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, birden fazla failin katılımıyla da gerçekleştirilebilir. Normalde tek kişinin işleyebileceği suç, birden fazla failin katılımıyla gerçekleştiğinde suça iştirak söz konusu olmaktadır.<sup>179</sup> Bu bağlamda, hakaret suçu açısından bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek şekilde somut fiil isnadı veya sövme eyleminin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda iştirak (müşterek faillik, azmettirme, yardım etme) söz konusu olabilecektir. Örneğin A ve B birlikte kaleme aldıkları bir mektubu C'ye gönderdiklerinde ya da hakaret içeren bir pankartı birlikte hazırlayıp taşıdıklarında müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.<sup>180</sup>

Hakaret suçlarının işlenmesiyle ilgili olarak içtima konusuna da değinmekte yarar bulunmaktadır. Normal olarak kanunun ihlali sayısınınca suç vardır, her suç için ayrı ceza verilir ve bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre belirlenir. Ancak kanun koyucu, bazen birden çok ihlali tek suç saymakta ve faile tek bir ceza verilmesini öngörmektedir. Bu türlü hukukî birleşmeler; bileşik (mürekkep) suçu, zincirleme (müteselsil) suçu ve fikri içtimayı oluşturmaktadır.<sup>181</sup>

<sup>175</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.436.; Coşkun, s.161.

<sup>176</sup> Coşkun, s.64.; Erman, s.126.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.437.

<sup>177</sup> Erman, s.125.; Arısoy, s.191.

<sup>178</sup> Türay/Erdoğan, s.1354.

<sup>179</sup> Bkz. Toroslu, Genel Kısım, s.295.; İzzet Özgenç, Suça İştirakin Hukukî Esası, İstanbul 1996.; Faruk Erem, "Suça İştirak", *AÜHF* 1946, S.1, C.3, s. 62 vd.; Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s.1 vd.

<sup>180</sup> Aydın, Hakaret Suçu, s.904.

<sup>181</sup> Toroslu, Genel Kısım, 310 vd.; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, Ankara 2009, s.622 vd.; Kayıhan İçel, Suçların İçtimaı, İstanbul, 1972.

Hakaret suçu açısından, failin bir davranışıyla mağdurun hem onur, şeref ve saygınlığını rencide etmesi hem de başkaca bir hukuki varlığını ihlal etmesi söz konusu olabilir. Örneğin, cinsel taciz, şantaj, özel hayatın gizliliğini ihlal gibi suçlarda gerçekleştirilen eylem aynı zamanda mağdurun onur, şeref ve saygınlığını da rencide etmektedir. Bu durumlarda fail, fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır.<sup>182</sup>

Hakaret suçu açısından bileşik suç hükümleri özellikle TCK'nın 267.maddesindeki "iftira suçu", 94.maddesindeki "işkence" suçu ve 96. maddesindeki "eziyet" suçuyla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. İftira suçunda işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesi söz konusu olmaktadır. Burada isnat edilen fiil aynı zamanda hakaret suçunda düzenlenen somut fiil ya da olgu isnadına karşılık gelmektedir. Yani iftira suçu, içerik itibariyle hakaret suçunu da içine almaktadır. Bu durumda fail, TCK'nın 42.maddesindeki içtima hükümleri yerine bileşik suç hükümlerine göre sorumlu olacak sadece iftira suçundan cezalandırılacaktır.<sup>183</sup>

Hakaret suçunda zincirleme suç hükümleri de gündeme gelebilir. Fail, aynı mağdura farklı zamanlarda hakaret eylemini gerçekleştirdiğinde bu hükümlere göre cezası artırılabilecektir.<sup>184</sup> Failin, ilk eylemi somut fiil isnadı, ikinci eylemi sövme niteliğinde olsa dahi sonuç değişmeyecek, kendi içinde seçimlik olan bu hareketler nedeniyle zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Benzer şekilde, ilk hakaret eyleminin huzurda ikinci eylemin gıyapta gerçekleşmesi durumunda da aynı uygulama yapılmalıdır. Ancak, bu ihtimallerde hareketlerin hukuki bir kesinti oluşturmayacak bir zaman aralığı içinde icra edilmesi gerekmektedir.<sup>185</sup>

Fail tek bir hareket ile birden fazla mağduru tahkir ettiğinde sorumluluğun ne şekilde belirleneceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, tahkir edilen kişiler bir topluluk oluşturu-

<sup>182</sup> Coşkun, s.164.

<sup>183</sup> Coşkun, s.165.

<sup>184</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.437.

<sup>185</sup> Coşkun, s.166.; Tezcan/Erdem/Önok, s.632.

ruyorsa, suç topluluğa karşı işlenmiş sayılır ve tek suç oluşur. Eğer topluluğu oluşturan üyelerin her biri ayrı ayrı hedef alınmış ise mağdur sayısınınca suç oluşur ancak şartları varsa zincirleme suç hükümleri uygulanır.<sup>186</sup> Diğer bir görüşe göre, hakarete uğrayan kişiler bir topluluk oluştursa dahi hakaret, topluluğu oluşturan üyelerin her birine karşı ayrı ayrı işlenmiş sayılır, ancak zincirleme suç hükümleri uygulanır.<sup>187</sup> TCK'nın 125/5. maddesinde hakarete uğrayan topluluğun kurul halinde çalışan kamu görevlileri olmaları halinde suçun kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, mağdurun kurul olması durumundaki tartışmaları ortadan kaldırmıştır.<sup>188</sup>

### G- Yaptırım, Görev ve Yetki

TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına göre, hakaret suçunu işleyen faile, 3 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası verilebilecektir. Burada öngörülen cezalar seçimlik olup, türü hâkim tarafından takdir edilecektir. Adli para cezasının hesaplanması ve kısa süreli hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, TCK'nın 50 ve 52. maddeleri göz önünde bulundurulacaktır. TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hakaret suçlarını işleyen faile verilecek hapis cezası 1 yıldan 2 yıla kadar hapis olarak düzenlenmiştir. Öğretide, 3. fıkradaki artırım durumunda mahkemenin adli para cezasını seçebileceği ve bu cezanın 1 yıl karşılığı adli para cezası olacağı ileri sürülmüş, Yargıtay yerleşen kararlarında, buradaki cezanın seçimlik olmadığına (hapis olacağına) karar vermiştir.<sup>189</sup> Hakaretin alenen işlenmesi halinde TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasına göre, ceza altında biri oranında artırılacak, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine hakaret edildiğinde 5. fıkraya göre zincirleme suç hükümleri uyarınca artırım yapılacaktır.<sup>190</sup> Öte yandan, hakaret suçu nedeniyle faile hapis cezası veril-

<sup>186</sup> Erman, s.126.; Tezcan/Erdem/Önok, s.632.

<sup>187</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.437.

<sup>188</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.632.

<sup>189</sup> Arısoy, s.196.

<sup>190</sup> 01.06.2005 ile 08.07.2005 tarihleri arasında yürürlükte olan madde metni "ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altında biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında artırılır" şeklinde iken, 5377 sayılı Kanun ile buradaki ikinci cümle metinden çıkarılmıştır. Değişiklik gerekçesinde "suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hali de aleniyetin gerçekleşiş şekillerinden birini oluşturmaktadır. Hakaret suçuyla ilgili olarak aleniyet, bir nitelikli unsur olarak belirlen-



diği takdirde fail hakkında TCK'nın 53. maddesinde düzenlenen belli haklardan yoksun kılma cezasına da hükmolunacaktır.

Hakaret suçunun kanundaki cezasının üst sınırı iki yıl olduğundan 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kuruluş ve Görev Yetkileri Hakkında Kanun'un 8 ve 11. maddesine göre, bu suçlarda görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Basın yoluyla işlenen hakaret suçları açısından, Basın Kanunu'nun 27/2. maddesine göre bir yerde asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde davalar 2 numaralı asliye ceza mahkemesinde görülecektir.

Hakaret suçlarında, genel yetki kuralı uyarınca davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Huzurda işlenen hakaret suçunda failin ve mağdurun bulunduğu yer, gıyapta hakaret suçunda, ihtilatın gerçekleştiği yer mahkemesi yetkili olacaktır.<sup>191</sup> Huzura eşit sayılan hallerde örneğin yazılı, sesli, görüntülü ileti ile hakaret suçunun işlenmesi durumunda ise mağdurun bulunduğu ve hakaret içeriğini öğrendiği yerde suç işlenmiş sayılacağından o yer mahkemesi yetkili olacaktır. (TCK m.125/2) CMK'nın 12/3.maddesinde "*Suçun ülkede yayınlanan basılı bir eserle işlenmesi halinde yetkili mahkemenin eserin yayım merkezi olan yer mahkemesi olacağı, ancak aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suçun eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesinin de yetkili olacağı*" belirtilmiştir. Bu hüküm göz önüne alındığında, hakaret suçu basılı bir eserle veya görsel veya işitsel yayınlarla işlenirse, kural olarak yetkili yargı merci, eserin yayım merkezi olan yerdeki yargı mercidir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda, suç eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi yetkilidir. CMK'nın 12/4. maddesinde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan hakaret suçunda eserin, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılması durumunda, o yer mahkemesinin de yetkili olacağı, şayet mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesinin de yetkili olacağı belirtilmiştir. Görsel veya işitsel yayınlarda da CMK'nın 12/3. maddesi hükmünün uygulanacağı hükme

diği için söz konusu suçun basın ve yayım yoluyla işlenmesi, bu suç açısından ayrı bir nitelikli unsur olarak görülmemiştir" denilmiştir.

<sup>191</sup> Murat Kayaççek, Şerefe Karşı Suçlar, Ankara 2008,1.baskı, Adalet Yayınevi, s.434.

bağlanmışır (CMK m.12/5) Buna göre görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkili olacaktır.

## V- Aleniyet Kavramı ve Tanımı

Aleni sözcüğü “açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan”, aleniyet ise “açıklık” anlamına gelmektedir.<sup>192</sup> Arapça kökenli olan aleniyet sözcüğü “açık ve aşikâr olmak” anlamına gelen “alen” kökünden türemiş olup, aleniyet “meydanda ve açık oluş, ortada ve aşikâr olma” durumunu ihtiva etmektedir. Halk dilinde de aleniyet, “gizli olmayan, herkese ayan olmuş, herkesin gözü önünde gerçekleşen ve kimseden gizlenmeden yapılan işler” için kullanılmaktadır.<sup>193</sup>

Aleniyet sözcüğü İngilizcede kamuya açık veya halka açık anlamında “public” ve “publicity”, Fransızcada ilan edilme, halka açıklanma anlamında “publicite”, “publiquement”, Almancada ise açıkça, kamuya açık anlamlarına gelen “öffentlichkeit”, “öffentlich” sözcükleri ile ifade edilmektedir.<sup>194</sup>

Hukuk dilinde ise aleniyet, açıklık anlamına gelmekte<sup>195</sup>, teknik anlamı itibariyle herkesin vakıf olabileceği şekilde yani topluma ve kamuya açıklık şeklinde anlaşılmaktadır.<sup>196</sup> Ceza hukuku anlamında aleniyet kavramının ne anlama geldiği konusunda değişik görüşleri sürülmüştür. Bu kavram, genellikle eylemin gerçekleştirildiği yer veya hareketin algılanabilme imkanına göre değerlendirilmiş, bir görüş, aleniyeti eylemin gerçekleştiği yere göre açıklamaya çalışmıştır.<sup>197</sup> Bu kapsamda fiilin gerçekleştirildiği yer özel ve genel olmak üzere ikiye ayrılmış, özel yerler için fiilin üçüncü şahıslar tarafından

<sup>192</sup> Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (e.t.15.05.2021)

<sup>193</sup> Bkz. Fehmi Şener Gülseren, “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, *Lefkoşa Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Haziran 2014, C.5, S.1, s.33 vd.

<sup>194</sup> Gülseren, s.33.

<sup>195</sup> Bkz. <https://sozluk.adalet.gov.tr/alenyet> (e.t.15.05.2021)

<sup>196</sup> Gülseren, s.33.

<sup>197</sup> Bkz. Sulhi Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. Baskı, İstanbul 1975, s.145 vd. Yazar, genel yerleri kendi içinde üçe ayırarak, nitelikleri gereği genel olan yerler (herkesin hiçbir kayıt ve şart olmadan serbestçe ve istediği zaman girebileceği, yol, meydan gibi yerler), tahsisleri itibariyle genel olan yerler (herkesin çağrılabilceği veya bazı şartları yerine getirmek suretiyle dahil olabileceği, okul, tiyatro gibi yerler) ve tesadüfen genel olan yerler (otomobil, dükkân) olarak incelemektedir.

algılanabilmesi esas alınmış, genel yerlerde (umuma açık) gerçekleşen eylemler kişiler tarafından algılanmamış olsa dahi alenen işlenmiş sayılmıştır. Bir başka görüş, alenilik kavramının yer veya kişi bakımından ayrı ayrı ele alınmasını önermiş, herkese açık bir alanda, örneğin meydana veya yolda gerçekleştirilen fiillerin aleni işlendiğini kabul etmiştir.<sup>198</sup> Kişi bakımından aleniyette ise, topluluk şeklinde bir arada bulunma esas alınmış, örneğin toplantı, miting ve gösteri yürüyüşlerinde gerçekleştirilen fiiller, kişilerin toplanmış olması nedeniyle aleni olarak kabul edilmiştir. Bir diğer görüş, aleniyetin tespitinde temel ölçüt olarak fiilin belirli olmayan, birden fazla kişi tarafından algılanmasını esas almıştır.<sup>199</sup> Buna göre, aleniyetin mevcudiyeti için, kalabalık sayılabilecek sayıda kişinin fiili öğrenmesi ve algılanması yeterli kabul edilmiştir. Kanaatimizce isabetli olan bir başka görüş, aleniyetin tespiti için, fiilin başka kişilerce algılanabilme imkanının esas alınmasını, yani fiilin gerçekleştirildiği yerin ve olayın özelliklerinin dikkate alınarak bu imkanın olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.<sup>200</sup> Bu görüş, gelişen teknoloji sayesinde failin, evinde çektiği bir videoyu veya yazdığı bir metni, saniyeler içerisinde bütün internet kullanıcıları ile paylaşabildiğini, bu nedenle günümüzde aleniliğin değerlendirilmesinde failin bulunduğu yerin öneminin azaldığını, aleniyetin tespitinde önemli olan hususun, kimliği belirsiz kişilerce algılanabilme imkanının bulunup bulunmadığının tespitine önem vermektedir.

Aleniyetin kavram olarak içeriğinin tespiti konusunda olduğu gibi, tanımı noktasında da değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre aleniyet, fiilin, belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette işlenmesi<sup>201</sup> veya belirsiz sayıdaki kişinin fiile vakıf olmasıdır.<sup>202</sup> Aleniyet, kalabalık sayılacak sayıda kişinin fiili öğrenmelerinin imkân dahilinde olması şeklinde tanımlanmış<sup>203</sup>, bir diğer görüş aleniyeti belirsiz sayıda kişinin suça konu içeriği öğrenmelerine olanak sağlayan herhangi bir araç kullanmak suretiyle suçun işlenme-

<sup>198</sup> Erol Cihan, "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 312)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1974, C.40, S.1-4, s.107 vd.

<sup>199</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.605.

<sup>200</sup> Bkz. Türay/Erdoğan, s.1349.

<sup>201</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.431.

<sup>202</sup> Koca/Üzülmez, s.453.

<sup>203</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.496.

si biçiminde tanımlamıştır.<sup>204</sup> Bir başka tanım, hakaret fiilinin umumi veya umuma açık yerlerde, herkes tarafından duyulabilecek şekilde meydana gelmesi, ayrıca kendisine hakaret edilen kimse ile birlikte en az üç kişinin bu fiili öğrenmesi şeklindedir.<sup>205</sup> Buna karşılık, aleniyette önemli olan hususun hakaret fiilini çok sayıda kişilerin duyması veya algılaması olmayıp bunun imkan dahilinde olmasının yeterli olduğu, dolayısıyla aleniyetin tespit ve tanımında failin eyleminin başka kişilerce duyulmasının veya öğrenilmesinin bir önemi olmadığını kabul etmiştir.<sup>206</sup>

TCK'nın 125. maddesinde ve tanımlar başlıklı 6. maddesinde aleniyetin tanımı yapılmamıştır. 765 sayılı mülga TCK'da da aleniyet konusunda bir tanım yapılmamış, ancak 153. maddede ceza kanunu tatbikatında fiilin hangi hallerde aleni işlenmiş sayılacağına dair düzenlemeye gidilmiştir. 765 sayılı TCK, askerleri kanunlara karşı itaatsizliğe tahrik suçunu düzenleyen 153. maddesinin 4. fıkrasında aleniyeti; *"Fiil :1 - Matbuat vasıtası ile veya her hangi bir propaganda vasıtası ile; 2 - Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda; 3 - Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplanmanın mevzuu ve gayesi itibarı ile hususi mahiyeti haiz olmıyan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikatında aleni olarak işlenmiş sayılır."* şeklinde açıklamıştır. Mülga 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde kanundaki bu tanımın aleniyet içeren tüm suçlar geçerli olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu tanımın diğer suçlar için geçerli olduğunu kabul edenler madde metnindeki *"ceza kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır"* ifadesine dayanmış, buna karşılık metindeki tanımın genel bir tanım olmadığı, çünkü tanımın kanunun genel hükümler kısmında yer almadığı, dolayısıyla bu tanımın sadece 153. madde için geçerli olduğu dile getirilmiştir.<sup>207</sup>

<sup>204</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.605.

<sup>205</sup> Dönmezer, s.178.

<sup>206</sup> Erol Çetin, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, Ankara 2008, Genişletilmiş 3. baskı, Seçkin Yayınevi, s.31.

<sup>207</sup> Bkz. Türkan Yalçın Sancar, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2006, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.171.; 765 sayılı TCK'ya kaynak olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu aleniyeti "umumi bir mahalde veya umuma açık bir yerde" şeklinde tarif etmiştir. Avusturya ve Fransız mevzuatındaki tanımlar için bkz. Gülseren, s.33.

Bu açıklamalardan yola çıkarak, hakaret suçu açısından aleniyeti, suçun belirsiz sayıda kimsenin öğrenme imkânı olacak şekilde ve vasıtalarla işlenmesi olarak tanımlamak mümkündür.

## VI- Aleniyetin Hukuki Niteliği:

Yukarıda açıklandığı üzere, hakaret suçu açısından aleniyet, hakaret teşkil eden fiilin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunması olarak değerlendirilebilir.<sup>208</sup> Bu bağlamda, aleniyetin hukuki niteliği konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bunlar aleniyetin suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olup olmaması noktasında toplanmakta olup<sup>209</sup>, aleniyetin hukuki niteliğinin saptanması birçok açıdan önem taşımaktadır. Aleniyet, suçun nitelikli hali (ağırlaştırıcı neden) olarak düzenlendiğinde, aleniyetin gerçekleşmesi suçun oluşmasına engel olmaz, sadece cezanın miktarı üzerinde etkili olur. Buna karşılık, aleniyet, suçun unsuruna dahil edildiğinde aleniyetin gerçekleşmemesi suçun oluşumuna engel olur. Örnek olarak TCK'nın 84. maddesinde düzenlenen intihara yönlendirme suçunda aleniyet cezayı ağırlaştırıcı neden (nitelikli hal) olarak düzenlenmişken, 213. maddede düzenlenen 'halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunda' aleniyet suçun unsuruna dahil edildiğinden, ikinci suçta aleniyetin varlığı suçun oluşmasında unsur olarak etkili olup, yokluğu durumunda eylem suç olarak kabul edilemez.<sup>210</sup>

TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında hakaret suçunun alenen işlenmesi halinde, verilecek cezanın altında biri oranında artırılacağı belirtilmiş, dolayısıyla aleniyet suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiştir.<sup>211</sup> Aleniyetin ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmesinin temel nedeni, mağdurun herkese açık, yani geniş bir çevrede suça ma-

<sup>208</sup> Yenidünya/Alşahin, s.75.

<sup>209</sup> Birçok suç bakımından bazen bazen de cezayı artıran nitelikli bir hal olarak anlaşılan aleniyetin kanun tarafından tanımlanması gerektiği dile getirilmiştir. Bkz. Yenidünya/Alşahin, s.74.

<sup>210</sup> Benzer şekilde TCK'nın 216. maddesinde halkı aşağılama suçunda aleniyet kanun koyucu tarafından bilinçli olarak suçun unsuru şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, halkın bir kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanılarak aşağılanması ancak aleni olarak gerçekleştirildiğinde cezalandırılabilir.

<sup>211</sup> Madde 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce, "ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde altında biri, basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde üçte biri oranında artırılır" şeklindedir.

ruz kalarak daha fazla rencide edici olması yani suç nedeniyle oluşan zarar ve tehlikedir.<sup>212</sup>

Aleniyetin tanımı başlığında değinildiği üzere, hakaret suçu açısından aleniyet kavramından söz edilebilmesi için, suçun belirli olmayan sayıda kişi veya kişiler tarafından işitilip, görülebilecek veya algılanabilecek bir ortamda gerçekleşmesi, ya da mağdur dışında çok sayıdaki kişinin suçu (hakareti) öğrenmesine neden olacak bir araçla işlenmiş olması aranmaktadır. Buna göre, herkesin girme ve bulunma imkanının olduğu toplu taşıma araçları, alışveriş merkezleri, caddeler, sokaklar, ibadethaneler, kamu binaları, parklar, bankalar ve pazarlar gibi umuma açık yerlerde işlenen hakaret suçunun alenen işlendiğinde kuşku bulunmamaktadır. Benzer şekilde, kamuya açık olmamakla beraber insanların izin almadan gelip gidebileceği tarla, harman, bağ, bahçe gibi yerler de aleni yerlerden sayılabilir. Buna karşılık, herkesin izin almadan girme imkânının olmadığı iş yerleri, belirli üyelik veya koşullar sağlanarak girilebilen dernek ve kulüp gibi yerler aleni sayılmayabilir.<sup>213</sup> Belirtmek gerekir ki, hakaret suçunun alenen işlenmiş sayılacağı yerlerin önceden sayma yoluyla belirlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple suçun alenen işlenip işlenmediğinin tespiti için yukarıda yer verilen ölçütlere göre araştırma yapılarak somut olayın özelliklerine göre karar verilmeli, bu konuda bir tereddüt varsa, taraf anlatımları, tanık beyanları ve gerekirse keşif yapılarak aleniyet unsurunun var olup olmadığı belirlenmelidir.<sup>214</sup>

Aşağıda ayrı bir başlık altında değinileceği üzere, bazı benzerliklerine rağmen ihtilat ile aleniyet kavramları birbirinden farklıdır. Hakaret suçu, belirsiz sayıda kişinin bulunma imkânı olan bir ortamda işlendiğinde aleniyet gerçekleşmiş kabul edilebilirken, ihtilat için suçun en az üç kişiye ulaşması zorunludur.<sup>215</sup> Bu bağlamda, üç kişi ile ihtilat unsuru aranan gıyapta hakaret, bu sayıya ulaşan bir ortamda alenen işlenebileceği gibi (sanığın kamuya açık bir ortamda üç kişiyle aynı masada otururken mağdura hakaret etmesi) aleni olmayan bir yer ve şekilde de (sanığın evde üç misafiri ile otururken huzurda olmayan mağdura hakaret etmesi) işlenebilir.

<sup>212</sup> Emine Ülker Tarhan, Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları, Ankara 2007, Yetkin Yayınevi, s.309.

<sup>213</sup> Kayaççek, s.164.; Coşkun, 140.

<sup>214</sup> Coşkun, 140.

<sup>215</sup> Coşkun, 141.

## VII- Aleniyet ve İhtilat Farkı

Kanun koyucu TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde hakaret suçunun gıyapta işlenmesi için, fiilin en az üç kişiyle ihtilat edilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

İhtilat, "karışım, karıştırma" anlamına gelen Arapça "halt" sözcüğünden türemiş olup "karşılıklı görüşme" anlamına gelmektedir.<sup>216</sup> Hakaret suçu bakımından ihtilat, failin toplu veya dağınık halde bulunan en az üç kişiyle iletişim kurarak, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici fiil veya sözleri bu kişilere herhangi bir şekilde aktarması anlamına gelmektedir.<sup>217</sup> Her ne kadar ihtilat, sözlük anlamı 'karşılıklı görüşme' anlamına gelmekte ise de, ceza hukukundaki anlamı farklı olup gıyapta hakaret suçunun oluşması için aktarımın mutlaka karşılıklı olması gerekmektedir.<sup>218</sup>

İhtilat kavramı, 765 sayılı mülga TCK'nın ilk halinde, hakaret ve sövmenin "birkaç kişi" tarafından duyulması şeklinde düzenlenmiştir. Bu dönemde, önceleri kanunun lafzına önem verilmiş, iki kişiyle ihtilat edilmesinin suçun oluşumu için yeterli olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, bu görüş, Yargıtay tarafından kabul edilmemiş ve gıyapta hakaret suçunun oluşması için üç kişiyle ihtilatın gerçekleşmesi aranmıştır. Mülga TCK hükmü daha sonra uygulamaya paralel olarak ihtilat için üç kişinin aranması şeklinde değiştirilmiştir.<sup>219</sup> Kanun koyucu, 5237 sayılı yeni TCK'daki hüküm ve öteden beri devam eden yeknesak uygulamaya uygun olarak açık bir şekilde hakaret suçunun oluşumu için fiilin en az üç kişiyle ihtilat edilerek işlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

İhtilatın hukuksal niteliği tartışmalıdır. Bir görüş, üç kişiyle ihtilatın objektif cezalandırılabilme koşulu olduğunu ileri sürmektedir.<sup>220</sup> Diğer bir görüş, üç kişiyle ihtilat edilmesinin, gıyapta hakaret suçunun bir unsuru olduğu yönündedir.<sup>221</sup> Aleniyet kavramı başlığı altında değinildiği üzere, ihtilatın hukuksal niteliği yalnızca teorik bir tartışma

<sup>216</sup> Türay/Erdoğan, s.1347.

<sup>217</sup> Sınar, s.87.; Utku Coşkuner Sakarya, "Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, S.2, s.413.; Türay/Erdoğan, s.1348.

<sup>218</sup> Türay/Erdoğan, s.1348.

<sup>219</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Türay/Erdoğan, s.1347.

<sup>220</sup> Koca/Üzülmez, s.479.

<sup>221</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.602.



olmayıp, suçun oluşup oluşmadığı, suçun tamamlanma anının tespiti ve suçun özel görünüş biçimlerinin yorumlanması gibi pratik hususlar bakımından da önem taşımaktadır.<sup>222</sup>

Yukarıda açıklandığı üzere, aleniyet, fiilin başka kişilerce algılanabilme imkanına bağlı bir kavram olup, ihtilat ile arasındaki temel fark buradan kaynaklanmaktadır.<sup>223</sup> Yani, aleniyet için hareketin algılanabilmesi yeterliyken, ihtilatta suçun (hareketin) algılanabilme imkânı yeterli değildir. İhtilatın varlığı için hareketin mutlak surette üç kişi tarafından algılanmış olması gerekmektedir.<sup>224</sup> Örneğin failin sokağa astığı bir afişi yalnızca iki kişinin görmesi halinde aleniyet mevcuttur, ancak bu durumda ihtilat unsuru gerçekleşmemiştir.<sup>225</sup>

### VIII- Basın-Yayın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçunda Aleniyet

TCK'da yer alan birçok suç, basın-yayın yoluyla (araç olarak kullanılmak suretiyle) işlenebilmektedir. Dolayısıyla, basın suçlarında ceza sorumluluğu denilince hem basın suçlarının hem de basın yoluyla işlenen suçların ayrı ayrı göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda basın suçları, sadece basın yoluyla işlenen suçları ifade ederken, basın yoluyla işlenen suç ise, başka yolla işlenmesi mümkün olan bir suçun, basın aracılığıyla işlenmesi olarak anlaşılmalıdır.<sup>226</sup>

Hakaret suçu da basın yoluyla işlenmesi mümkün olan suçlardanır. Mülga 765 sayılı TCK döneminde, 480, 482 ve 268. maddelerinin dördüncü fıkraları doğrultusunda, hakaret suçu "umuma neşir veya teşhir olunmuş yazı veya resim veya sair neşir vasıtasıyla" işlendiğinde yayın yoluyla işlenmiş sayılmıştır. Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'nın TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasının (5377 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile değiştirilmeden önceki) ilk halinde, "ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında arttırılır" şeklindeki düzenlemesiyle hakaret suçunun alenen ve basın yayın yoluyla işlenmesi ayrı ayrı cezayı arttıran haller

<sup>222</sup> İhtilatın hukuksal niteliği ve bu konudaki tartışmalar için bkz. Türay/Erdoğan, s.1347.

<sup>223</sup> Hafizoğulları/Özen, s.238.

<sup>224</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.605.

<sup>225</sup> Türay/Erdoğan, s.1350.

<sup>226</sup> Kayıhan İçel, Kitle Haberleşme Hukuku, Basın Radyo-Televizyon Sinema İnternet, Beta Yayınları, 1998, s.230-231.

olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, basın ve gazetecilik meslek örgütleri ve çevrelerinden gelen tepkiler üzerine 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile "Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda bir oranında artırılır." şeklinde değiştirilmiş, suçun basın yayın yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı hal olmaktan çıkarılmıştır.<sup>227</sup>

TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında 5377 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir: "*basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde*" cümlesi metinden su gerekçe ile çıkarılmıştır. "*Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hali de aleniyetin gerçekleşmiş şekillerinden birini oluşturmaktadır. Hakaret suçuyla ilgili olarak aleniyet, bir nitelik unsur olarak belirlendiği için, söz konusu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, bu suç açısından ayrı bir nitelikli unsur olarak görülmemiştir. Belirtilen nedenle, hakaret suçunun tanımlandığı 125. maddenin 4. fıkrasında bu yönde değişiklik yapılması gereği hasıl olmuştur*". Görüldüğü üzere, bu değişikliğin gerekçesi, aleniyetin bir nitelikli hal olarak belirlenmesi karşısında suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesinde artırıma gerek görülmemesi şeklinde açıklanmıştır. Öğretide, haklı olarak aleniyet unsurunun varlığı nedeniyle bu değişikliğin basın ve yayın yoluyla işlenen suçlar için cezanın ağırlaştırılması sistemini değiştirmediği, sadece cezanın artırım oranını azalttığı dile getirilmiştir.<sup>228</sup>

Bu değişiklikten sonra hakaret suçlarının basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda alenen işlenip işlenmediği sorunu gündeme gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, günümüzde, bu suçların çok büyük bir kitlelere ulaşma aracı olan basın ve yayın yoluyla işlenmesi sık karşılaşılan bir olgudur. Bu durumda, hakarete uğrayan mağdurların daha korumasız ve savunmasız kalacağı, suç nedeniyle oluşacak tehlike ve zararın da daha büyük olacağı açıktır. Bu sebeple artırım nedeni olan aleniyet unsuru ile basın ve yayın yoluyla işlenme arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır.

Aleniyet ile 'basın ve yayın yoluyla işlenme' arasındaki ilişkinin açıklanabilmesi için öncelikle 'basın ve yayın yolunun' tespiti yapılmalıdır. TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesinde "*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracılığıyla yapılan yayınların anlaşılacağı*" ifade edilmiştir. Bu durumda

<sup>227</sup> Ayrıntılı açıklama için bkz. Sezen, s.103.

<sup>228</sup> Hafızoğulları/Özen, s.238.

bir suçun yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracılığıyla işlenmesi basın ve yayın yoluyla işlendiğini ortaya koymaya yeterlidir. Kanun koyucu, yukarıdaki tanımla yetinmemiş, hakaret suçları ile ilgili olarak TCK'nın 125. maddenin 2. fıkrasında "*Fülin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur*" şeklinde ayrı bir düzenleme yapmıştır. Esasında, 'basın ve yayın yoluyla işlenen' hakaret suçu doğası itibarıyla 'sesli, yazılı veya görüntülü bir ileti' ile işlenmiştir, dolayısıyla bu vasıtalarla işlenen her suç alenen işlenmiş kabul edilmelidir.<sup>229</sup> Örneğin failin bir televizyon programına mağdura hakaret etmesi halinde suç alenen işlenmiş sayılmalı ve aleniyet nedeniyle cezada artırım yapılmalıdır.<sup>230</sup> Bu bağlamda, hakaret suçunun aleni olarak işlendiğinin kabulü için basılı eserin yayımlanmasının zorunlu olduğu ileri sürülmüştür.<sup>231</sup> Basın Kanunu'nun 2. maddesinde, yayım terimi basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması olarak tanımlanmış olup, içeriğinde hakaret bulunan bir eserin kamuoyunun bilgisine ulaşip ulaşmadığı yani mağdurun eserin fikri içeriğini öğrenme imkanına kavuşup kavuşmadığına bakılmalıdır.<sup>232</sup>

Burada son olarak, Basın Kanunu hükümlerine göre ceza sorumluluğunu kısaca incelemek uygun olacaktır. Daha önce değinildiği üzere, 5187 sayılı Basın Kanunu objektif sorumluluğa benzeyen hükümlere yer vermiş, bu husus ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>233</sup> Gerçekten, Basın Kanunu'nun 11. maddesi "*Basılmış eserler yoluyla işlenen suç, yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması ...hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Süresiz yayınlarda, eser sahibinin belli olmaması ... hallerinde yayımcı, yayımcının belli olmama-*

<sup>229</sup> Hafızoğulları/Özen, s.238.; Coşkun, 142.

<sup>230</sup> Coşkun, s.143.

<sup>231</sup> Müyesser Karagöz, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasında Hakaret Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.151.

<sup>232</sup> Karagöz, s.151.

<sup>233</sup> Koca/Üzülmez, s. 429.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.487.; Yenidünya/Alşahin, s.46.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.426.; Tezcan/Erdem/Önok, s.588.

sı ... hallerinde ise basımcı sorumlu olur" şeklindedir. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, cezai sorumluluk öncelikle eser sahibine yüklenmiş, ancak ilerleyen fıkralarda belli şartlarda eser sahibi dışındaki kişilerin sorumluluğu öngörülmüştür.

### IX- İnternet ve Sosyal Medya Aracılığıyla İşlenen Hakaret Suçunda Aleniyet

İnternet; ses, yazı ve görüntüyü de içerebilen çok yönlü iletişim aracıdır. Günümüzde internet veri ve bilgi paylaşımı yanında, ticari ve sosyal aktiviteler için kullanılmakta olup ulusal sınırları aşarak uluslararası bir iletişim aracı haline gelmiştir. Bu araç, insanlığın uzun süredir kullandığı yöntemleri köklü bir biçimde değiştirmiş, bilgi edinme, ticaret, alışveriş, bilgileri paylaşma ve yayma, eğitim, eğlenme ve buna benzer olup kapsamı her gün genişleyen birçok kategorilerde kullanılan bir teknoloji ve araca dönüşmüştür.<sup>234</sup> İnternetin bir uzantısı olan sosyal medya ise (Facebook, Twitter, İnstagram, Youtube, Pinterest, Vine, Messenger, Snapchat, LinkedIn ve benzeri) birçok sosyal ağı bünyesinde barındıran ve bu ağlara üye olan insanların bir araya gelerek iletişim kurabildikleri, bu kapsamda sosyal, kültürel, eğitim, ticaret ve benzeri birçok alanda bilgi paylaştığı iletişim ağlarını kapsayan bir alan olarak tanımlanmaktadır.<sup>235</sup>

Kanun koyucu, mülga 765 sayılı TCK döneminde, internet ve sosyal medya üzerinde veya bunlar aracılığıyla işlenen hakaret suçları konusunda özel bir düzenleme öngörmemiştir. Benzer şekilde gibi 5237 sayılı TCK'da da iletişim aracı olan internet kavramından açıkça bahsedilmemiş, ancak tanımlar başlıklı 6/1-g maddesinde "*basın ve yayın yolu ile deyiminden her türlü yazılı, görsel ve işitsel, elektronik, kitle iletişim araçları ile yapılan yayınlar*" hükmü ile elektronik kitle iletişim aracı kavramına yer vererek dolaylı olarak internete değinilmiştir. Bu düzenleme gereği internet ile yapılan yayınlar '*basın ve yayın yolu ile yapılan yayın*' sayılmıştır.<sup>236</sup>

<sup>234</sup> Sevil Yıldız, "Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2007, S.17, s.609.

<sup>235</sup> Aydın, *Sosyal Medya*, s.67.; Özdem Özaydın, "Sosyal Medya Aracılığı ile Kişilik Haklarının İhlali", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Şubat 2019, C.11, S.111, s.511vd.

<sup>236</sup> Aydın, s.72.

Bunun birlikte, internet ve sosyal medya aracılığıyla işlenen hakaret suçlarının hangi kapsamda değerlendirileceği, bu suçların aleni şekilde işlenip işlenmediği ve cezada artırım yapıp yapılmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu sorunun çözümü için öncelikle TCK'nın 125. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Failin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra belirtilen cezaya hükmolünür*” şeklindeki düzenlemeye değinmek gerekmektedir. Burada yer alan ‘sesli, yazılı veya görüntülü bir ileti’ ifadesinin, ‘internet ve sosyal medyayı’ kapsadığı kabul edilmelidir.<sup>237</sup> Bu bağlamda, internetin başkalarının algılayabileceği şekilde kullanılması suretiyle işlenen hakaret suçunda aleniyetin varlığı kabul edilmeli, yani suçun işlendiği internet (elektronik) ortamının mağdur dışında diğer kişilere (umuma) ulaşma imkânı dikkate alınmalıdır.<sup>238</sup> Öğretide, Basın Kanunu'nun 11. maddesindeki düzenleme göz önüne alınarak internet aracılığı ile yapılan yayınların, süreli yayın kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve buradaki cezai sorumluluk kurallarının hakaret suçuna kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiştir.<sup>239</sup>

Buna karşın internet veya sosyal medya ağlarındaki bazı durumların dikkatle ele alınmasında yarar bulunmaktadır. İnternet veya sosyal medya ağlarında, fail mağdur ile bir ağ üzerinden bir etkileşime geçerek hakaret içerikli ses, görüntü, yazışma, çizgi veya video gibi iletleri paylaşabilmekte veya mağdura gönderebilmektedir. Burada suçun oluşması açısından önemli olan husus, failin, mağduru hedef alması ve mağdurun onur, şeref, haysiyet değerlerine ilişkin açık bir saldırıda bulunma kastı ile hareket etmesidir. Fail, bu hedef, amaç ve kasıtlı hareket ederek, internet veya sosyal medya ağlarını da kullanarak mağdur dışında başkalarının öğrenme ve algılama imkanının var olduğu veya bunun açıkça kabul edildiği durumlarda hakaret suçunun aleni şekilde işlendiğinin kabulü ile cezasının artırılması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Buna karşın, örneğin failin e-mail veya doğrudan mesaj gibi yöntemle sadece mağdurun bilgisine sunduğu hakaret içerikli iletlerde, aleniyet unsurunun gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Bu tür durumlarda elektronik ortamda kullanılan yöntem ve araçların

<sup>237</sup> Mustafa Özen, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, S.75, s.103.; Aydın, s.72.

<sup>238</sup> Coşkun, s.143.; Aydın, s.73.

<sup>239</sup> Özen, s.105.

(iletinin aktarım ve ulaşım şekli), yani suçun işlenmesi sırasında failin mağdur ve diğer muhataplarla olan ilişki biçiminin dikkate alınması gerekmektedir.

Çoğu zaman internet ve sosyal medya ağlarının sunduğu imkanlardan faydalanarak bireylerin kişilik haklarını ihlal eden ve hakaret suçunu işleyen failer teknik imkanların yetersiz kalmasından dolayı tespit edilememekte veya yetki ihtilafları gibi birçok nedenle soruşturma süreçleri uzayabilmektedir. Bu bağlamda devletler, bu sorunların çözümü için hukuki düzenlemelere gitmektedir. Ülkemizde de internet ve sosyal medya ortamında ortaya çıkan bazı sorunları çözmek için 5651 sayılı (İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında) Kanun çıkarılmış, bu düzenleme 23.05.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Gerçekten gelişen teknoloji çağının bir sonucu olarak her alanda yoğun olarak kullanılan interneti hukuki olarak denetim altına almak bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür bir sınırlandırma ve düzenleme olmaması halinde, kötü niyetli kullanıcıların elinde adeta bir silaha dönüşebilen internet ve sosyal medya birçok alanda bireylerin mağduriyetine sebep olma tehlikesini taşımaktadır. Ceza hukuku ile ilgili yaptırımları olmamasına karşın kişilik haklarına saldırı durumunda erişimin engellenmesi dahi birçok düzenlemeyi içeren bu kanun, bu tür mağduriyetleri kaldırmayı amaçlamaktadır.<sup>240</sup>

#### **X- Hakarete İlişkin Diğer Suçlarda Aleniyet**

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, aleniyet kanun koyucunun takdirine bağlı olarak suçun cezasını artıran bir neden (nitelikli hal) veya suçun unsuru olarak düzenlenebilmektedir. Türk kanun koyucusu, TCK'nın 125. maddesinde olduğu gibi hakaret suçuna benzeyen bazı suçlarda aleniyeti bazen suçun ağırlaştırıcı nedeni, bazen de unsur olarak değerlendirmiştir.

Kişinin hatırasına hakaret başlıklı TCK'nın 130. maddesinin 1. fıkrasında; *"Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri ora-*

<sup>240</sup> Bu kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s.82 vd.

nında artırılır.” düzenlemesine yer vermiştir. Görüldüğü üzere, genel hakaret suçunda olduğu gibi, aleniyet, burada suçun cezasını artıran bir neden (nitelikli hal) olarak düzenlenmiştir.<sup>241</sup> Kanun koyucu tarafından aleniyetin ağırlaştırıcı neden olarak düzenlediği bir başka suç, Cumhurbaşkanına hakaret suçudur. TCK’nın 299. maddesine göre “(1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır. (3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”. Kanun koyucu Cumhurbaşkanına hakaret suçunda, aleniyeti, genel hakaret suçuna benzer şekilde ağırlaştırıcı neden olarak benimsemiştir.<sup>242</sup>

Buna karşılık, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlıklı TCK’nın 216. maddesinin ikinci fıkrasında; “Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindeki hükümle aleniyet suçun unsuru olarak öngörülmüştür.<sup>243</sup> Yani halkın bir kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanılarak aşağılanması ancak aleni olarak gerçekleştirildiğinde cezalandırma yoluna gidilebilecektir.

Aleniyetin suçun unsuru olarak düzenlendiği bir başka suç, TCK’nın ikinci kitabının “Millete ve Devlete Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı dördüncü kısmının “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını aşağılama suçudur. Yukarıda değinildiği üzere, hakaret suçunda korunan hukuki değer bireyin şeref varlığıyken, TCK’nın 301. maddesinde Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türkiye Büyük Millet Meclisi, devletin yargı organları, askeri ve emni-

<sup>241</sup> Hafızoğulları/Özen, s.239.; Coşkun, 182.

<sup>242</sup> Coşkun, 191.

<sup>243</sup> Hakaret suçu TCK’nın ikinci kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde düzenlenmişken, halkı aşağılama suçu ikinci kitabın “Topluma Karşı Başlıklı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu farklılığın temelinde suçla korunan hukuki değer bulunmaktadır, hakaret suçu bireyin şeref varlığını korumayı amaçlarken, halkı aşağılama suçunda korunan toplum(kamu) barışıdır. Bkz. Coşkun, 182.



yet teşkilatının toplum nezdindeki saygınlığıdır.<sup>244</sup> Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, TCK'nın 301. maddesindeki suçun oluşumu için "aleniyet" zorunlu bir unsur olup, hüküm, aleniyeti cezayı artıran bir neden sayan TCK'nın 125/4. maddesinden bu yönüyle ayrılmaktadır.<sup>245</sup>

Son olarak, aleniyet açısından Atatürk'ün hatırasına hakaret suçuna değinmek gerekir. Kanun koyucu, Atatürk'ün hatırasına hakareti 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun ile özel olarak düzenlemiştir. 5816 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmü yer almaktadır. Hakaret suçunda genel olarak bireylerin şeref varlığı ve değeri korunmaktayken, bu Kanun ile Atatürk'ün Türk toplumu nezdindeki manevi şahsiyeti koruma altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, burada aleniyet, söz konusu suçun unsuru olup fiilin aleni şekilde gerçekleşmesi zorunludur.

Yargıtay 5816 sayılı Kanun ile ilgili bir kararında; "Sanığın paylaşımları herkese açık olan ve herkes tarafından görüntülenen... uzantılı facebook sosyal paylaşım sitesinde Mustafa Kemal Atatürk ile ilgili, ...kullanıcı isimli şahıs tarafından yapılan...şeklindeki yorumları paylaştığı, yorumların bir bütün olarak değerlendirildiğinde ağır eleştiri sınırını aşarak Mustafa Kemal Atatürk'ün onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyuta ulaştığı, böylece sanığa atılı suçun sübuta ulaştığı" şeklinde kararı ile sosyal medya üzerinden eleştiri boyutunu aşar nitelikte yayında aleniyet unsurunun varlığını kabul ederek suçun oluştuğuna karar vermiştir.<sup>246</sup>

## XI- Uygulamada Aleniyete İlişkin Bazı Sorunlar

Bu başlık altında, uygulamada hakaret suçunda aleniyet konusunda yaşanan bazı sorunlara ve bu kapsamda bazı Yargıtay kararlarına değinilecektir.

<sup>244</sup> Burada doğrudan bu organlara yönelik eylemler cezalandırılmıştır. Eğer bu eylemler organların mensuplarına yönelmişse bu durumda görevleriyle ilgili olmak kaydıyla TCK'nın 125/3-a maddesindeki suç oluşabilecektir. Bkz. Coşkun, 193.

<sup>245</sup> Coşkun, 193.

<sup>246</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 2015/4079 Esas, 2015/3235 Karar Sayılı, 12.10.2015 tarihli kararı ve değerlendirmesi için bkz. Coşkun, 194.

Aleniyetin hukuki niteliği başlığı altında açıklandığı üzere, hakaret suçu açısından aleniyet varlığı için, bu suçun belirli olmayan sayıda kişi veya kişiler tarafından işitilmesi, görülmesi veya algılanabilmesi, yani mağdur dışında kişilerin öğrenilmesi gerektiği genellikle kabul edilmektedir.<sup>247</sup> Bu tür durumların sayma yoluyla belirlenmesi mümkün olmadığından suçun alenen işlenip işlenmediğinin tespiti için somut olayın özelliklerine bakılması gerektiğine, bu konuda bir tereddüt oluştuğunda delil kapsamına yani taraf anlatımlarına, tanık beyanlarına ve gerektiğinde keşif yapılarak karar verilmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik. Yargıtay'ın da hakaret suçuna ilişkin bazı kararlarında aleniyet unsurunun oluşup oluşmadığını bazı ölçütler kullandığını görmekteyiz.

Yargıtay, kanaatimizce isabetli ölçütlerin kullanıldığı kararlarında *“TCK'nın 125/4. maddesinde ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi ve herkes tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, somut olayda sanığın eylemini, cezaevinde revirden çıkarken gerçekleştirmesi karşısında, aleniyet unsurunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden, TCK'nın 125/4. maddesinin uygulanması”* şeklinde tespitlere yer vermiştir.<sup>248</sup> Aynı ölçütlerin kullanıldığı bir başka kararda *“TCK'nın 125/4. maddesinde ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi ve herkes tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, somut olayda sanığın eylemini, gümrük muayene odasında gerçekleştirmiş olması karşısında, aleniyet unsurunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeden, TCK'nın 125/4. maddesinin uygulanması”* denilmiştir.<sup>249</sup> Benzer bir başka kararda aynı ölçütler kullanılmış, failin eylemini, hastane yoğun bakım ünitesinde gerçekleştirmiş olması karşısında, aleniyet unsurunun olayda gerçekleşmediğine karar verilmiştir.<sup>250</sup>

<sup>247</sup> Bkz. Kayañççek, s.164.; Coşkun, 140.

<sup>248</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2020/11171 E., 2021/8675 K. sayılı 10/03/2021 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

<sup>249</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2020/14840 E., 2021/15216 K. sayılı 24/05/2021 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

<sup>250</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2020/18640 E., 2021/20152 K. sayılı 21/06/2021 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

Yargıtay bazı kararlarında ise, herhangi bir ölçüte yer vermeden, hakaretin gerçekleştiği yeri, yani somut olayın özelliklerine göre aleniyetin varlığını tespit etmektedir.<sup>251</sup> Örneğin cezaevi içinde veya apartman koridorunda gerçekleşen hakaret fiilinde aleniyet unsurunun gerçekleşmediğine karar vermiştir.<sup>252</sup> Apartman boşluğunda gerçekleşen bir hakaret suçunda aleniyetin gerçekleşip gerçekleşmediği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına konu olmuş,<sup>253</sup> kararda öğretideki ölçütlere atıf yapılmak suretiyle “*Apartman boşluğunda işlenen hakaret suçunda aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği; 5237 sayılı TCK'nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında hakaret suçunun alenen işlenmesi, bu suçun nitelikli bir şekli olarak kabul edilmiştir. Bu fıkra ile ilişkili madde gerekçesinde, aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması şeklinde belirtilmiştir. Hakaret suçunun, belirsiz sayıdaki kişiler tarafından işitilebilecek, görülebilecek ve algılanabilecek bir ortamda veya çok sayıda kişinin öğrenmesini sağlayacak herhangi bir araçla işlenmesi halinde, aleniyet vardır. Aleniyetin varlığı için, çok sayıda insanın hakareti öğrenmesinin olanaklı olması yeterlidir; söylenenlerin fiilen duyulması şart değildir. Aleniyet halinde, mağdur, hakaretin az sayıda kişi önünde gerçekleşmesine oranla, daha fazla rencide olacağı için, bu nitelikli hâl ka-*

<sup>251</sup> Bu husus, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2020/13793 E. , 2021/16203 K. sayılı 27.05.2021 tarihli kararında “somut olayda hakaret eyleminin karakolun hangi bölümünde gerçekleştiği kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenip aleniyet unsurunun ne şekilde gerçekleştiği tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile CK'nın 125/4. maddesinin uygulanması”, aynı Daire'nin 2020/19738 E. , 2021/15768 K. sayılı 26.05.2021 tarihli kararında, “sanığın eylemini yoğun bakım önünde gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında, suçun işlendiği yerin niteliği tespit edilip, aleniyet ögesinin ne şekilde oluştuğu tartışılıp açıklanmadan, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle”, aynı Dairenin 2020/14147 E. , 2021/15828 K. sayılı 26.05.2021 tarihli bir başka kararında “olayın geçtiği yerin acil servisin hangi bölümü olduğunun anlaşılabilmesi karşısında, öncelikle suç yerinin tespit edilmesi ve sonucuna göre aleniyet ögesinin oluşup oluşmadığının tartışılması gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle sanık hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması” şeklinde açıkça vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

<sup>252</sup> Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/694 E., 2015/3989 K. sayılı 02.07.2015 tarihli, 8. Ceza Dairesi'nin 2019/15523 E., 2021/15126 K. sayılı 31.05.2021 tarihli, 4. Ceza Dairesi'nin 2020/32819 E., 2021/16839 K. sayılı 31.05.2021 tarihli, 2. Ceza Dairesi'nin 2009/38440 E., 2011/17768 K. sayılı 07.07.2011 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

<sup>253</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014/757 E. , 2017/113 K. sayılı 14.02.2017 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

bul edilmiştir. (Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayınevi, 3. Baskı, 2016, s. 235). Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde de alenen işlendiği kabul edilmelidir. Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Sanığın hakaret fiilini apartman boşluğunda gerçekleştirdiği olayda; apartman boşluğunun herkese açık bir yer olmayıp, apartman sakinlerinin kullanımına mahsus olması ve apartman boşluğunda söylenen sözlerin herkes tarafından duyulma imkânının bulunmaması karşısında, aleniyet unsuru oluşmadığı halde hakaret suçunun alenen işlendiği kabul edilerek sanığın cezasında artırım yapılması yasaya aykırıdır. Belirtilen nedenlerle, hakaret suçunun işlendiği apartman boşluğunun aleni yer olmadığı gözetilmeden, sanığın cezasında TCK'nın 125. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca artırım yapılması yasaya aykırı olduğundan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının bu yönünden değişik gerekçe ile kabulüne karar verilmelidir" şeklinde tespitlere yer verilmiştir. Kanaatimizce kararda yer alan 'herkes tarafından duyulma imkânının bulunmaması' ölçütü isabetli bir ölçüt olup, özellikle aleniyet için hakareti birden fazla kişinin duymasının zorunlu olduğu yönündeki bazı tartışmaları ortadan kaldırmaya elverişli niteliktedir.

Yargıtay hakaret ve tehdit suçunun bir arada işlendiği olayda aleniyetin tespiti için farklı ölçütlere de yer vermiştir. Bu kararda "fail ile mağdurun içinde buldukları ortam, söylenen sözler, söylenme nedeni ve söylendiği koşullar nazara alınmalıdır. Aleniyet, belirsiz sayıda kişilerin hakaret oluşturan sözü duymalarına olanak sağlamak suretiyle suçun işlenmesini ifade eder. Failin, hakaret oluşturan sözün duyulması olanağını yaratmış olması yeterlidir. Söylenen sözün fiilen duyulmuş olup olmaması önemli değildir"<sup>254</sup> hususlarına vurgu yapılmıştır. Görüldüğü üzere, burada duyulma olanağının yeterli olduğu kabul edilmiştir. Benzer bir başka kararda "Ceza infaz kurumunun mahkûm kabul bölümünün koşul ve yer itibarıyla herkesin girip çıkabileceği yerlerden olmaması, birden fazla kişi tarafından bu sözlerin algılanabilirliğinden söz edilemeyeceğinden aleniyet unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden"<sup>255</sup> denilerek 'algılanabilirlik' ölçütüne yer verilmiştir.

<sup>254</sup> Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 2015/3129 E. , 2015/28925 K. sayılı 17.09.2015 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

<sup>255</sup> Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin 2015/15114 E. , 2015/6580 K. sayılı 12.11.2015 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

İnternet veya sosyal medya yoluyla işlenen hakaret suçlarında, failin elektronik ortamda kullandığı yöntem ve araçların (iletinin aktarım ve ulaşım şekli), yani suçun işlenmesi sırasında failin mağdur ve diğer muhataplarla olan ilişki biçiminin dikkate alınması gerektiğine ilgili başlık altında değinmiştik. Yargıtay da, konuya ilişkin bir kararında failin facebook isimli sosyal paylaşım sayfasında katılana hitaben yazılar yazması şeklindeki eyleminde, facebook sayfasının herkese açık olup olmadığı, yazıların herkes tarafından görülme olanağı olup olmadığı belirlendikten sonra aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdir edilmesi gerektiğine karara vermiştir.<sup>256</sup>

Burada son olarak, ihtilat ile aleniyet arasındaki farka ilişkin Yargıtay uygulamasına değinmekte yarar bulunmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlıkta *"Aleniyet ve ihtilât farklı kavramlardır. Aleniyet, belirsiz sayıdaki kişilerin hakaret suçunu oluşturan sözü duymasına ve algılamasına olanak sağlayacak şekilde suçun işlenmesini ifade eder. Söylenen sözün fiilen duyulup duyulmadığı önemli olmayıp böyle bir olanağın yaratılması yeterlidir. Bir başka deyişle, aleniyetin varlığı için birçok kişinin hakaret suçunu işitebilme ihtimali yeterli olup, umumi yerde bulunmaları ve söylenen sözleri fiilen duymaları şart değildir. Aleniyet suçun şiddet sebebidir. İhtilât ise gıyapta hakaret suçunun unsurudur. İhtilâtın niteliği, fiilin başkaları tarafından duyulup, bilgi edinilecek şartlar içinde işlenmesidir. Aleniyette ise esas olan, suçun başkaları tarafından görülüp işitilebilecek surette işlenmesidir. Somut olayda, olay günü sanığın dükkanının önünde etrafa doğru yüksek sesle bağırarak T. C. Başbakanı ... ve ailesine yönelik olarak sinkaflı sözlerle hakaret ettiği, olay yerinde yapılan keşifte sanığın marketinin yol üzerinde olup marketin karşısında benzinlik, benzinliğin*

<sup>256</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2020/13156 E., 2021/14426 K. sayılı 18/05/2021 tarihli kararı. Benzer bir başka kararda "Sanığın facebook isimli sosyal paylaşım sayfasında katılana hitaben yazılar yazması şeklindeki eyleminde, facebook sayfasının herkese açık olup olmadığı, yazıların herkes tarafından görülme olanağı olup olmadığı belirlendikten sonra aleniyet unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden" şeklinde açıklamalara yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2020/13156 E., 2021/14426 K. sayılı 18.05.2021 tarihli kararı. Aynı Daire'nin 2020/20020 E., 2021/13547 K. sayılı 04.05.2021 tarihli bir başka kararında "Hakaret suçunun, telefonda işlendiği, bu itibarla aleniyet unsurunun koşullarının oluşmadığı gözetilmeden, TCK'nın 125/4. maddesinin uygulanması tespitlerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama.

yanında emlakçı dükkânı ve inceleme dışı olayın katılanı ...'ın çalıştığı Aziz Gıda isimli marketin bulunduğu, sanığın marketinin yanında kuaför, bakkal ve kasap dükkânının olduğu, yoldan sürekli arabaların ve insanların geçtiği, herkesin söylenen sözleri duyabileceği bir ortam olduğunun tespit edildiği, umumi bir mahalde ikiden fazla kişinin duyabileceği biçimde bir kişiye hakaret edilmesi hâlinde ihtilâl unsurunun gerçekleşmiş olacağı, her ne kadar dosyada sanığın hakaret içeren sözlerini duyan iki kişinin beyanı bulunmakta ise de, sanığın hakaret içeren sözlerini başkalarının duyabileceği bir yerde, yüksek sesle ve etrafındakilerin duyabileceği şekilde söylemiş olması nedeniyle olayda ihtilâl unsurunun oluştuğu, bu itibarla sanığın eyleminin TCK'nın 125/3-a ve 125/4. maddelerinde düzenlenen kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturduğu" hususlarına vurgu yapılmıştır.<sup>257</sup> Kanaatimizce burada isabetli tespitlere yer verilmiş ise de, ihtilâl ve aleniyet kavramları birbirine karıştırılmıştır. İhtilâl için ikiden fazla kişinin eylemi algılaması zorunlu olup, bunun ihtimal dâhilinde olması ihtilâl için yeterli kabul edilmemelidir. Şartları varsa 'algılanma imkân ve ihtimali' ancak aleniyet için geçerli bir ölçüt olup, kararda çelişkili ifadelerin kullanılmış olması isabetli olmamıştır.

Yargıtay yazılı olarak gönderilen ve hakaret içeren dilekçe ile işlenen hakaret suçunda da aleniyetin gerçekleşmediğine karar vermiştir. Kararda, " aleniyet unsurunun gerçekleşmesi için ise, olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, somut olayda cezasını infaz etmekte olan sanığın mahkemeye hitaben yazdığı dilekçe ile gerçekleştirdiği eyleminde aleniyet unsurunun ne şekilde gerçekleştiği karar yerinde tartışılmadan, eksik inceleme ile hüküm kurulması" şeklinde tespitlere yer verilmiştir. Kanaatimizce bu tespit suçun manevi unsuru açısından da isabetli olup, aleniyet kastı olmayan failin cezasının ağırlaşmasının önüne geçmeyi sağlamıştır.

## Sonuç

Hakaret suçu Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabında "Kişilere Karşı Suçlar"a dair ikinci kısmın sekizinci bölümünde "Şerefe Karşı

<sup>257</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2018/75 E., 2018/189 K. sayılı 24.04.2018 tarihli kararı. Bkz. Yargıtay Başkanlığı Web Sitesi Karar Arama



Suçlar" başlığı altında, 125 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.765 sayılı mülga TCK'da "hakaret ve sövme cürümleri" ayrımı kaldırılarak sövme hakaret suçunun seçimlik hareketi olarak öngörülmüştür.

Hakaret suçu mağdurun huzurunda veya gıyabında işlenebilmektedir. Gıyapta ve huzurda hakaret arasındaki ayırımı belirleyici kriter, ifadenin doğrudan doğruya, yani herhangi bir aracıya gerek kalmaksızın mağdur tarafından algılanmasıdır. Kanun gıyapta hakaret için ihtilat unsuruna yer vermiştir. Bu kapsamda, ihtilat, failin toplu veya dağılık halde bulunan en az üç kişiyle iletişim kurarak, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici fiil veya sözleri bu kişilere herhangi bir şekilde aktarmasıdır.

Hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı; din özgürlüğünün kullanılması dolayısıyla, mensup olunan dine göre kutsal sayılan değerlerden söz edilerek işlenmesi ve alenen işlenmesi hallerinde ceza artırılmaktadır. Bu kapsamda, TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında hakaret suçunun alenen işlenmesi halinde, verilecek cezanın altıda biri oranında artırılacağı belirtilmiştir.

Aleniyetin hukuki niteliği konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür Bir görüşe göre, aleniyet, fiilin herhangi bir kimsenin görüp işitebileceği bir yerde işlenmiş olmasıdır. Aleniyet, suçun umumi veya umuma açık bir yerde işlenmesi yönüyle açıklanmış, bir başka görüş aleniyet için önemli olanın belirsiz sayıda kişiye ulaşma ve algılanma imkânı olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce, hakaret suçu açısından aleniyet, suçun belirsiz sayıda kişinin öğrenme veya algılama imkânı olacak şekilde suçun işlenmesi olarak tanımlanabilir.

İhtilat ile aleniyet benzer olmasına karşın farklı kavramlardır. Aleniyet, fiilin mağdur dışında başka kişilerce algılanabilme imkânı olup, ihtilat ile arasındaki fark buradan kaynaklanmaktadır. Yani, aleniyet için fiilin (hareketin) algılanabilme imkânı yeterliyken, ihtilatta fiilin (hareketin) mutlak surette (en az üç kişi) tarafından algılanmış olması gerekmektedir.

TCK'nın 125 maddesinin 4. fıkrasındaki "ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında arttırılır" şeklindeki düzenleme 5377 sayılı Kanun'un 15.



maddesi ile kaldırılmış, basın ve yayın yolu artırım nedeni olmaktan çıkarılmıştır.

TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesi "*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracılığıyla yapılan yayınların anlaşılacağı*" şeklindeki düzenleme ile basın ve yayın yolunun tanımını yapmıştır. TCK'nın 125. maddenin 2. fıkrasında "*Failin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra belirtilen cezaya hükmolunur*" biçimindeki hükümle hakaret suçu için özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeler bağlamda 'basın ve yayın yoluyla işlenen' hakaret suçları doğası itibariyle 'sesli, yazılı veya görüntülü bir ileti' ile işlenmiş sayılmalı, ayrıca bu vasıtalarla işlenen suç alenen işlenmiş kabul edilmelidir.

TCK'da hakaret suçunun internet yoluyla işlenmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesindeki basın yayın yolu tanımı ile 125. maddesinin 2. fıkrasındaki "*sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi*" şeklindeki hükmün, bu özellikleri bünyesinde barındırdığı için, yorum yoluyla, interneti de kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Burada önemli olan husus, failin, internet ve sosyal medya ağı aracılığı ile mağduru hedef alması ve mağdurun onur, şeref, haysiyet değerlerine ilişkin açık bir saldırıda bulunma kastı ile hareket etmesidir. Fail, bu hedef, amaç ve kasıtlı hareket ederek mağdur dışında başkalarının öğrenme ve algılama imkanının var olduğu veya bunun açıkça kabul edildiği durumlarda hakaret suçunu işlediğinde aleniyetin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Buna karşın, örneğin failin e-mail veya doğrudan mesaj gibi yöntemle sadece mağdurun bilgisine sunduğu hakaret içerikli iletilerde aleniyet unsuru gerçekleşmemiştir. Bu durumlarda elektronik ortamda kullanılan yöntem ve araçların (iletinin aktarım ve ulaşım şekli), yani suçun işlenmesi sırasında failin mağdur ve diğer muhataplarla olan ilişki biçiminin dikkate alınması gerekmektedir.

Yargıtay, uygulamada aleniyet ile ilgili sorunlarda öğretide dile getirilen ve yukarıda ifade edilen görüşler yanında bazı ölçütler kullanmakta, ayrıca somut olayın özellikleri dikkate alınarak aleniyetin varlığı için gerekirse keşif yapılarak karar verilmesini istemektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akdemir Çalışır Ayfer/Çalışır Kurtuluş Tayanç, Teoride ve Pratikte Hakaret Suçları, Ankara 2013.
- Aksoy İpekçioğlu Pervin, Suça Teşebbüs, Ankara 2009.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakır Ü. Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, Adalet Yayınevi, 17. bası.
- Aydın Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çeviren: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.1, İstanbul 2007, Beta Yayınları.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, 6. bası.
- Dönmezer Sulhi, "Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler" Ceza Hukuku Hususi Kısım, İstanbul 1963, 5. bası.
- Dönmezer Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1975, 4. bası.
- Erman Sahir/Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490), İstanbul 1994.
- Erman Sahir, "Hakaret ve Sövme Suçları", İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul 1989.
- Gökçen Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
- Günay Erhan, Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Basında Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 1999.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler-Temel Bilgiler Ankara, 2018, Astana Yayınları, 16. Baskı.
- İçel Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, Basın Radyo-Televizyon Sinema İnternet, 1998 Beta Yayınları.
- İçel Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul, 1972.
- Kayanççek Murat, Şerefe Karşı Suçlar, Ankara 2008, Adalet Yayınevi, 1.baskı.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017, Adalet Yayınevi, 4. bası.
- Özgenç İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası, İstanbul 1996.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, 14. baskı.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015, 9. baskı.
- Sancar Türkan Yalçın, Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2006, Seçkin Yayıncılık, 2. baskı.

- Sınar Hasan, "Hakaret", *Özel Ceza Hukuku*, C. 3, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2018, 12. baskı.
- Soyaslan Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994.
- Sözüer Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul 1994.
- Şahin Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005.
- Tarhan Emine Ülker, *Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları*, Ankara 2007, Yetkin Yayınevi.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2018, Seçkin Yayıncılık, 16. baskı.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2018, Savaş Yayınevi. (Genel Kısım)
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2018, Savaş Yayınevi, 9. baskı. (Özel Kısım)
- Tüfek Ömer Faruk, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İHAS Koruması*, 2007, Adalet Yayınları.

### **Makale ve Tezler**

- Akbulut İlhan, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, *AÜHFD*, 2003, C.52, S.1, s.167-181.
- Arısoy Mine, "Hakaret", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S.72, s.152-205
- Aydın Devrim, "Suça Teşebbüs", *AÜHFD*, 2006, S.1, C.55, s.85-113.
- Aydın Devrim, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu", *MÜHFD*, 2013, Prof. Dr. Nur Centef'e Armağan, C. 19, S.2, s.879-918. (Hakaret)
- Aydın Nuri, "Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu İşlenmesi", *Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019. (Sosyal Medya)
- Cebe Abdurrahman, "Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2011.
- Cihan Erol, "Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK m. 312)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1974, C.40, S.1-4, s.97-130.
- Çetin Erol, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008 Genişletilmiş 3. baskı.
- Çoşkun Burak "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul 2019.
- Erem Faruk, "Suça İştirak", *AÜHFD*, 1946, S.1, C.3, s.62-107.
- Erem Faruk, "Karşılıklı Tahkir", *Ankara Barosu Dergisi*, 1958, S.2, s.60-66.
- Gülseren Fehmi Şener, "Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı", *Lefkoşa Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Haziran 2014, C.5, S.1, s.32-59.
- Karagöz Müyesser, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasında Hakaret Suçu, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2010.

- Köken Enes, "Şerefe Karşı Suçlar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015, S.6, s.281-309.
- Meran Necati, Hakaret - İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama Soruşturmanın Gizliliği İhlal Suçları, Ankara, 2014, 2. baskı.
- Özaydın Özdem, "Sosyal Medya Aracılığı ile Kişilik Haklarının İhlali", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Şubat 2019, C.11, S.111, s.511-521.
- Özbek Veli Özer, "Şerefe Karşı Suçlar", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Nisan 2005, S.5, s.254-279.
- Özen Mustafa, "Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2008, S.75, s.93-108.
- Özer Ömer, Hakaret Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2009.
- Sakarya Utku Coşkun, "Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, S.2, s.411-424.
- Sezen Duygu, Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.
- Türay Aras/Erdoğan İrmak, "Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Şartının Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.21, Özel Sayı, s.1325-1374.
- Üçok Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Ankara 1946, C.III, S.1, s.365-383.
- Yenidünya Ahmet Caner / Alşahin Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S.68, s.43-93.
- Yıldız Sevil, "Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2007, S.17, s.609-623.

### İnternet Kaynakları

- <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2580.pdf> (e.t.15.05.2021)
- <https://sozluk.adalet.gov.tr/aleniyyet> (e.t.15.05.2021)
- <https://sozluk.gov.tr/> (e.t.15.05.2021)
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26> (e.t.15.05.2021)
- <http://legaldatabase.freemedia.at/legal-database/france/> (e.t.15.05.2021)
- <http://legaldatabase.freemedia.at/legal-database/france/> (e.t.15.05.2021)
- <http://legaldatabase.freemedia.at/legal-database/italy/> (e.t.15.05.2021)
- <http://legaldatabase.freemedia.at/legal-database/germany/> (e.t.15.05.2021)

# KİŞİLERİN HUZUR VE SÜKUNUNU BOZMA SUÇU BAKIMINDAN GERÇEK İÇTİMA VE FIKRI İÇTİMA KURALLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

## EVALUATION OF ACTUAL AGGREGATION AND CONCEPTUAL AGGREGATION RULES IN TERMS OF THE CRIME OF DETERIORATION OF PEACE AND ORDER

Bahar TOPSAKAL\*

**Özet:** 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 123. maddesinde hüküm altına alınan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu, doktrinde ve yargı kararlarında ekseriyetle “genel ve tamamlayıcı” bir suç tipi olarak kabul edilmektedir. Buna göre söz konusu suçu oluşturan eylemler, aynı zamanda başkaca bir suçu da oluşturuyorsa öncelikle ilgili suç kapsamında değerlendirme yapılacak ve fail hakkında ayrıca kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hüküm tesis edilmeyecektir. Tatbikatta işbu ön kabul, daima hakkaniyetli ve adaletli sonuçlar doğurmaktan uzak olup; fiilin teklifi bakımından titiz bir değerlendirme yapılmadan tek suçtan hüküm kurulması, kanun koyucunun fikri içtima düzenlemesini hüküm altına alırken güttüğü amaç ile de bağdaşmamaktadır. Çalışmada öncelikle kişilerin huzur ve sükununu bozma suçuna ilişkin genel bir çerçeveye yer verilerek, gerçek içtima ve fikri içtima kuralları detaylandırılmış; akabinde atıf yapılan suç bakımından Yargıtay kararları perspektifinde içtima uygulamalarına ve bu uygulamalara yönelik eleştiri ile önerilere yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Huzur ve Sükûn, Gerçek İçtima, Fikri İçtima

**Abstract:** The crime of deterioration of peace and order enacted in Article 123 of the Turkish Criminal Code (Turkish Law No 5237) is mostly accepted as a “general and complementary” type of crime in doctrine and judicial decisions. According to these, if the actions that constitutes the crime in question also constitutes another crime, they will be evaluated within the scope of the relevant crime first and the perpetrator will not be convicted of the crime of deterioration of peace and order. This pre-acceptance in practice is far from always producing fair and just results; giving the verdict of one crime without a meticulous evaluation in terms of the uniqueness of the act is incompatible with the aim of the lawmaker while preparing the law of the arrangement of conceptual aggregation. In this study, a general framework regarding the deterioration of

\* Avukat, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, bahar.topsakal@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8586-8997, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.05.2021, Kabul Tarihi: 26.05.2021

peace and order was firstly included, and then the rules of genuine merger and conceptual aggregation were elaborated. Subsequently, practices of real merger and conceptual aggregation in terms of this crime were shown and criticisms and proposals towards these practices were given in the light of the Court of Appeal decisions.

**Keywords:** Peace and Tranquility, Actual Aggregation, Conceptual Aggregation

## GİRİŞ

“Fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar ceza” şeklinde formüle edilebilecek olan gerçek içtimanın istisnalarından birini teşkil eden ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesinde “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”<sup>1</sup> şeklinde hüküm altına alınan fikri içtima, tek bir eylemde birden fazla suçun toplanması şeklinde tanımlanabileceği gibi “tek eylem, birden fazla suç, tek ceza” şeklinde de ifade edilebilir. Kişi hürriyetinin manevi yönü bakımından bir koruma içeren kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu, uygulamada sıklıkla fikri içtima hükümlerinin tatbik edildiği bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda işbu suçu oluşturan eylemlerin, aynı zamanda başkaca da bir suçu oluşturması halinde öncelikle ilgili suç kapsamında değerlendirme yapılacak ve fail hakkında ayrıca kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkûmiyet hükmü tesis edilmeyecektir. Her ne kadar doktrinde işbu uygulamanın özü, söz konusu suçun “genel ve tamamlayıcı” bir suç tipi olarak kabul görmesi sebebine dayandırılıyor olsa da, gerek işbu kabul gerekse Yargıtay kararlarının fikri içtima gerekçesi kanun koyucunun madde metnini düzenleyen ve içtima düzenlemesini öngören ruhu ile bağdaşmamaktadır. Çalışma içeriğinde detaylandırılacağı üzere, fikri içtimanın mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için zikredilmesi gereken en önemli şart “fiilin tekliği” olup, hukuki anlamda birden çok fiilin varlığının kabulü halinde fikri içtima hükümlerinin tatbik edilebilmesi mümkün değildir. Söz konusu çalışma, uygulamada kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından “genel ve tamamlayıcı” suç tipine de atıf yapılarak tatbik edilen içtima uygulamalarında “fiilin tekliği” kıstasından uzaklaşılmasını eleştirmekte ve bu kapsamda değerlendirmede birlik oluşturmeyen fiil gruplarının varlığı halinde

<sup>1</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/>

şartları varsa gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail hakkında hem kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hem de ilgili diğer suçtan hüküm kurulmasını önermektedir. Çalışmada sırasıyla, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından morfolojik bir inceleme yapılmış, gerçek içtima ve fikri içtima kurumlarının mevcudiyet şartları açıklanmış ve akabinde incelenen suç tipi bakımından tatbik edilen içtima uygulamalarına eleştiri ve öneriler çerçevesinde yer verilmiştir.

## I. Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 123. maddesinde *"Sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir"* şeklinde hüküm altına alınmış olup;<sup>2</sup> söz konusu norm ile bireylerin ruhsal dinginlik içerisinde ve rahatsız edilmeme güvencesi altında yaşama hakları korunmaktadır.<sup>3</sup> 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. ve 56. maddelerinde açıkça zikredildiği üzere, herkes manevi varlığını muhafaza etme ve geliştirme hakkına sahip olduğu gibi; sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına da sahiptir. Bu kapsamda bireylerin atf yapılan haklarını aktif ve verimli bir şekilde kullanabilmeleri için, kanun koyucu tarafından söz konusu hakların ihlaline yönelik fiiller suç olarak kabul edilmiş ve böylece kişi hürriyetinin manevi yönü, bir başka ifadeyle kişinin manevi özgürlüğü koruma altına alınmıştır.<sup>4</sup>

Esasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren diğer kanunlarda hüküm altına alınan suçlar bakımından bir kıyas yapıldığında; kişilerin huzur ve sükununu

<sup>2</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/>

<sup>3</sup> "Bu maddenin karşılığı, 765 sayılı TCK'nın 547. maddesinde kabahat nevinden bir suç olarak bulunmaktaydı... 765 sayılı TCK'nın 547. maddesindeki suç için cezaı yaptırım olarak onbeş güne kadar hafif hapis veya hafif para cezası öngörülmekte ve suçun kovuşturulması da re'sen idi." (Recep Gülşen, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123)", *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, s. 6-7.)

<sup>4</sup> Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 52.; Kaldı ki atf yapılan suçun 5237 sayılı Kanun'un ikinci kitabının ikinci kısmının "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünde hüküm altına alındığı değerlendirildiğinde, düzenlemenin bireyin hürriyetine yönelik bir koruma içerdiğinden şüphe duyulmamaktadır.



bozma suçu hayatın olağan akışı çerçevesinde sıkça rastlanan bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda atıf yapılan suçun, özel hayatın gizliliği, bireyin onur ve şerefi, cinsel dokunulmazlık, konut dokunulmazlığı, işyeri dokunulmazlığı, yerleşme hürriyeti, çalışma ve sözleşme hürriyeti ile sıkı bir bağ içerisinde olduğu söylenebilir. Söz konusu bağ, salt huzur ve sükunu bozmak amacıyla gerçekleştirilen fiillerin ekseriyetle başka hukuki koruma alanlarına da tesir etmesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, kişinin işyerine gidiş-geliş güzergahlarında ısrarla takip edilmesi neticesinde işini değiştirmek zorunda kalması durumunda, bireyin huzur ve sükunu ile çalışma ve sözleşme hürriyeti bakımından bir ilişki ortaya çıkacağı gibi; odası her gece karşı evin penceresinden gözetlenen bireyin konutunu başka bir yere taşımak zorunda kalması durumunda, bireyin huzur ve sükunu ile özel hayatın gizliliği ve yerleşme hürriyeti bakımından bir ilişki ortaya çıkacaktır. Muhtelif hukuki koruma alanları arasındaki işbu bağlantı, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun geniş perspektifli bir güvenceye sahip olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.<sup>5</sup>

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu, benzer nitelikler taşıdığı düşünülen ve 5237 sayılı Kanun'un 183. maddesinde hüküm altına alınan "gürültüye neden olma" suçundan ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 36. maddesinde hüküm altına alınan "gürültü" kabahatinden birçok yönden ayrılmaktadır.<sup>6</sup> Bu kapsamda kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun mağdurunun belirli bir kimse olması gerekliliği,<sup>7</sup> eylemdeki ısrarın suçun sübutu bakımından şart oluşu ve suçun ancak özel kastla işlenebileceği hususları bu noktada ayırt edici

<sup>5</sup> "Böylece işyerinde psikolojik şiddet, telefon terörü ya da ısrarlı takip gibi hiçbir suç kapsamında değerlendiremeyeceğimiz fakat iç huzura müdahale eden ihlallere karşı da ceza hukuku yaptırımları uygulanabilecektir." (Rezzan İtişgen, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, s. 109.)

<sup>6</sup> Ümit Kocasakal, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK 123)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/2, s. 116.

<sup>7</sup> "Gürültüye neden olma suçunun belli bir mağduru yoktur. Toplumda yaşayan herkes bu suçun mağduru olabilir. Gürültünün belli olmayan bir kimseye karşı yapılması bu suçun TCK'nın 123. maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan ayrılmaktadır. TCK'nın 123. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almakta iken, TCK'nın 183. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almamaktadır." (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2016/14794, 2019/31, 07.01.2019, www.kazanci.com)

nitelikler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>8</sup> Suç, faili açısından ise herhangi bir ayrık özellik göstermemektedir.

Suçun maddi (fiil-hareket) unsuru madde düzenlenmesinde, ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması şeklinde ifade edilmiştir.<sup>9</sup> Burada hükmün lafzından açıkça anlaşılacağı üzere ısrar unsuru, seçimlik olarak belirtilen hareketlerin tümü bakımından geçerlidir.<sup>10</sup> Başka bir deyişle, eylemin yalnızca bir kere gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli olmayıp, suçun sübutu için somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek şekilde birden fazla ısrarlı eylemin mevcudiyeti gerekmektedir. Diğer taraftan, her ne kadar doktrinde bazı yazarlarca<sup>11</sup> suç, genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak kabul edilmekteyse de işbu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira madde metninde suçun adı geçen niteliği hakkında herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi, madde gerekçesinde de suçun genel ve tamamlayıcı bir nitelikte olduğundan söz edilmemiştir.<sup>12</sup> Hal böyleyken, madde metninde ve gerekçesinde

<sup>8</sup> Diğer taraftan doktrinde bazı yazarlarca yukarıda atf yapılan suçların korudukları hukuki menfaatlerin de farklı olduğu ve bu bakımdan suçların ayrıştırılması gerektiği ifade edilmektedir: Gökhan Taneri, Ne Bis İn İdem ve Kanunilik İlkesine Göre Çevreye Karşı Suçlar İdari Yaptırımlar-Kabahatler, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.186 ve 293.; Ahu Karakurt Eren, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 132, 2017, s. 60-61.

<sup>9</sup> Doktrinde bazı yazarlarca (Meral Ekici Şahin, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2013, s. 21.) suçun maddi unsurunun bilhassa "aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranış" kısmı, ceza hukukunun belirlilik ilkesi açısından problemli olarak değerlendirilmiştir. Yine Şen de hukuka aykırı başka bir davranış ifadesi ile kanunilik ilkesine aykırı bir düzenleme yapıldığının altını çizmektedir. (Ersan Şen, "Özel Hayata Karşı Suçlar", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2005/3, s.711.)

<sup>10</sup> Muharrem Özen/Atacan Köksal, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, s. 484-485.

<sup>11</sup> Kocasakal, s. 131.; Yargıtay da bazı kararlarında kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu, genel ve tamamlayıcı bir suç olarak kabul etmiş ve suçun sübutu için eylemin başkaca bir suç oluşturulmaması gerektiğine işaret etmiştir. "TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç olup, bu suçun oluşması için eylemin Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerekmektedir." (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2017/1471, 2019/4815, 12.03.2019, www.kazanci.com)

<sup>12</sup> Örneğin genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak düzenlendiği konusunda doktrinde ve Yargıtay uygulamasında görüş birliği bulunan "görevi kötüye kullanma" suçunun hem madde metninde hem de madde gerekçesinde bu hususa açıkça yer verilmiştir. Fakat kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından aynı net tavrı ortaya koymak mümkün değildir.

zikredilmeyen bir hususu suçun bir niteliği-unsuru olarak kabul edip, “*eylemin başka bir suçu oluşturmaması gerektiği*” gibi bir gerekçe ile bilhassa içtima uygulamaları bakımından kanunilik ilkesine halel getirecek şekilde içtihat ve görüş oluşturmak kanaatimizce uygun değildir. Zira aşağıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere suça ilişkin böyle bir ön kabul, failin bazı eylemleri bakımından cezasızlık halini gündeme getirebilmektedir ki, bu husus ceza adaleti bakımından uygun düşmez.

Diğer taraftan suçun manevi unsuru bakımından da bir değerlendirme yapılırsa; öncelikle suçun taksirle işlenemeyeceğini ifade etmek gerekir.<sup>13</sup> Bu kapsamda suçun manevi unsuru kast olmakla birlikte, genel kast yeterli değildir. Suçun oluşması için failin sırf mağdurun huzur ve sükununu bozmak maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir.<sup>14</sup> Doktrinde bu gereklilik, amaç ya da saik olarak da ifade edilebilecek olan ve esasen doğrudan kastın bir şekli olarak tasniflendirilen “özel kast” olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>15</sup> İşbu bağlamda atf yapılan suçun oluşması için özel kastın varlığı arandığından; kişiye hakaret etmek ya da kişiyi tehdit etmek için yapılan telefon aramaları kural olarak bu suçu oluşturmayacak, şartları varsa fail hakkında ilgili diğer suçlar bakımından hüküm tesis edilecektir.<sup>16</sup>

5237 sayılı Kanun’un 26. maddesinde hüküm altına alınan “hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası” söz konusu suç bakımından en fazla gündeme gelebilecek hukuka uygunluk sebepleridir. Zira bir bireyin huzur ve sükûn hakkı, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle kişinin bu hakkına yönelik bir rızası varsa söz konusu suç oluşmayacaktır. Yine kanundan ya da örf ve adetten kaynaklanan bir hakkın kullanılması kapsamında da bilhassa eylemin belli bir mağdura yönelmemiş olması ve özel kast yokluğu da göz önüne alınarak, suçun oluşmadığından söz edilebilecektir. Örneğin bir düğün organizasyonu, tamirat işlemlerinin varlığı ya da ev taşıma gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

<sup>13</sup> Murat Yılmaz, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma*, Legal Yayıncılık, 2017, s. 29.

<sup>14</sup> Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, *Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 309.

<sup>15</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.265.

<sup>16</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.487.

Son olarak suç şikâyeteye tabi bir suç olup, yaptırımını ise madde metninde üç aydan bir yıla kadar hapis cezası şeklinde öngörülmüştür. Burada söz konusu suç tipi bakımından herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiş olması tarafımızca bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.<sup>17</sup>

## II. Gerçek İçtima-Fikri İçtima

Türk Dil Kurumu'nun güncel Türkçe sözlüğünde<sup>18</sup> "kavuşum, toplanma, toplantı" şeklinde tanımlanan içtima, ceza hukuku bakımından değerlendirildiğinde iki ayrı kurum ifade etmekte olup; bunlardan ilki "cezaların içtiması", ikincisi ise "suçların içtiması"dır. Cezaların içtiması, maddi ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan ve daha çok cezaların infazı aşamasında önem teşkil eden;<sup>19</sup> bir fail hakkında tek veya farklı yargılamalarda verilmiş olan birden fazla cezanın toplanmasına olanak sağlayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>20</sup> Bu kapsamda cezaların içtiması, öncelikle ortada birden fazla suçun bulunmasına bağlıdır.<sup>21</sup>

Suçların içtiması ise suç genel teorisi içerisinde yer alır ve içtima eden suçlardan bazılarının cezasının fail hakkında uygulanmamasına

<sup>17</sup> Örneğin suçun gece vakti işlenmesi ya da failin kamu görevlisi olması gibi bazı nitelikli hâllere yer verilmesi, ceza adaleti sistemi bakımından daha yerinde olabirdi.

<sup>18</sup> <http://www.tdk.gov.tr>.

<sup>19</sup> "Cezaların içtiması bir infaz kurumu işlemi olup, içtimaya dahil olan suçlar hukuken bağımsızlıklarını korurlar ve her suç yönünden ayrı ayrı sonuç doğururlar." (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 2014/8126 E., 2014/20012 K., 17/11/2014, www.kazan-ci.com)

<sup>20</sup> 765 sayılı Mülga Ceza Kanunu'nun 68. maddesinde açıkça hüküm altına alınan cezaların içtiması kurumuna, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmemesinin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "Ceza hukukunun temel kurallarından biri 'kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır' şeklinde ifade edilmektedir. Bunun istisnaları suçların içtiması bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Böylece verilen her bir ceza bağımsızlığını koruyacaktır. Hükmolunan birden fazla aynı veya farklı nitelikteki cezanın ne suretle infaz edileceği sorununun infaz kanununda düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle, komisyon çalışmalarında 'cezaların içtiması'na ilişkin hükümlerin metinden çıkarılması kabul edilmiştir." (İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyesi, Ankara 2005, s. 48.)

<sup>21</sup> Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 169.

yol açar.<sup>22</sup> Başka bir deyişle, suç oluşturan bir eylemin, aynı anda birden fazla normu ihlal etmiş olması veya ihlal ediyor görünmesi halinde olaya hangi normun uygulanacağı sorununun çözümünde suçların içtimalı müessesesi gündeme gelmektedir.<sup>23</sup> Doktrinde İçel ise suçların birleşmesi (yarışması, içtimalı) bakımından “kesin mahkumiyet bulunsun ya da bulunmasın işlenen suçlarda sorumluluğun ne şekilde olacağı sorunu” tanımını yapmaktadır.<sup>24</sup>

Türk Ceza Hukukuna hâkim olan temel ilke gerçek içtima olup, buna göre “kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza” meydana gelmektedir.<sup>25</sup> İşbu ilke aynı kişi tarafından birden fazla normun ihlal edilmesi durumunda her ihlal bakımından failin ayrı ayrı sorumluluğunu gündeme getirmekte, bir başka ifade ile failin cezai sorumluluğu işlenen suçların sayısına göre belirlenmektedir.<sup>26</sup> Söz konusu kurum bakımından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 42.,43. ve 44. maddelerinde hüküm altına alınan “suçların içtimalı” düzenlemeleri istisna teşkil etmekte olup, bu istisnalar dışında işlenen her bir suç açısından ayrı ayrı cezaya hükmedilecektir. Bu kapsamda, gerçek içtima ve suçların içtimalı kurumlarının aynı anda tatbik edilebilmesi hukuken mümkün değildir. Zira gerçek içtimanın mevcudiyeti halinde, birden fazla fiil, birden fazla suç ve birden fazla ceza vardır.<sup>27</sup>

Yukarıdaki paragrafta atıf yapıldığı üzere gerçek içtima ilkesinin istisnalarından biri olan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Genel Hükümler” başlıklı birinci kitabının, “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı ikinci kısmının, “Suçların İçtimalı” başlıklı beşinci bölümünde, bileşik suç ve zincirleme suç ile birlikte hüküm altına alınan “farklı nev’iden fikri içtima”;<sup>28</sup> 44. maddede “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı

<sup>22</sup> Fatma Karakaş Doğan, “Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimalı Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, s. 87.

<sup>23</sup> Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2020/7817, 2020/2297, 25.11.2020, www.kazanci.com.

<sup>24</sup> Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, 2021, s. 579.

<sup>25</sup> Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, s. 197-198.

<sup>26</sup> Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 23-24.

<sup>27</sup> Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 757.

<sup>28</sup> Doktrinde bazı yazarlar tarafından söz konusu kavramın mülga Ceza Kanunu döneminde olduğu gibi kullanılıyor oluşu, yalın ve sade bir dil seçimi bakımından problemliler olarak değerlendirilmektedir. “Konumuz açısından da aynı yol takip edilerek fikri içtima yerine, ‘şekli birleşme’ terimini kullanabilirdi.” (Mustafa

suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır"<sup>29</sup> şeklinde düzenlenmiştir.<sup>30</sup> Buna göre farklı nev'iden fikri içtimanın mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için;

- 1- Bir fiil olması,<sup>31</sup>
- 2- Bu bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması,
- 3- Failin, bu farklı suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması yoluna gidilmesi,<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Özen, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, s. 133.)  
<sup>30</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/>

<sup>30</sup> Fikri içtima, tek fiilde birden fazla suçun birleşmesi şeklinde de tanımlanabilir. Bu kapsamda "Suçların aynı olması halinde aynı nev'iden fikri içtima, farklı olması halinde ise farklı nev'iden fikri içtima söz konusudur." (Neslihan Göktürk, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtima", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2014, s.44.) Aynı nev'iden fikri içtima, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43/2. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

<sup>31</sup> "...Gerek aynı neviden fikri içtimada gerekse farklı neviden fikri içtimada mutlaka tek fiilin bulunması gerekir." (Muhammed Demirel, Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, s.1482.)

<sup>32</sup> Failin tek bir fiili ile birden fazla suçun oluşması ve fakat karşıya gelen bu suçların aynı tür ve miktarda ceza içermesi hallerinde; fikri içtima uygulaması bakımından nasıl bir yöntem izlenilmesi gerektiği hakkında Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin güncel bir kararında "TCK'nun 241. maddesinde 15.04.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle yapılan değişikliklerle, maddedeki adli para cezasının alt sınırı beş yüz gün, hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı ise 6 yıl olarak değiştirilmiş olup, bu tarihten sonra işlenen POS tefeciliği eylemlerinde TCK'nun 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı öngören TCK'nun 241. maddesiyle uygulama yapılması gerekeceği açıktır. Somut olayda suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan TCK'nun 241. maddesiyle 5464 sayılı BKKKK'nın 36. maddesinde aynı tür ve miktarda cezalar öngörülmesi nedeniyle hangi yasa ile uygulama yapılması gerekeceği soruna ilişkin olarak; Yukarıda "Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Borçlar Hukukuna Göre İrdelenmesi" başlığı altında ayrıntılı olarak irdelendiği üzere; POS tefeciliği olayında, her ne kadar görünürde bir satım akdi mevcut olsa ve suçun işlenmesinde kredi kartı araç olarak kullanılsa da, tarafların gerçek niyeti bir faiz anlaşması yapmaktan ibarettir. Üye işyeri sahibi olan fail, kart hamili ile yapmış olduğu faiz anlaşması üzerine işyerinde kurulu POS cihazı üzerinden kart hamilinin kartından -faiz ve anlaşmaya konu ödünç para miktarının toplamından oluşan- bedeli çekerek alacağını teminat altına almakta, sonra çektiği tutardan daha azını (Anlaşmaya konu ödünç para miktarını) kart hamiline nakit olarak ödemektedir. Ödünç paranın verilmesi, görünürdeki muvazaalı bir satım akdine dayanmaktadır. Buradaki muvazaa, nispi muvazaa olup; TBK'nun 19. maddesi uyarınca nispi muvazaa hallerinde görünürdeki işlem, tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığından geçersiz olup, tarafların gerçek iradelerini yansıtan alttaki gizli işlem hukuki sonuç doğuracaktır. POS tefeciliğinde tarafların gerçek iradelerini (Kastlarını) yansıtmayan görünürdeki satım işlemi geçersiz olmakla birlikte temelde gerçekleştirilmek



#### 4- Uyuşmazlığın, görünüşte içtima ilkeleri çerçevesinde çözümlenebilen bir uyuşmazlık olmaması,<sup>33</sup>

istedikleri gizli işlem (Karz akdi/ödünç sözleşmesi) varlığını muhafaza edecektir. Bu açıklamalar ışığında olay değerlendirildiğinde; POS tefeciliğinde failin kastı, tefecilik suretiyle yarar sağlamaya dönük olup, amaç suç tefeciliktir. Fail, amaçladığı bu suçu işleme yolunda birden fazla hareket yapmakta ve bu hareketlerden alacağını teminatlı hale getirmeye dönük bir kısım hareketlerle 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesinde tanımlanan suçu da işlemekte ise de söz konusu birden fazla hareket, hukuksal anlamda "Tek bir fiili" oluşturmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.07.2010 tarih ve 2010/8-51 E., 2010/162 K. sayılı kararında vurgulandığı üzere "TCK'nın 44. maddesiyle kanun koyucu 'Erime sistemini' benimsemiş olup", POS tefeciliğinde failin suç yolunda gerçekleştirdiği bir kısım hareketlerle işlediği 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesine muhalefet suçu, kastının dönük olduğu tefecilik fiilindeki teklilik nedeniyle, bu fiilin içinde erimektedir. Bu halde sanık hakkında işlemeyi amaçladığı, diğer bir ifade ile kastının dönük olduğu tefecilik suçundan uygulama yapılmalıdır. Kaldı ki TBK hükümleri de nazara alındığında maddi gerçeğin peşinde olan ceza hukukunun, eylemin nitelendirilmesinde görünürdeki işleme değil, tarafların nihai olarak gerçekleştirmek istedikleri (Kast) gizli işleme (Ödünç sözleşmesi) göre sonuca gitmesi gerektiği hukuksal mantığın bir sonucudur. VIII-SONUÇ: POS tefeciliği eylemlerinde olaya uygulanması söz konusu olan TCK'nın 241. maddesiyle korunan hukuki değerle, 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesiyle korunan hukuki değer farklı olması, yine her iki suçun mağdurlarının farklılığı göz önüne alındığında, uyuşmazlığın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazında ileri sürdüğü gibi görünüşteki içtima prensiplerinden "Özel normun önceliği" ilkesi ışığında çözüme kavuşturulma, bu kapsamda 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesiyle uygulama yapılma olanağı bulunmamaktadır. POS tefeciliğinde failin kastı, tefecilik suretiyle yarar sağlamaya dönük olup, amaç suç tefeciliktir. Fail, amaçladığı bu suçu işleme yolunda birden fazla hareket yapmakta ve bu hareketlerden alacağını teminatlı hale getirmeye dönük bir kısım hareketlerle 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesinde tanımlanan suçu da işlemekte ise de söz konusu birden fazla hareket, hukuksal anlamda "Tek bir fiili" oluşturduğundan, 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesine aykırılık teşkil eden eylemler, failin kastının dönük olduğu tefecilik fiili içinde erimektedir. Bu halde sanık hakkında işlemeyi amaçladığı, diğer bir ifade ile kastının dönük olduğu tefecilik suçundan uygulama yapılması gerektiğinin anlaşılması karşısında dosya içeriği ve dairesinin kararındaki gerekçeye göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı yerinde görülmemiştir" ifadelerine yer verilmiş ve böylece her ne kadar karşı karşıya gelen suçların ceza tür ve miktarları aynı olsa da; af, şikayet, katılma hakkı ve görevli istinaf-temyiz dairesinin belirlenmesi gibi hususlar yönünden hukuksal tanımın doğru bir şekilde konulması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu karar, failin tek bir fiili ile birden fazla suç meydana geldiği ve bu kapsamda fikri içtima hükümlerinin tatbik edileceği durumlarda, karşı karşıya gelen suçların öngördüğü cezalar aynı tür ve miktarda ise, failin kastı bakımından bir değerlendirme yapılacağını ortaya koymaktadır. (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2020/7817, 2020/2297, 25.11.2020, www.kazanci.com)

<sup>33</sup> "TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmünün uygulanabilmesi için, öncelikli görünüşte içtima ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti gerekli olup, görünüşte içtima ilişkisinin bulunması durumunda fikri içtima hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2020/394, 2021/114, 14.01.2021, www.kazanci.com); "Görünüşte içtima hâllerinde hangi ka-



şartlarının oluşması gerekmektedir. Burada kanun koyucu erime sistemi çerçevesinde ve “non bis in idem” ilkesi ışığında, failin fiilindeki tekliği nazara alarak birden fazla kez cezalandırılmasının ceza adaleti anlayışı ile bağdaşmayacağına kanaat getirmiş ve bu kapsamda faili yalnızca en ağır ceza ile cezalandırmakla yetinmiştir ki kanun koyucunun söz konusu yaklaşımı oldukça yerindedir. Fakat burada önemle ifade etmek gerekir ki fikri içtima hükmü, sadece cezanın verilmesini düzenleyen bir hükümdür. Bu nedenle, ceza verilmesi dışında her suçun bağımsız olduğunu kabul etmek gerekmektedir.<sup>34</sup>

Fikri içtima kurumunun hakkaniyetli bir şekilde tatbiki bakımından en önemli husus, fiilin (hareketin) tekliği konusunda yapılacak hukuki değerlendirmenin yerindelidir. Zira suçların içtima kapsamında yer alan her kurumda “fiil” kavramına özellikle hukuki değer atfedilmiş ve bu kapsamda doktrinde de kavrama farklı anlamlar yüklenmiştir.<sup>35</sup> Her ne kadar doktrinde fiilin (hareketin) tekliği bakımından farklı görüşler ortaya atılsa da<sup>36</sup> kanaatimizce burada esas alınması gereken hukuki anlamda tekliktir. Buna göre bir fiilin doğal anlamda tek olması aynı zamanda hukuki anlamda tek olduğu anlamına gelmez. Bu kapsamda doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukuki manada hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus; doğal anlamda birden fazla hareket bulursa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması ve bu vesile ile tek bir fiil olarak kabul

---

nunun uygulanması gerektiği, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi”, “yardımcı (tali) normun sonralığı” ve “özel normun önceliği” gibi ilkelere göre belirlenmektedir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/8-1122, 2020/381, 29.09.2020, www.kazanci.com); Görünüşte içtima hakkında daha detaylı açıklamalar için bakınız: Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin, 2020/7817 esas, 2020/2297 karar, 25.11.2020 tarihli ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, 2017/11-212 esas, 2019/20 karar, 17.01.2019 tarihli kararları.

<sup>34</sup> Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 2020, s. 486.

<sup>35</sup> Tuğçe Özkan, Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda İçtima Kavramı, T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Nisan 2019, s.4.

<sup>36</sup> Söz konusu görüşler ile ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Emrah Özdemir, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012, s. 17-39.; Mustafa Özen, Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç-Fikri İçtima-Bileşik Suç), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2008, s.26-40.

edilmesidir.<sup>37</sup> Başka bir deyişle, bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de ortaya konulan bu davranışlar, suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır.<sup>38</sup>

### III. Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu Bakımından İçtima Uygulamaları

Yukarıda kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından yapılan açıklamalar sırasında ifade edildiği üzere söz konusu suç, doktrinde bazı yazarlarca ve Yargıtay'ın bazı kararlarında "genel ve tamamlayıcı" bir suç olarak kabul edilmektedir. İşbu görüşe göre, eylemlerin başka bir suçu oluşturması halinde öncelikle ilgili suç kapsamında değerlendirme yapılacak ve bu durumda fail hakkında kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan ayrıca ceza tesis edilmeyecektir.<sup>39</sup> Yargıtay'ın söz konusu uygulamayı ekseriyetle fikri içtima kurumu çerçevesinde gerekçelendirdiği görülse de<sup>40</sup>; gerek suçun genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak kabul edilmesi ve bu vesile ile "eylemin başka bir suçu oluşturmaması" şeklinde kanunilik unsuru ile bağdaşmayan bir sübut şartı getirilmesi; gerekse fiilin (hareketin) tekliği bakımından titiz bir değerlendirme yapılmadan fikri içtima hükümlerinin tatbik edilmesi kabul edilebilir mahiyette değildir. Zira yukarıda ilgili başlıklar altında atıf yapıldığı üzere, fikri içtima hükümlerinin tatbik edilebilmesi için hukuki anlamda tek olarak kabul edilebilecek bir fiilin varlığı şarttır. Oysa, Yargıtay tarafından kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından adeta bir ön kabul şeklinde tatbik edilen içtima uygulamalarında, fiilin (hareketin) tekliği hususunun her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmediği ve TCK m. 123'ün gündeme geldiği durumlarda, sübuta eren diğer suç bakımından otomatik mahkumiyet hükümleri tesis edildiği görülmektedir.<sup>41</sup> Kanaa-

<sup>37</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2019/14-44, 2020/510, 08.12.2020, www.kazanci.com

<sup>38</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 492.

<sup>39</sup> Kocasakal, s. 131.

<sup>40</sup> "Sanığın telefonla, arama ve mesaj çekme suretiyle katılana hakaret ve tehditte bulunduğu kabul edildiğinden fikri içtima kuralları gereğince ayrıca huzur ve sükunu bozma suçunun oluşmayacağı gözetilmeden..." (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2012/16788, 2013/30595, 03.06.2013, www.kazanci.com)

<sup>41</sup> "TCK'nın 123. maddesinde tanımlanan kişilerin huzur ve sükununu bozma su-

timiz, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile bir başka suçun meydana geldiği durumlarda, fiillerin tam ayniyet ve kısmi ayniyet kıstasına göre değerlendirilmesi ve bu kapsamda gerçek içtima/fikri içtima uygulaması yapılması gerektiği yönündedir. Zira uygulamada çoğunlukla; kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile birlikte, cinsel taciz, tehdit, şantaj, konut dokunulmazlığını ihlal, hakaret, özel hayatın gizliğini ihlal ve gürültüye neden olma suçlarının tartışıldığı gözlemlenmektedir.<sup>42</sup>

Fikri içtimada fiilin ayniyetini belirlemede, icra hareketinin tam ayniyeti esas alınmalı; gerçekleştirilen tüm icra hareketleri sebebiyet verilen tüm suç tipleri bakımından ortak olmalıdır.<sup>43</sup> Bu kapsamda salt kesişme, başka bir ifade ile kısmi ayniyet fikri içtima kurallarının tatbiki bakımından yeterli değildir.<sup>44</sup> Zira kısmi ayniyet halinde fiilin tekliğinden söz edilemeyeceğinden, fikri içtima kurallarının uygulanması da mümkün değildir. Kanaatimizce, kısmi ayniyet halinde her fiil ayrı kapsamda değerlendirilmeli ve gerçek içtima hükümleri uygulanarak her bir suçtan ayrı ayrı ceza verilmelidir.

Burada icra hareketlerinin ayniyeti (tam-kısmi) konusunda bir örnek vermek gerekirse; fail tarafından 1 saat aralıklarla 5 kere bir kişiye

---

çunun, sırf bir kimsenin huzur ve sükununu bozmak amacıyla işlenmesi gerektiği, genel ve tamamlayıcı bir suç olması nedeniyle, eylem başka bir suçu oluşturuyorsa bu suçun oluşmayacağı, somut olayda, sanık YÖ'nün, farklı tarihlerde katılanın cep telefonuna cinsel içerikli mesajlar gönderdiğinin anlaşılması karşısında, eylemlerin, TCK'nın 105/1. ve 43. maddelerine uyduğu gözetilmeden yasal olmayan ve yerinde görülmeven gerekçeyle sanığın TCK'nın 123/1. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi..." (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/6856, 2014/32599, 11.11.2014, www.kazanci.com) ; "Failin telefon görüşmesi sırasında veya gönderdiği mesajlarda tehdit, hakaret, şantaj, cinsel taciz gibi suçları işlemesi durumunda, yalnızca bu suçlardan soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, bunların yanında genel suç niteliğinde olan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan cezalandırılmaması gerekir." (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/40149, 2014/35879, 11.12.2014, www.kazanci.com)

<sup>42</sup> Kanaatimizce kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun söz konusu suçlar karşısında "genel" olarak nitelendirilememesinin bir başka sebebi ise, bahsi geçen suçların korudukları hukuki değer ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun koruduğu hukuki değer farklıdır. "Özel genel norm ilişkisinden söz edebilmek için ilk koşul, her iki normun aynı hukuki değeri korumalarıdır. Yani özel norm tarafından korunan hukuksal değer ile genel normun koruduğu hukuksal değer aynıdır." (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2020/7817, 2020/2297, 25.11.2020, www.kazanci.com)

<sup>43</sup> Göktürk, s. 46.

<sup>44</sup> Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 423.

mesaj gönderildiğini ve bu mesajların hepsinde ayrıca hakaret içeren ifadelerin de bulunduğunu düşünelim. Böyle bir ihtimalde, icra hareketleri bakımından tam ayniyet halinin mevcut olduğu açıktır. Zira her ne kadar doğal anlamda birden fazla hareket bulursa da bu hareketler hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturmaktadır ve icra hareketlerinin tümü aynı zamanda her iki suçu da karşılamaktadır. Diğer bir ifade ile ortaya çıkan suçlar bakımından tabiri caizse boşta kalan bir fiil kalmamaktadır. İşte bu ihtimalde, ortada hukuki anlamda tek olarak kabul edilebilecek bir fiil olduğundan ve bu tek fiil ile birden fazla suça sebebiyet verildiğinden fikri içtima hükümleri tatbik edilerek fail hakkında yalnızca hakaret suçundan ceza tesis edilecek ve ayrıca zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Kanaatimizce tam ayniyet halinde fiil tek olarak kabul edilebileceğinden, fikri içtima uygulaması da bir hakkaniyetsizlik doğurmamaktadır. Oysa kısmi ayniyet halinde durum böyle değildir. Örneğin, fail tarafından yine 1 saat aralıklarla 5 kere bir kişiye mesaj gönderildiğini ve fakat bu mesajlardan yalnızca ikisinin hakaret içerdiğini düşünelim. Böyle bir durumun mevcudiyeti halinde diğer üç mesaj bakımından hakaret suçunun oluştuğu söylenemeyeceğinden, icra hareketlerinin tümü bakımından suç tiplerinin ortak olduğu da ifade edilemez.<sup>45</sup> Yani burada tüm icra hareketlerinin hukuki anlamda tek olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira hakaret içermeyen diğer üç mesaj bakımından, bir boşta kalma durumu söz konusudur. Hal böyleyken verilen ikinci örnekte olduğu gibi, eğer icra hareketleri bakımından kısmi ayniyet hali varsa, bu durumda fikri içtima hükümleri tatbik edilerek ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun “genel ve tamamlayıcı” bir suç tipi olduğu kabul edilerek yalnızca ilgili diğer suçtan hüküm kurulması ceza adaletine hizmet eden bir anlayışın ürünü olmayacaktır. Çünkü fikri içtima uygulamasının temelinde, failin fiilinin teklifi nazara alınmakta ve bu kapsamda failin birden fazla kez aynı eylemden dolayı cezalandırılmasının önüne geçilmektedir. Oysa kısmi ayniyet

<sup>45</sup> “Fikri içtimanın gerçekleşmesi için, yapılan hareketin her suç yönünden, tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olması gerekir. Suçlardan yalnızca birisi açısından bu özelliklere sahip bir eylem söz konusu ise, fikri birleşmeden söz edilemez ve gerçek içtima hükümleri uygulanır.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/12-516, 2018/47, 20.02.2018, www.kazanci.com)

halinde failin fiili tek olarak kabul edilemeyeceğinden, fail hakkında ayrı eylemler nezdinde gerçekleştirdiği suçlar bakımından “fikri içtima” gerekçe gösterilerek boşa kalan fiiller açısından cezasızlık hali yaratılması mümkün değildir.<sup>46</sup> Bu kapsamda yukarıda yer verilen ikinci ihtimalde kanaatimizce suçun tüm şartları mevcutsa gerçek içtima hükümleri uygulanarak hem hakaret hem de kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkûmiyet hükmü tesis edilmelidir.

Tatbikatta kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından fiilin (hareketin) teklifi hususunun her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmediği ve TCK m. 123’ün gündeme geldiği durumlarda (genel ve tamamlayıcı suç tipine atıf yapılarak) şartları varsa ilgili diğer suç bakımından otomatik mahkûmiyet hükümlerinin tesis edildiğini ifade etmiştik. Bu kapsamda burada, bu anlayışa ilişkin de görüşler barındıran iki ayrı Yargıtay kararına ve buna ilişkin eleştirilerimize de yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede öncelikle kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile benzer nitelikler taşıdığı düşünülen “gürültüye neden olma” suçu bakımından içtima değerlendirilmesi yapılan Yargıtay kararına atıf yapılacaktır. İşbu kararın ilgili kısmı aşağıda alıntılanmış gibidir;<sup>47</sup>

*“Görüldüğü gibi hukukumuzda gürültüye dair farklı şartlara tabi tutulmuş farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durumda gürültüye dair düzenlemelerin tamamı birlikte değerlendirilerek uygulanacak yaptırımın belirlenebilmesi için kapsadıkları alanların belirlenmesi gerekir.*

*1- ) Çevresel gürültünün kaynağı, 2872 Sayılı Kanun’un 14. maddesinde açıklandığı üzere, “ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar” ise;*

*a- ) Gürültü, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde 2872 Sayılı Kanun’un 14. maddesi delaletiyle TCK’nın 183. maddesindeki suçun cezası,*

<sup>46</sup> Kanaatimizce kısmi ayniyet halinde fikri içtima hükümlerinin tatbik edilerek kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan ayrıca ceza verilmemesi, cezalandırılmayan önceki ya da sonraki eylemlerin varlığına yol açacaktır.

<sup>47</sup> Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2016/15421, 2017/2171, 27.02.2017, www.kazanci.com

b- ) Gürültü, sırf huzur ve sükunu bozmak maksadıyla yapılmış olsa bile başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde 2872 Sayılı Kanun'un 14. ve TCK'nın 44. maddesi delaletiyle TCK'nın 123 ve 183. maddesindeki suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezası,

c- ) Gürültü, fail tarafından sırf huzur ve sükunu bozmak maksadıyla yapılmamış, bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmayacak boyutta ancak mağdurun huzur ve sükununu bozacak nitelikte ise 2872 Sayılı Kanun'un 14, 20/h maddesindeki kabahat,

2- ) Kaynağı ne olursa olsun çevresel gürültü, sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla yapılmış ve bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmadığı takdirde TCK'nın 123. maddesindeki suçun cezası,

3- ) Çevresel gürültünün kaynağı, 2872 Sayılı Kanun'un 14. maddesinde bahsedilen ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlar haricindeki bir yer ise ya da sırf huzur ve sükunu bozma amacına yönelmemiş yahut bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olmayacak nitelikte ise 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 36. maddesindeki kabahat,

4- ) Motorlu araç sürücülerinin araçlarının çevredekileri rahatsız edecek derecede gürültü çıkartması halinde gürültü, yukarıda ( 1 ) numaralı kısımda açıklanan niteliklere sahip değil ise 5326 Sayılı Kanun'un 15/1 maddesindeki içtima kuralı gereğince 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 30/b ve 5326 Sayılı Kanun'un 36. maddesindeki idari para cezalarından hangisi daha ağır ise o kabahat, türünden yaptırımlar uygulanmalıdır."

Buna göre gürültü, sırf huzur ve sükunu bozmak maksadıyla yapılmış olsa bile başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu takdirde, fail hakkında fikri içtima kuralları gereğince TCK'nın 123. ve 183. maddesindeki suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezası tatbik edilecektir. Kanaatimizce söz konusu ön kabul, fikri içtima kuralları bakımından yerinde değildir. Zira fikri içtima kurallarının tatbik edilebilmesi için her şeyden önce ortada tek bir fiil bulunması ve bu tek fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmesi gerekmektedir. Oysa, yukarıda yer verilen karardaki kabule göre suçları oluşturan fiillerin daima hukuki anlamda tek olarak değerlendirilebileceğini söylemek mümkün değildir. Başka bir deyişle, burada her zaman tam ayniyet hali gündeme gelmeyebilir. Örneğin,



failin bir üretim fabrikasının sahibi olduğunu ve bu küçük fabrikanın hemen bitişiğinde bir apartman dairesinin bulunduğunu; fail tarafından beş ayrı günün gecesinde, yasal seviyenin üstünde gürültü yapıldığını ve bu gürültülerin hepsinin bitişikteki apartmanda oturan daire sakininin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğunu farz edelim. Böyle bir durumun mevcudiyeti halinde icra hareketleri bakımından tam ayniyet halinin söz konusu olduğu ve suçlara konu eylemlerin ilgili tüm suç tipleri bakımından ortak olduğu açıktır. Bu halde, hukuki anlamda tek sayılabilecek bir fiil olduğundan fikri içtima hükümleri tatbik edilerek ilgili suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezasına hükmedilebilecektir.<sup>48</sup> Fakat aynı fail tarafından beş ayrı günün gecesinde yapılan gürültülerin yalnızca ikisinin daire sakininin sağlığının zarar görmesine elverişli olduğunu, diğer üçünün ise salt huzur ve sükunu bozma amacına hizmet eder mahiyette başkaca gürültüler olduğunu farz edelim. İşte böyle bir olasılıkta kanaatimizce iki ayrı eylem kümesi mevcut olup; icra hareketlerinin tümü, ilgili suçların hepsi bakımından ortak olmadığından gerçek içtima hükümleri tatbik edilmeli ve şartları varsa hem kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan<sup>49</sup> hem de gürültüye neden olma suçundan hüküm kurulmalıdır. Kaldı ki, doktrinde de gürültüye neden olma suçu bakımından fikri içtimanın değerlendirilmesinde anahtar kavramın -tarafımızca da yukarıda örneklendirildiği gibi- "hareketin tekliği" olduğu ifade edilmektedir.<sup>50</sup>

Diğer taraftan Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından içtima değerlendirilmesi yapılan 2014/20501 esas ve 2014/32250 karar sayılı kararında;

*"Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suçtur. Bu suçun oluşabilmesi için, gerçekleştirilmesi gereken icrai hareketler bir başka suçu oluşturduğu takdirde, kişilerin huzur ve sükununu*

<sup>48</sup> "TCK'nın yürürlükteki sistemine göre, gürültüye neden olma suçuyla, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından şartlar oluştuğu takdirde farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanabilir." (Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, Çevreye Karşı Suçlar-Türk ve Alman Çevre Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, Yetkin Yayınları, 2015, s. 477.)

<sup>49</sup> Burada kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından, failin eylemlerinin belirli bir mağdura yönelmesi gerektiği ile huzur ve sükunu bozmaya yönelik özel kast her somut olay bazında ayrıca değerlendirilmelidir.

<sup>50</sup> Karakurt Eren, s. 108.



bozma suçunun gerçekleşmeyeceği görüşü ileri sürülmektedir. Maddi olayda, sanık ...'ın kullanmakta olduğu 05332850322 numaralı telefon hattından, katılanın kullandığı 05398529621 numaralı telefon hattını ısrarla ve sürekli arayarak onu rahatsız ettiği, kendisinin evlenme teklifini geri çeviren katılanı huzursuz etmek ve istediklerini yapma konusunda zorlamaya yönelik eylemlerde bulunduğu, kanaatimizce, failin tek hareketiyle birden fazla neticenin meydana gelmesi durumunda eylem tek kasıt altında işlenmişse TCK'nın 44. maddesi kapsamında en ağır olan eylemden sorumlu tutulması, eğer sanığın kastı her iki suça yönelik ise tek eylemde olsa artık fikri içtimadan söz edilemeyeceği ve her iki suçun ayrı ayrı işlendiğinin kabulü gerekeceği kuşkusuzdur. Sanığın evlilik teklifin katılanın reddedilmesi üzerine gerçekleştirdiği eylemlerde hem huzursuz etmek hem de hakaret kastıyla hareket ettiği; sanığın icrai hareketleri tek eylem gibi kabul edilse bile sanığın ayrı ayrı kastla, birden fazla neticenin meydana gelmesini istediğinin kabulü gerekir. Sanık hakkında gerçek içtima hükümleri çerçevesinde, her iki suçun ayrı ayrı oluşabileceğinin kabulü gerekmektedir. Yüksek Mahkemece yalnızca kişilerin huzur ve sükununu bozma suçuna yönelik yapılan temyiz incelemesinde, sırf "huzur ve sükunu bozma" özel kasıtle hareket edip etmediğinin aranması hukuken doğru değildir. Kastının birden fazla suç işlemeye yönelik olduğu dosya kapsamından açıkça anlaşılmaktadır" ifadelerine yer verilmiş<sup>51</sup> ve eğer failin kastı her iki suça yönelik ise ortada tek eylem dahi olsa artık fikri içtimadan söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Kanaatimiz, hakaret ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu bakımından gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade eden söz konusu kararın, gerekçesi itibarıyla hukuken isabetsiz olduğu yönündedir. Zira fikri içtima kurallarını düzenleyen 5237 sayılı Kanun'un 44. maddesi açık olup, işbu düzenlemede failin suçlara yönelik kastı bakımından bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu kapsamda fikri içtimanın yukarıda atf yapılan şartları gerçekleştirdiği zaman, failin kastının bütün suçlara yönelik olduğu gerekçe gösterilerek gerçek içtima hükümlerinin tatbik edilebilmesi hukuken mümkün değildir. Çünkü fikri içtima kurumu failin hareketinin teklifini esas almakta olup, kastının niceliği burada bir önem arz etmemektedir. Hal böyleyken atf yapılan kararda yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz gerekçeleri yerinde

<sup>51</sup> Kararın yukarıda atf yapılan kısmı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçeleridir. Daire, söz konusu itiraz gerekçelerini yerinde görerek, itirazın kabulüne karar vermiş ve yerel mahkeme hükmünü onamıştır.

olmayıp; somut olayda icra hareketlerinin ayniyeti kıstasına göre değerlendirme yapılması daha makul olabilirdi.

#### IV. Sonuç

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 123. maddesinde hüküm altına alınan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu, doktrinde bazı yazarlarca ve Yargıtay'ın bazı kararlarında genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak kabul edilmektedir. İşbu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira madde metninde suçun adı geçen niteliği hakkında herhangi bir düzenleme yapılmadığı gibi, madde gerekçesinde de suçun genel ve tamamlayıcı bir nitelikte olduğundan söz edilmemiştir. Hal böyleyken, madde metninde ve gerekçesinde zikredilmeyen bir hususu suçun bir niteliği-unsuru olarak kabul edip, *"eylemin başka bir suçu oluşturmaması gerektiği"* gibi bir gerekçe ile bilhassa içtima uygulamaları bakımından kanunilik ilkesine halel getirecek şekilde içtihat ve görüş oluşturmak uygun değildir. Kanaatimizce kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile birlikte başka suçların da gündeme gelmesi durumunda gerçek içtima hükümlerinin mi yoksa fikri içtima hükümlerinin mi tatbik edileceği hususu, icra hareketlerinin ayniyeti kıstası çerçevesinde fiilin tekliğine göre belirlenmelidir. Buna göre değerlendirmede birlik oluşturmayan fiil gruplarının varlığı halinde şartları varsa gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail hakkında hem kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hem de ilgili diğer suçtan hüküm kurulmalıdır.<sup>52</sup>

Uygulamada, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun genel ve tamamlayıcı bir suç olduğundan bahisle fikri içtima kuralları da gerekçe gösterilerek, ilgili diğer suçtan hüküm kurulması kanaatimizce ceza adaleti bakımından hakkaniyetli sonuçlar doğurmamaktadır. Yine fiilin tekliği kıstasının dışına çıkarak, salt failin kastı bakımından değerlendirme yapılması da içtima kurallarının genel prensibi ile bağdaşmamaktadır. Hal böyleyken suçta ve cezada kanunilik ilkesine halel getirmeyecek şekilde, suçun genel ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak kabul edilmesinin önüne geçilmesi ve bu bağlamda *"fiilin tekliği"* kıstası çerçevesinde içtima kurallarının değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>52</sup> Doktrinde Şen; hakaret, tehdit ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarının birlikte işlenmesi durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. (Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006, s. 521.)

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003
- Aygörmez Uğurlubay Gülsün Ayhan, Çevreye Karşı Suçlar-Türk ve Alman Çevre Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, Yetkin Yayınları, 2015
- Birtek Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018
- Centel Nur/Zafer Hamide/Yenerer Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 2020
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 2021
- İçel Kayıhan/Sokullu Akıncı Füsün/Özgenç İzzet/Sözüer Âdem/Mahmutoğlu Fatih Selami/Ünver Yener, Suç Teorisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2000
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Özgenç İzzet/Şahin Cumhur, Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, Ankara 2005
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010
- Şen Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006
- Taneri Gökhan, Ne Bis İn İdem ve Kanunilik İlkesine Göre Çevreye Karşı Suçlar İdari Yaptırımlar-Kabahatler, Seçkin Yayıncılık, 2021
- Yenerer Çakmut Özlem, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, Beta Yayınları, İstanbul 2014
- Yılmaz Murat, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma, Legal Yayıncılık, 2017

### Makaleler

- Demirel Muhammed, "Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, s. 1479-1488.
- Ekici Şahin Meral, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt: 8, Sayı: 23, s. 21-52.
- Göktürk Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimalı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2014, Cilt:2, Sayı: 1-2, s. 31-59.
- Gülşen Recep, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123)", *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt:1, Sayı:1, s. 5-20.
- İtişgen Rezzan, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt: 9, Sayı: 113-114, s. 109-130.

- Karakaş Doğan Fatma, "Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimaı Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, s. 85-104.
- Karakurt Eren Ahu, "Türk Ceza Kanunu'nda Gürültüye Neden Olma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, Sayı: 132, s. 55-120.
- Koca Mahmut, "Fikri İçtima", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt:2, Sayı:4, s.197-221.
- Kocasakal Ümit, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK 123)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/2, s. 109-146.
- Özen Muharrem/Köksal Atacan, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt:68, Sayı:2, s. 479-527.
- Özen Mustafa, "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı:73, s. 132-145.
- Şen Ersan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 79, Sayı: 2005/3, s.707-720.

#### Tezler

- Özdemir Emrah, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2012
- Özen Mustafa, Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç-Fikri İçtima-Bileşik Suç), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2008
- Özkan Tuğçe, Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Hukukunda İçtima Kavramı, T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Nisan 2019

#### İnternet Kaynakları

- <https://www.mevzuat.gov.tr>
- <https://www.kazanci.com>
- <http://www.tdk.gov.tr>



# CEZA MUHALEMESİNDE SUSMA HAKKI VE BAĞLANTILI HAKLAR

## RIGHT TO REMAIN SILENT AND RELATED RIGHTS IN CRIMINAL PROCEDURE

Yuzarsif Selçuk COŞKUN\*

**Özet:** Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşırken suç şüphesi altındaki kişinin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi gerekir. Adil bir yargılanma insan onuruna yakışır bir şekilde yapılmalıdır. Kişinin hak ve hürriyetlerinin ihlali halinde adil bir yargılama olması mümkün değildir. Bu çalışmada, kişinin adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan susma hakkına ve kişinin iradesi sakatlanmak suretiyle elde edilen beyanın kişi aleyhine değerlendirilmemesine ilişkin delil yasağına değinilecektir. Bu kapsamda öncelikle susma hakkının tanımına ve diğer haklar ile olan ilişkisine, daha sonra ise susma hakkı ihlallerine ve bu ihlallerin sonuçlarına yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Adil Yargılanma, Delil Yasağı, Susma Hakkı, Sanık Hakları, Şüpheli Hakları

**Abstract:** The purpose of criminal procedure is to reach the material truth. While reaching the material truth, the fundamental rights and freedoms of the person under suspicion of crime should not be violated. A fair trial must be conducted in a manner worthy of human dignity. In case of violation of a person's rights and freedoms, it is not possible to have a fair trial. In this study, we will touch on the right to remain silent, which is within the scope of the right to a fair trial, and the prohibition of evidence regarding not evaluating the statement obtained by injuring the will of the person against the person. First of all, the definition of the right to remain silent and its relationship with other rights will be given, and then the violations of the right to remain silent and the consequences of these violations will be discussed.

**Keywords:** Fair Trial, Prohibition of Evidence, Right to Remain Silent, Rights of the Accused, Rights of the Suspects

\* Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, yscoskunn@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3693-5110, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.09.2021, Kabul Tarihi: 16.09.2021

## GİRİŞ

Ceza muhakemesi, hukuk devletinin bir gereği olarak bireyin adil bir şekilde yargılanmasını sağlamaktadır.<sup>1</sup> Ceza muhakemesinin amacı, usul hukuku kurallarına uymak ve suç şüphesi altındaki kişinin, mağdurun ve tanıkların haklarını gözetmek suretiyle maddi gerçeğe ulaşmaktır.<sup>2</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişi kendi suçsuzluğunu ispat etmek ile mükellef değildir. İddia makamı iddiasını hukuka uygun bir yöntemle ispatlamalıdır. Yargılama makamı ise hükme esas delillerin hukuka uygunluğunu denetleyerek; akıl, mantık ve bilimin süzgecinden geçireceği kanısını hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya koymalıdır. Ceza yargılamasında cezalandırmaya yönelik olarak kurulan hüküm, en küçük bir şüpheye veya olasılığa yer verilmeden, her türlü kuşkudan uzak kesinliğe dayanmalıdır.<sup>3</sup> Sanığın suçu işlediğine yönelik kuşkunun bulunması halinde, evrensel ceza hukuku ilkesi olan “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereğince sanık lehine değerlendirme yapılmalıdır.

Susma hakkı, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan masumiyet karinesinin kapsamında yer almaktadır. Susma hakkı, suç şüphesi altında bulunan kişinin adli makamlarca kendisi hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturma işlemlerine kendi fiili ile katılmakla yükümlü tutulmamasını ifade eder.<sup>4 5</sup> Susma hakkının ilk

<sup>1</sup> Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası., İstanbul, Beta Basım A.Ş., 1998, no.14, 15; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, (Editör: Bahri Öztürk) Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 137.

<sup>2</sup> [<sup>3</sup> Bkz. YCGK, 2017/87E., 2017/352K. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.180.](https://caneryenidunya.medium.com/ceza-muhakemesininamac%C4%B1-61d4316b37ce#:~:text=Bir%20su%C3%A7un%20i%C5%9Flenmesiyle%20birlikte%20fail%20ile%20devlet%20aras%C4%B1nda%20ceza%20ili%C5%9Fkisi%20kurulur.&text=Ceza%20muhakemesinin%20birincil%20amac%C4%B1%20usul,maddi%20ger%C3%A7e%C4%9Fe%20ula%C5%9Fmakt%C4%B1r%5B1%5D. E.t. 10.05.2021.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>4</sup> Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku 1, 11. Bası, Ankara, 2020, s. 158.

<sup>5</sup> Nitekim kanun koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26/1 fıkrası “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez” gereğince korunan ve tanınmış bir haktır. Hukuk kuralınca tanınmış bir hakkın kullanılması kişi aleyhine sonuç doğurması kabul görmez. Bir hakkın kullanılması, kulan kişiye ufak bir yarar sağlanmasına rağmen, ileride aleyhe değerlendirilmesi hiç gerek yokken tanın bir hak olarak değer ihtiva etmez. Öte yandan kanun koyucu tarafından ceza yargılaması sırasında



sonucu, suç şüphesi altında bulunan kişinin yetkili makamlar önünde kendisini suçlamaya zorlanamamasıdır. Susma hakkının diğer bir sonucu ise, suç şüphesi altında bulunan kişinin sessiz kalmasından kendisi aleyhine sonuç çıkarılamamasını teminat altına almasıdır. Bu yönüyle de susma hakkı, ifade özgürlüğünün bir uzantısıdır.<sup>6</sup> Susma hakkı suç şüphesi altındaki kişinin insan onurunu korumaktadır. Ceza muhakemesinde suç şüphesi altındaki kişi obje değil süjedir.

Çalışma kapsamında şüpheli veya sanık kavramları yerine her iki terimi de karşılayacak şekilde “suç şüphesi altında bulunan kişi” kavramı kullanılacaktır.

## 1. SUSMA HAKKI KAVRAMI

Türk Dil Kurumu hak kavramını; “Hukukun, adaletin gerektirdiği ve birine ayırdığı şey, kazanım, kazanç.”<sup>7</sup> şeklinde tanımlamıştır. Susma kavramı genel olarak kişinin konuşmaması veya konuşmaktan vazgeçmesi hali olarak tanımlanabilir.<sup>8</sup> Susma hakkı ise, suç şüphesi altında bulunan kişinin kendisine yöneltilen bir suç isnadı veya olgu ile ilgili olarak kendisine sorulan sorulara hiç yanıt vermemesi, istediği soruyu yanıtlayıp istediği soruları yanıtlamamasını ifade etmektedir.<sup>9</sup>

Susma hakkı, adil yargılanma hakkının temel yapı taşlarından biri olan savunma hakkı kapsamında yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) susma hakkına adil yargılanma hakkı

---

(katılan kişilerin) veya adli makamların kişi ile temasa geçtiği anda sahip olduğu hakları ve korunmasını düzenler. İç hukukumuzda yansıması 571 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 1. maddesi “Bu Kanun, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve hükümlerini düzenler” hükmü şeklindedir.

<sup>6</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s.163.; Didar Özdemir, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/2, s. 152; Çağrı Kan Aydın, “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, *TBB D*, s. 91, Ankara, Kasım-Aralık 2010 s. 163.

<sup>7</sup> Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Onuncu Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2005, s. 829-830.

<sup>8</sup> Black’s Law Dictionary, Sixth Edition [Centennial Edition: 1881-1991], Editor: Black Henry Campbell, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990, s. 1382. Naklen: Kocaoğlu, Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2011.s.30.

<sup>9</sup> Deniz Erol Er, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin, Ankara, 2002, s.145.

içerisinde açıkça yer verilmemiştir. Ancak Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/1 maddesine göre; herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, yasayla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun şekilde ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir.<sup>10</sup> Yine Sözleşme'nin 6/2 maddesinde de değinildiği üzere, hakkında suç şüphesi altında bulunan kişinin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacaktır. İşte AİHS m.6/2'de ifade bulan masumiyet karinesinin doğal sonuçlarından biri de susma hakkıdır.<sup>11</sup> Kişi, suçluluğu kesin hüküm ile sabit oluncaya kadar suçsuz sayılmakta, suçsuzluğunu ispat etmek amacıyla konuşmaya ve kendisini savunmaya zorlanamamakta, kişinin kendisine yöneltilen sorulara cevap verme mecburiyeti de bulunmamaktadır.<sup>12</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM) yapılan kabulde susma hakkı, AİHS'nin 6'ncı maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak kabul edilmiştir. Ayrıca susma hakkının, suç şüphesi altında bulunan kişiyi kamu makamları tarafından gerçekleştirilebilecek gayri insani, kötü muamele ve zorlamalara karşı koruyacağı, yargılamada yapılan hataların önüne geçerek kişinin özgür iradesinin esas alındığı adil bir yargılamanın gerçekleşmesinde önemli rol oynayacağı belirtilmiştir.<sup>13</sup>

Adil yargılanma hakkının uzantısı olan susma hakkı, suç şüphesi altındaki kişinin kendisi aleyhine tanıklık etmeme ve yakınları hakkında suçlayıcı beyanda bulunmama hakları kapsamında da geçerlidir.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Çağrı Kan Aydın, "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı", *TBBD*, s. 91, Ankara, Kasım-Aralık 2010, s.151.; Nuran Haydar, *Susma Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2019, s.9.

<sup>11</sup> Bülent Çiçekli, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi (2002- 2005) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları", *CHD*, S. 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 258.

<sup>12</sup> Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 140; Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Savaş*, Ankara, 2008, s. 160.

<sup>13</sup> Dovydas Vitkauskas/Grigoriy Dikov, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Çeviri: Serkan Cengiz, Strazburg, 2012, s. 70.

<sup>14</sup> Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,

Suç şüphesi altındaki kişiye kanun koyucu tarafından tanınan bu hak, kişinin yöneltilen sorulara cevap vermediği veya soruları reddettiği takdirde bu durumun kendisi aleyhine sonuç doğuracak şekilde suçluluğuna karine teşkil etmesini engellemektedir.<sup>15</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu<sup>16</sup> vermiş olduğu bir kararında suç şüphesi altındaki kişinin savunmasının aksini kanıtlaması beklenemeyeceğine, susma hakkını kullanan kişinin, “sükût ikrardan gelir” deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını kanıtlamasının da istenemeyeceğini belirterek suç şüphesi altındaki kişiye yüklenen suçun sübuta erdiğinin yapılan yargılama sonunda küçük veya büyük olasılıklara yer vermeden her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>17</sup>

Heaney ve Mc Guinness-İrlanda davasında<sup>18</sup>; iki başvuran, ağır terör suçuna karıştıkları şüphesiyle yakalanmıştır. Polis başvurularına, sessiz kalma hakkına sahip olduklarını bildirdikten sonra; Devlet Aleyhine İşlenen Suçlar Kanunu’nun (1939 tarihli) 52. maddesi gereğince İrlanda hükümeti tarafından güvenlik ve kamu düzeniyle ilgili kaygıları gerekçe gösterilerek, başvuruculardan hareket ve fiillerini izah etmeleri istenmiştir. AİHM zikredilen olayda yasanın tatbikinin; başvurucuların üzerine atılı suçlara ilişkin bilgi ve izahat vermeye zorlamak olacağını ve bu yasadaki “zorunluluk yoğunluğunun”, suçlamalara karşı sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının özüne helal getirdiğini belirtmiştir. Mahkeme, mezkûr hakların ihlalinin masumiyet karinesi ile bağdaşmadığını bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Türk hukukunda susma hakkının temelini Anayasa’nın 38. maddesinin 5. fıkrası oluşturmaktadır. Bu hükme göre “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Suç şüphesi altındaki

2021, s.423.

<sup>15</sup> Sulhi, Dönmezer, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan,1998, s.69.

<sup>16</sup> YCGK E. 1993/6-81 K. 1993/110,T.19.4.1993.

<sup>17</sup> YCGK E.2017/510, K. 2020/336, T.9.3.2021.

<sup>18</sup> AİHM, “Heaney and McGuinness/İrlanda”, (B. No: 34720/97, T.21.12.2000, §.57-58)

kişiye verilen susma hakkıyla, cevap verilecek ve sessiz kalınacak soruların özgür iradeyle seçilmesi imkânı tanınarak kişi, kendisi veya yakınları aleyhine suçlamada bulunmaktan veya delil vermekten korunmaktadır<sup>19</sup>

Ceza hukuku bağlamında susma hakkına ilişkin düzenleme ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde suç şüphesi altında bulunan kişiye, ifade alma veya sorgu öncesi "Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Nitekim Yargıtay, uygulamasında CMK 147. maddesi hükmünü dikkate alarak, ceza muhakemesi sırasında açıklamada bulunmama hakkına ilişkin bildirim, suç şüphesi altında bulunan kişinin bizzat kendisine, anlayabileceği şekilde ve mutlaka ifade alan veya sorgulayan kişi tarafından yapılması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>20</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişinin susma hakkını biliyor olması veya bu yöndeki bilgisi, bu hakkın kendisine bildirilmesine engel teşkil etmeyecektir.<sup>21</sup> Yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesi 4. fıkrası gereğince, yakalanan kişiye kollukta hatırlatılması gereken kanuni haklardan biri de susma hakkıdır.

Susma hakkı, kişinin özgür iradesini ve masumiyetini koruyan bir usul güvencesidir.<sup>22</sup> İddia ve kovuşturma makamlarının, susma hakkını kullanan suç şüphesi altındaki kişilere karşı tarafsız bir tutum içerisinde

<sup>19</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. 159; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhuğlu, Seçkin Yayıncılık, Ankara Eylül 2020, 8. Baskı, s.624.

<sup>20</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s.158; Timur Demirbaş, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2018, s.757.; Haydar, a.g.e., s.119.; Aysun Altunkaş, Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.131.

<sup>21</sup> Y. 1.CD, T.16.01.2017, E.2015/4226, 2017/11 karar sayılı ilamında haksız yakalanan kişinin avukat olması aydınlatma yükümlüğüne ilişkin hükümleri uygulama koşulunu değiştirmez Bkz.

Suç şüphesi altında bulunan kişinin adli psikolojisi değerlendirildiğinde, kişi muhakeme makamlarına karşı zayıf durumdadır. Kendisi hakkında anlık sorulan sorulara, uygun koşul ve şartlarda düşünmesine fırsat verilmeden kendi geleceği hakkında düşünmesine fırsat verilmeden uygun ortam sağlanmadan karar vermesini veya bildiğin kabul etmek kanaatimizce uygun değildir. Nitekim Yargıtay kararlarında suç şüphesi altındaki kişiye haklarının hatırlatılması konumuz bakımında önem arz eden savunma yapmak isteyip istememesi ve susma hakkını kullanma istiyorsa tutanağa bağlanmalıdır. Y. 1.CD, E.2015/4226, K.2017/11, T.16.01.2017, ilamına bakınız.

<sup>22</sup> Kan Aydın, a.g.m., s.147-158.

olmayı sürdürmeleri gerekir.<sup>23</sup> Susma hakkı, suç şüphesi altında bulunan kişinin baskı altında alınan beyanlarının soruşturma ve kovuşturmada kullanılmasını yasaklar. Susma hakkının ihlal edilmesi suretiyle elde edilen beyanın muhakeme evrelerinde kişinin aleyhine değerlendirilememesine ilişkin kural, “delil yasağı” olarak ifade edilmektedir.

AIHM Saunders-Birleşik Krallık davası<sup>24</sup> kararında, sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının AIHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temelini oluşturduğu, kamu yararının yargılama sırasında sanığı suçlamak için yürütülen adli olmayan soruşturma kapsamında zorla alınan cevapların delil olarak kullanılmasının hukuka aykırı olmasına engel olmayacağı, zorlamayla alınan ifadelerin, kişinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağı, bu sınırlama ile kişinin yargı makamlarınca zorlanmaktan korunmasının amaçlandığı, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının iddia makamı tarafından suçlanan kişinin cebir ve tehdit ile elde edilmiş beyanları olmaksızın iddiasını ispatlamaya çalışması gerektiği hususlarına değinilerek söz konusu davada kendini suçlamama hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

## 2. CEZA MUHAKEMESİNDE SUSMA HAKKI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

Ceza Muhakemesinde susma hakkını incelerken bu hakla bağlantılı olan hakları ele almak susma hakkına daha geniş yelpazeden bakmamıza fayda sağlayacaktır. Susma hakkını kullanacak kişinin kendisine yöneltilen isnadı ve olguları bilmesi gerekir. Suç isnadını öğrendikten sonra serbest iradesi ile aktif olarak muhakemeye katılmayıp savunma yapmaması ifade özgürlüğünün negatif yönüdür. Anayasa'nın 38. maddesindeki düzenleme ile susma hakkını kullanan kişi kendi aleyhine veya yakınları aleyhine tanıklık yapmaya zorlanmamaktadır. Susma hakkı, kişinin aleyhine olmayıp, suç şüphesi altındaki kişinin kesin hüküm ile suçluluğu sabit oluncaya kadar masum kabul edilmesini sağlamaktadır. Susma hakkı ile bağlantılı haklar aşağıda alt başlıklar halinde incelenecektir:

<sup>23</sup> Kayıhan İçel, Yener Ünver, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi) Seçkin Yayıncılık, Ankara Ekim 2014, S.593.

<sup>24</sup> AIHM, “Saunders / The United Kingdom”, (B. 19187/91, T.17.12.1996, §. 68-69)

## 2.1. Kendisine Yöneltilen İsnadı veya Olguyu Bilme Hakkı

İsnat kavramı genel olarak, suç olarak tanımlanmış bir fiilin, bir kimse tarafından gerçekleştirildiğinin iddia makamlarınca kişiye karşı ileri sürülmesidir.<sup>25</sup> Suç isnadı kavramı AİHM kararlarında geniş olarak tanımlanmıştır. Eckle/Almanya davasında<sup>26</sup> AİHM suç isnadını, “suç teşkil eden bir hareketi gerçekleştirdiği yönündeki kişi beyanını içeren, yetkili merci tarafından bireye yapılmış resmi tebliğ” olarak tanımlamıştır. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de suç şüphesi altında bulunan kişinin kendisine yüklenen olguyu veya isnadı bilme hakkıdır. Bu bağlamda AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendine göre, “Hakkında bir suç isnadı bulunan herkes, kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden, en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına sahiptir.” Görüldüğü gibi suç şüphesi altında bulunan kişinin sahip olduğu ayrıntılı bilme hakkı sadece isnat edilen olaylardan değil, suçlamanın hukuki niteliğinden de anladığı bir dilde, açık ve anlaşılır bir şekilde haberdar edilmesini kapsamaktadır.<sup>27</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişiye ne ile suçlandığı, hangi konuda ifadesinin alınacağı veya sorgulanacağına herhangi bir soru sorulmadan önce kendisine açıkça anlatılması gerekmektedir.<sup>28</sup> Ayrıca sadece suç tipinin/niteliğinin söylenmesi yeterli olmayıp, olayın nerede, ne zaman ve ne biçimde gerçekleştiğine ilişkin bilgilerin de kişinin anlayabileceği bir şekilde açık ve net etraflıca belirtilmesi gerekmektedir.<sup>29</sup> Susma hakkını kullanan suç şüphesi altındaki kişi hakkında ceza tayin edilmesi durumunda kişinin yargılandığı suç TCK'nın etkin pişmanlık öngördüğü suçlardan biri ise ceza indiriminden faydalanıp faydalanmayacağı, lehine veya aleyhine oluşabilecek avantaj veya dezavantajlar açık bir biçimde anlatılmalıdır.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Nurullah Kunter, Feridun Yenisey Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2002. s. 267. Metin Feyzioğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku”, *TBB*, S.55. s.102

<sup>26</sup> AİHM, “Eckle/Almanya”, (B. No.:8130/78, T.15.07.1982, §. 73)

<sup>27</sup> Aysun Altunkaş, “Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.78.

<sup>28</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.619

<sup>29</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 155.

<sup>30</sup> Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e. s.625.

Suç şüphesi altında bulunan kişinin kendisine yüklenen suç isnadı veya olguyu öğrenmesi, savunma hakkını kullanabilmesi ve kendi lehine veya aleyhine olan hususları değerlendirip nerede susup nerede konuşacağına karar vermesi açısından önem arz etmektedir.<sup>31</sup> Suç isnadını öğrenme hakkı, savunma hakkının temel unsurudur.<sup>32</sup>

## 2.2. Kendi Aleyhine Tanıklık Etmeme Hakkı

“Nemotenetur ilkesi” hukukumuzda yerini, Anayasa’nın 38. maddesinin 5. fıkrasında, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” şeklinde bulmaktadır. Suç şüphesi altında bulunan kişinin kendi aleyhine sonuç doğurabilecek hususlarda soruşturma veya kovuşturma makamları tarafından kendisine yöneltilen sorulara karşı sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Susma hakkı suç şüphesi altında bulunan kişiye, istediği yerde susma veya istediği yerde konuşma serbestisi tanıyarak bireyin kendi aleyhine tanıklık etmemesine olanak vermektedir.<sup>33</sup> Kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı; bir ceza soruşturması yürüten iddia makamının, suç şüphesi altında bulunan kişinin hür iradesi dışında ve yasak yöntemlerle elde edilmiş delilleri kullanmadan iddiasını ispatlamasını gerektirir.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> AYM, Salih Öz (B.No.2015/13327, T.17.7.2018 ) kararında “suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkını şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altında bulunan kişiye, savunmasını hazırlayıp mahkeme önünde dile getirebilmesi için isnadın bildirilmesi gerekmektedir. Hakkındaki isnadı bilmeyen kimsenin savunma yapması mümkün değildir. Isnadın bildirilmediği bir yargılamanın adil olduğundan söz edilemez” gerekçesi ile Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında suç isnadını öğrenme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

<sup>32</sup> Yenisey Feridun, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuk Ders Kitabı, İstanbul, 2014, s771. Nitekim Yargıtay 19 CD., 28.02.2019T,2018/8566E,2019/5047K sayılı ilamında suç şüphesi altında bulunan kişiye sorgu esnasında kendisine yüklenen suç anlatılmadan sorgusunun yapılması, CMK 147/1 ve CMK 191/3 maddelerine aykırı olduğuna ve savunma hakkının kısıtlandığına hükmetmiştir.

<sup>33</sup> CMK m.147/1-f bendi gereğince “Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.”

<sup>34</sup> AİHM, “Jalloh/Almanya”, (B. No. 548210/00, T.11.07.2006, §. 72) davasında “Kendini suçlamama hakkı, kamu makamlarının şüpheli/sanığın arzusu hilafına baskı ve zorlamama metotları ile elde edilen delillere başvurmadan iddialarını ispat etmelerini öğretmektedir.”



Anayasa Mahkemesi Sami Özbil bireysel başvurusunda,<sup>35</sup> suç şüphesi altındaki kişinin kendi aleyhine delil veya beyan vermeye zorlanmasıyla masumiyet karinesinin ve bu kapsamda yer alan susma hakkından dolayı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

### 2.3. Susma Hakkı ve İfade Özgürlüğü

Suç şüphesi altında bulunan kişinin beyanı alınırken kendisine yönetilen sorulara veya suçlamalara karşı cevap vermeme özgürlüğü tanıyan<sup>36</sup> susma hakkı, kişinin ifade özgürlüğünün pasif boyutunun ceza muhakemesi alanındaki yansımasıdır.<sup>37</sup>

Ceza yargılamasına sınırlı da olsa katkısı olan bir muhakeme süjesinden bahsedebilmek için, suç şüphesi altında bulunan kişinin, sorumluluğunu üstlenerek, her türlü baskı ve zorlamadan uzak olarak kendi hür iradesiyle konuşup konuşmama veya istediği ölçüde konuşmaya karar verebilmesi önem arz etmektedir.<sup>38</sup> İfade özgürlü-

<sup>35</sup> AYM, Sami Özbil (B. Nor: 2012/543, T.15/10/2014); BKZ.Y.6.CD. E.2021/12028, K.2021/9993, T.27.5.2021.

"İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nce İzmir Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan ve 14.07.2020 tarihli oturumda SEBGİS üzerinden ve müdafii hazır olmaksızın ifadesi ve savunması alınan sanığın "...Duruşmalara katılmak istiyorum, susma hakkımı kullanıyorum" dediği, Mahkemece susma hakkının da bir savunma biçimi olduğunu hatırlatınca, "Suçlamaları kabul etmiyorum, ben duruşmaya gelmek istiyorum "...savunma hakkının gereğini sanık yargılandığı mahkemenin huzurunda bizzat savunma yapmak istiyorsa buna imkan verilmeli" savunma yapmaya zorlanarak hukuka kesin aykırılık hali, aynı zamanda Anayasa'nın 36/1 ve AİHS m.6/1 maddeleri uyarınca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir

<sup>36</sup> Haydar, a.g.e., s.11

<sup>37</sup> Kocaoğlu, a.g.e. s. 32. Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Kasım 2015, s.46.; Cumhuriyet Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1994, s. 102; Kocaoğlu, a.g.m. s. 31-32.; Mahmut Koca, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s.109. Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Kasım 2015, s.46. ; Haydar, a.g.e., s.11.

<sup>38</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e.159. Öte yandan Yargıtay 6.CD. E. 2019/1013, K.2019/3546, T.19.06.2019 sayılı ilamında suç şüphesi altında bulunan kişiye açıklamada bulunmaması hakkı olduğunun hatırlatılması, bunun üzerine susma hakkını kullanacağını belirtmesi üzerine savunma yapmaya zorlanamayacağını kabul görmüştür.

ğünün olumsuz boyutunu oluşturan susma hakkı, suç şüphesi altında bulunan kişinin kendi aleyhine bir beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaması ve yargılamanın yürütülmesine aktif olarak katılma yükümlülüğünün olmadığı kabulüdür.<sup>39</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişinin, isnat edilen suça ilişkin aktif savunma yapma olanağına sahip olması ifade hürriyetinin pozitif fonksiyonunu oluştururken, susma hakkı kapsamında kendi hür iradesiyle konuşmaması ise ifade hürriyetinin negatif fonksiyonunu oluşturmaktadır.<sup>40</sup>

Suç şüphesi altında bulunan kişinin sahip olduğu ifade hürriyeti kapsamında, susmasından, onun suçluluğu yönünde sonuç çıkarılmamaktadır. Yargıtay bir ilamında suç şüphesi altındaki kişinin sorgusu yapılmadan “susma hakkını kullandığı” gerekçesiyle kurulan mahkûmiyet hükmünün CMK’nın 193. ve 147. maddelerine aykırılık oluşturacağına karar vermiştir.<sup>41</sup>

Kaldı ki, susmanın suç şüphesi altında bulunan kişinin suçluluğu yönünde karene teşkil etmesi halinde susma hakkının kullanımını anlamında onun hür iradesinden bahsetmek de mümkün olmazdı.

<sup>39</sup> Albin Eser, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, *Yargıtay Dergisi*, Çeviri: Nur Centel, S. 16, 1990, s. 319.; Recep Kibar, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara Yetkin Yayınevi, Ankara 1997, s.49.; Asuman İnce Tuncer, “Susma Hakkı Bağlamında Bir Takım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, *AndHD*, Cilt 4, Sayı 2, Temmuz 2018, s.357.

<sup>40</sup> AYM, Yusuf Karakuş ve diğer başvuruçular, (B. No:2014/12002, T.08.12.2016 kararında özetle Suç şüphesi altında bulunan kişi kendisine isnat edilen suç veya olgu hakkında doğrudan doğruya bilgiye sahiptir. İfade veya sorgulama aşamasındaki beyanları muhakemeye yön vermek ile birlikte kendisi aleyhine delilde teşkil edebilir. Suç şüphesi altında bulunan kişinin (veya savunma makamının) yargılama makamı karşısında dezavantajlı konuma düşmemesi, hukuki bilgi eksikliği olan ve içinde bulunduğu adi psikolojiden dolayı sağlık düşünme bilmesi için kendisini suçlamama ve susma hakkı adil yargılanma hakkının etkili bir korunmasını sağlaması şeklinde ifade etmiştir. Nitekim İfade özgürlüğü kişiye düşünme imkânı tanıyan, ikrarlarının veya beyanlarının kendisi aleyhine kullanılıp kullanılmayacağına düşünme ve karar verme açısından önemlidir.; İnce Tuncer, a.g.m., s.359.

<sup>41</sup> Y.5CD. E.2013/9111, K.2015/13441 T.3.7.2015; benzer karar bkz. Y.5CD. E.2013/12704, K.2014/12644, T.11.12.2014 “İstinabe suretiyle alınan 30/05/2012 tarihli beyanında savunmasını asıl mahkemede yapmak istediğini, Mahkemece yapılan 14/06/2012 tarihli duruşmada ise müdafii hazır bulunmadığını, savunmasını onun huzurunda yapmak istediğini belirten ancak daha sonra duruşmaya gelemeyen ve savunmasını vermeye sanığın atılı suçlardan usulen sorgusu yapılmadan “susma hakkını kullandığı” biçimindeki yanlış gerekçeyle mahkûmiyet ve beraat hükümleri kurulması suretiyle CMK’nın 193 ve 147 maddelerine aykırı davranılması...”

## 2.4. Susma Hakkı ve Masumiyet Karinesi

Susma hakkı ve masumiyet karinesi, ulusal ve uluslararası mevzuat ile kişiye tanınmış olan ve devletçe koruma altına alınmış temel hak ve hürriyetlerdendir.<sup>42</sup> Masumiyet karinesi, olağanüstü hallerde dahi dokunulmayacak çekirdek haklardandır.<sup>43</sup>

Masumiyet karinesi, suç şüphesi altında bulunan kişinin suçluluğu kesin hüküm ile sabit oluncaya kadar suçlu sayılmamasını ifade etmektedir.<sup>44</sup> AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında masumiyet karinesi; "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır." şeklinde tanımlanmış olup, bunun iç hukuku-muza yansımaları Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte masumiyet karinesinin uzantısı olarak kişinin lekelenmemesi garanti altına alınmaktadır.<sup>45</sup> Hukuk devleti ilkesi gereğince kişi adil bir yargılanma hakkına sahip olduğu gibi, kişinin maddi ve manevi yapısının korunması da devletin görevidir. Kişinin lekelenmeme hakkı ile insan onuru, Anayasa ve ilgili uluslararası sözleşmeler aracılığıyla korunma altına alınmaktadır.<sup>46</sup>

Masumiyet karinesi salt ceza muhakemesi evresinde değil, idari yargı, disiplin cezası<sup>47</sup> veya diğer hukuk davalarında da

<sup>42</sup> Bu kavram ilk defa 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 9. maddesindeki; "Her insan suçlu olduğuna karar verilmeye kadar masum sayıldığı." hükmü ile temel insan hakları arasında yerini almıştır. Birleşmiş Milletler Evrensel Haklar Beyannamesi'nin 11. maddesi; "Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır" hükümlerinde düzenlenmiştir.

<sup>43</sup> İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBB*, S. 58, 2005, s.44.

<sup>44</sup> AİHS m. 6/2; İHEB m. 11; Ay m. 38. Sulhi Dönmezer, "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 67.

<sup>45</sup> Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, "Ceza Muhakemesi Hukuku", B.6, Ankara 2014, s.240.

<sup>46</sup> Ahmet Gökçen, Murat Bakıcı, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.110

<sup>47</sup> 23.07.1965 tarih 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu (DMK), kamu personeli hakkında disiplin soruşturmalarında izlenecek usulde susma hakkına ilişkin düzenlemeye yer vermemiştir. Danıştay 1.Daire, T. 17.04.2000. E. 2000/29, K. 2000/59, sayılı ilamında Danıştay bir kararında susma hakkına uyulması gerektiği yönünde karar vermiştir. Öte yandan doktrinde susma hakkının disiplin soruşturması geçiren kamu görevlisinin soruşturmacı tarafından hatırlatılması gerektiğini vur-

geçerlidir.<sup>48</sup> AİHM, Güç v.-Türkiye kararında, masumiyet karinesi sadece ceza muhakemesinin aşamaları ile sınırlı değildir. Aynı zamanda bu husus ceza soruşturmalarının dışında hukuk davaları, disiplin soruşturmaları ve diğer adli ve idari işlemler için de geçerlidir.<sup>49</sup> Anayasa Mahkemesi de bir kararında, masumiyet karinesinin hukuk mahkemesinde de geçerli olduğuna karar vermiştir.<sup>50</sup> Öte yandan bu hak, sadece adli makamlar için değil, tüm kamu kurumları ve basın organları için geçerlidir.<sup>51</sup>

Ceza muhakemesinin görevi suç şüphesi altındaki kişinin suçsuzluğu halinde masumiyetini tescillemdir.<sup>52</sup> Ceza muhakemesinin tüm aşamalarında masumiyet karinesinin tanınması,<sup>53</sup> kişiye karşı adli makamların ön yargılı olmasını engellemek, maddi gerçeğe ulaşırken suç şüphesi altındaki kişiyi suçlu görmeyerek en temel hakkı olan savunma hakkını tanımaktır. Suç şüphesi altındaki kişinin suç işlediği kesinleşinceye kadar masumiyet karinesinin devam etmesi CMK'nın 153., 183. ve 223/e maddelerinin gereğidir. Masumiyet karinesinin hukuki

---

gulanmıştır. Bkz. Gül Fiş Üstün, "Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, Haziran 2018, s. 22-24; Veysel Candan Canoğlu, "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat", *TBB Dergisi*, S. 18, 2018, s. 248.

<sup>48</sup> Eyüp Kara, "Lekelenmemeye Hakkı", *Adalet Dergisi*, S.43,2012, s.188.

<sup>49</sup> AİHM, "Güç/Türkiye", (B. No: 15374/11, T.23.01.2018, §32.) Benzer bir kararlar için ayrıca bkz: AİHM, "Kemal Coşkun/Türkiye", (B.N.o: 45028/07, T.28.04.2017, §41-42); AİHM, "Urat v./Türkiye", (B.No: 53561/09, 13952/11, T.27.11.2018, §42); AİHM, "Batiashvili/Gürcistan", (B.N.: 8284/07, T.10.10.2019, §82); AİHM, "Seven/Türkiye", (B.No: 60392/08, T.23.01.2018, §43.)

<sup>50</sup> Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu, Tedbir Kararında Geçen İfadeler Nedeniyle Masumiyet Karinesinin İhlal Edilmesi, 01.08.2019, BB: 78/19, Erişim Tarihi: 11.09.2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basinduyurulari/tedbir-kararinda-gecen-ifadeler-nedeniyle-masumiyet-karinesinin-ihlal-edilmesi/>.

<sup>51</sup> Akif Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, s. 26, Nisan 2016, s.352. Anayasa Mahkemesi B. No:213/500, 20.03.2014 tarihli kararında "mahkeme kararında, resmi yazılarda veya kamu görevlileri tarafından sarf edilen söz ve ifadeler nedeniyle kişiler hakkında masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi için kullanılan ifadelerde seçilecek kelimelere azami dikkat edilmesi gerekir" kararı ile insan onurunu ve lekelenmesini tüm kurumlara karşı geçerli olduğunu hükmetmiştir.

<sup>52</sup> Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Eylül 2018, s.68, Hakan Kızıllarlan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İncelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2019, Sayı 144, s. 64.

<sup>53</sup> Ömer Anayurt, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi," 185; AİHM, "Panteleyenکو /Ukrayna", (B.No: 11901/02, T.29.06.2009, §70)

sonuçlarının ceza muhakemesi alanındaki yansımaları; hukuka aykırı delillere dayanılamaması, ispat yükünün iddia makamına ait olması<sup>54</sup>, suç şüphesi altında bulunan kişinin susma hakkına sahip olması, şüpheden sanığın yararlanması ve yargılanmada makul sürenin aşılması şeklindedir.<sup>55</sup>

Suç şüphesi altında bulunan kişi suçsuzluğunu ispat etmek ile yükümlü değildir.<sup>56</sup> Masumiyet karinesine göre suç şüphesi altında bulunan kişinin, suçluluğu kanunen ispatlanıncaya kadar suçsuz olduğu kabulü ile hareket edildiğinden, kişinin kendisi aleyhine ifade vermeme ve ceza muhakemesinin yürütülmesine aktif olarak katılma hakkı bulunmaktadır.<sup>57</sup>

Masumiyet karinesinin hukuki sonuçlarından olan susma hakkı, suç şüphesi altındaki kişiyi suçsuzluğunu kanıtlamak için leh veya

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu Ahmet Altuntaş ve Diğerleri (B.N.:2015/19616, T.17.5.2018) kararında "Sanık masumiyet karinesi gereği suçsuz sayıldığı için yargılama yapılmakta ve maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşmak için suç isnadı altında olan kişiden masum olduğunu ispat etmesi istenemez." Bu bağlamda başvurusunun Anayasa'nın 36. ve 38. Maddeleri ile güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

<sup>55</sup> Hüseyin Şık, "Suçsuzluk Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.1, 2021, s. 117. bkz. Y.13CD.E.2018/5917,K.2018/17025, T.28.11.2018 ilamında "Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüne esas alınan 24/05/2008 tarihli, emniyette hazırlanan tutanağın, her ne kadar üzerinde sanık müdafinin imzası bulunsa da, sanıkla yapılan mülakat adı verilen ve kanunda yer alan hakları hatırlatılmadan yapılan ön görüşmenin tutanak altına alınmış hali olduğu, sanığın daha sonra resmi ifade alınma işlemine geçildiğinde susma hakkını kullandığı ve savcılıkta ifade vermek istediğini belirttiği, savcılık ifadesinde de suçu inkar ettiği ve tutanağı kabul etmediği anlaşılmalı, 5271 sayılı CMK'nın 147. maddesinde aranan şartları taşımayan ve hukuka aykırı bir ifade alma usulüyle elde edilen delile dayanılarak, aynı Kanun'un 148/4. maddesi de gözetilerek, sanığın beraati yerine mahkumiyetine hükmedilmesi;"

<sup>56</sup> AİHM, "Capeau/Belçika", (B.N.: 42914/98, T.13.01.2005); AİHM "Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya", (B. No:10590/83, T.06.12.1988) "Diğer yandan, Mahkeme, Sözleşme ile öngörülen yargılama usulünün, (ispat yükü, iddia eden üzerinde) ilkesinin titizlikle uygulanmasına her zaman elverişli olmadığını tespit etmektedir", AİHM kararının gerekçesi masumiyeti korumaktır. AİHM, "Ersin Erkuş ve Diğerleri/Türkiye" Davası, (B. No:40952/07, T.31.05.2016) AİHM, "Rivas/Fransa", (B.No:59584/00, T.1.04.2004). Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016. s. 425.

<sup>57</sup> İlhan Üzülmöz, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBB*, S. 58, Mayıs/Haziran 2005, s. 42; Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHF*, C. 48, 1999/1-4, s. 137 vd.; Pınar Memiş, Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 4. Şık, a.g.e. s. 117-119.; Haydar, a.g.e., s.10.

aleyhe olan hususları açıklamak zorunluluğundan kurtarmaktadır.<sup>58</sup> Suç şüphesi altındaki kişinin susma hakkını kullanması, suçlu olduğu anlamına gelmeyip masumiyet karinesinden yararlanmaya devam etmesine engel olmaz. Susma hakkı, kişinin savunma hakkı kapsamında yer almakta olup bu hakkın kullanılması kişinin aleyhine suçluluk karinesi olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>59</sup> Yargıtay bir kararında “Geniş bir kavram olan savunma hakkı, şüpheliyi ve sanığı ilgilendirdiği kadar, bir gün şüpheli veya sanık konumuna düşebilecek toplumda yaşayan herhangi bir ferdi, dolayısıyla da toplumu ve yine adaleti sağlama yükümlülüğü bulunan Devleti ilgilendirmektedir. Çünkü ceza yargılamasında savunma, yargılamanın sonucunda verilen ve iddia ile savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan, hükmün doğru olmasını sağlar. Bu yönüyle, geniş bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken savunma hakkı, susma, soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, kanıtların toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma gibi hakların yanında müdafiden yararlanma hakkını da içerir.” şeklindeki ifadelerle susma hakkının savunma hakkı kapsamı içerisinde bulunduğunu belirtmiştir.<sup>60</sup>

Suç şüphesi altındaki kişinin susması hakkını kullanması, onun mahkûmiyetinin tek veya esas dayanağı olamaz.<sup>61</sup> Yargıtay bir diğer

<sup>58</sup> Muharrem Özen, Atacan Köksal, “Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68(11), 2019, s.275, Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, B.14, İstanbul, 2017, 175.

<sup>59</sup> Kocaoğlu, s.37. Faruk Turhan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara, 2006, s. 106; Yalçın Şahinkaya, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 163. Y 16.CD. E. 2019/3654,12.11.2019T, K., 2019/6831 tarih sayılı ilamında “sanığın kollukta yasal susma hakkını kullanmış olmasının T müspet suç yönünden delil veya örgütsel faaliyet olarak kabul edilemeyeceği” şeklinde karar vermiştir.

<sup>60</sup> YCGK, E.2019/74, K., 2020/187, T.17.03.2020

<sup>61</sup> Tanık olarak dinlenen kişinin daha sonra suça iştirak isnadı karşısında susma hakkını kullanmasına rağmen, mahkûmiyet hükmünün sadece bu beyanlara dayanmasının sözleşmenin m.6/1 fıkrasına aykırı olduğuna dair bkz., AİHM, “Luca / İtalya”, (B. No. 33354/96,27.02.2001T, §. 41-45), Müşteki tanığın sonradan çekinmesi halinde çekinme öncesi beyanlarının tek delil olmaması dolayısıyla hükümde kullanılmasının adil yargılanmayı ihlal etmediğine dair bkz. AİHM, “Asch / Avusturya”, (B. No. 12398/86, 26.04.1991KT, §30;) Sanığın delil vermeyi reddetmesinin mahkûmiyete temel alınmaması gereğine dair bkz. AİHM, “Condron / Birleşik Krallık”, (B. No. 35718/97, T.02.05.2000, §56.)



kararında;<sup>62</sup> suçsuzluğunu ispat amacıyla beyanda bulunmak yerine yakalandıklarında susma hakkını kullanmış ve açıklama yapmamış olması hususları tüm dosya kapsamı ile birlikte değerlendirildiğinde, sanığın uyuşturucu madde nakledileceğini bildiği hâlde amaçlanan aile görüntüsünü vermek için suça katıldığı...’ şeklindeki gerekçenin hukuki bir yönünün bulunmadığı, suçlanan failin suçsuzluğunu ispat etmesi gerekmeyeceği, aksine evrensel bir kaide olan masumiyet karnesi gereği herkesin suçlu olduğu ispat edilene kadar masum kabul edilmesi tartışılmazdır. Susma hakkı aslında suçlanan kişinin <beni suçluyorsunuz, öyleyse ispat edin !> demesidir. Suçu kabullenme olarak kabul edilemez şekilde hüküm vermiştir.

Ayrıca soruşturma aşamasında ön ödeme veya uzlaştırma teklifi veya uygulanması da ikrar anlamına gelmeyip kişinin susma hakkı varlığını korumaya devam edecektir.<sup>63</sup> Kişi susma hakkını kullandıktan sonra Ceza Muhakemesi Kurumu olan uzlaştırma veya ön ödemeyi kabul etmesi halinde bu durum kişinin aleyhine yorumlanmaz, ikrar olarak kabul edilmez ve kişinin susma hakkının sona ermesine neden olmaz.<sup>64</sup>

İstikrarlı kararlarında görüldüğü üzere Yargıtay, suç şüphesi altındaki kişinin yargılama sırasında suçunu inkâr etmesi veya yargılama makamlarına yardımcı olmaması şeklindeki davranışlarını susma hakkı kapsamında değerlendirerek, bu davranışlarının ceza takdiri sırasında kişinin aleyhine kullanılmasını hukuka aykırı bulmaktadır.<sup>65</sup> Tanınan bir haktan dolayı suç şüphesi altındaki kişi hakkında iddia

<sup>62</sup> YCGK, E.2017/980, K., 2020/448, T.5.11.2020.

<sup>63</sup> Kan Aydın, a.g.e.,s.311; Haydar, a.g.e, s.74.

<sup>64</sup> Nuh Centel-Hamide Zafer, İtişgen, a.g.e. s.124., Özbek, a.g.e., s.689.

<sup>65</sup> Y. 4CD. E.2015/21840, K.2019/18929, T.05.12.2019, sayılı ilamında “CMK’nın 147/1-e maddesi uyarınca susma hakkı bulunan sanık hakkında, sanığın susması inkâr yoluna gidişi, yargılamaya yardımcı olmayışı biçimindeki kanuni olmayan gerekçe ile takdiri indirimini uygulanmaması” hukuka aykırı kabul görmüştür. Yargıtay 1CD. E.2018/1213, K.2020/307, T.04.02.2020, sayılı ilamında “susma hakkı da olan sanığın suçunu inkâr ettiği gerekçesi ile hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağından bahisle, yazılı şekilde hüküm kurulması” hukuka aykırı kabul görmüştür. 2.CD.E.2011/30543, K.2012/946, 25.01.2012T, ilamında “Savunma hakkı kapsamında hakkındaki suçlamayı kabul etmeyebileceği gibi CMK’nın 147. maddesine göre susma hakkı bulunan sanığın “açık ikrarı olmadığı” biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile TCK’nın 59. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi.”



makamı bu durumu yeterli şüphe olarak değerlendiremez ve bu hususu aleyhe yorumlayarak iddianamede yer veremez.<sup>66</sup> Öte yandan hâkimin, suç şüphesi altında bulunan kişinin susma hakkını kullandığı gerekçesiyle ceza tesis ederken hükmolunan hapis cezasını ertelememesi, seçenek yaptırımlara çevirmemesi veya hükmün açıklanmasının geriye bırakılması hükümlerini uygulamaması hukuka aykırıdır.<sup>67</sup>

### 3. TÜRK HUKUKUNDA SUSMA HAKKI SINIRI VE KAPSAMI

#### 3.1. Gerçek Kişiler

##### 3.1.1. Şüpheli ve Sanık

5271 sayılı CMK 2/1-a maddesinde şüpheli ve sanık tanımı yapılmıştır. Şüpheli, “soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi”, sanık ise “kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır. Buna göre ceza muhakemesinde susma hakkının en önemli iki süjesi suç şüphesi altında bulunan şüpheli ve sanıktır.<sup>68</sup> Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılmasında iddia ve yargılama makamları bakımından muhakemeye yön vermesi açısından suç şüphesi altında bulunan kişinin beyanına başvurmak bir ihtiyaçtır.<sup>69</sup> Ceza muhakemesinde ispat vasıtası olarak yer alan beyan delillerinden bir tanesi suç şüphesi altında bulunan kişinin açıklamalarıdır.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Özen, a.g.e. s. 425.

<sup>67</sup> Gökhan Taneri, Ceza Muhakemesi Kanunu El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020 s.544. Ali İhsan İpek, Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Savunma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.64.

<sup>68</sup> Süje olarak şüpheli ve sanık hakkında genel açıklamalar için bakınız Nur Centel/ Hamde Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 174 vd.; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, İnsan Kitabevi, 3. Baskı, Eskişehir, 2019, Karakehya, s. 126 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 217 vd., 559; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2020, s. 226 vd.; Feriddun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 187 vd.; bkz. Y.6.CD. E.2021/12028, K.2021/9993, 27.5.2021 Karar tarihli ilamında “Şüpheli ya da sanık ceza muhakemesinin en başta gelen süjesidir.”

<sup>69</sup> Haydar, a.g.e., s.75.

<sup>70</sup> Ahmet Gökçen, Kerim Çakır, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delilerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21, Özel S.2019, s.2912.

Suç şüphesi altında bulunan kişinin ceza yargılamasının bütününde, kendisine yüklenen suçlamanın tamamı bakımından susması “tam susma” olarak adlandırılırken, aynı ifade veya sorgu işlemi esnasında bazı bilgileri vermekten imtina etmesi ise “kısmi susma” olarak adlandırılır.<sup>71</sup> Ceza muhakemesinin farklı aşamalarından birinde susması dışında konuşması ise “geçici susma” olarak nitelendirilir.<sup>72</sup> Suç şüphesi altındaki kişinin, susmasından onun aleyhine bir sonuç çıkarılamamakla birlikte, susma hakkını kullandığı ana kadar yaptığı açıklamalar muhakemede delil olarak kullanılabilir.<sup>73</sup>

### 3.1.2. Tanık

Tanık, geçmişte yaşanmış bir olay ve olgu ile ilgili beş duyusuyla elde ettiği bilgiyi soruşturma ve kovuşturma makamları önünde anlatan ve yargılamanın tarafı olmayan kişidir.

Suç şüphesi altında bulunan kişinin susma hakkı bulunmasına rağmen, CMK m. 53 gereğince tanık beyanda bulunma yükümlülüğü altındadır.<sup>74</sup> Bununla birlikte, CMK m. 45’te tanıklıktan çekinebilecek kişiler sayılmıştır. Bu maddeye göre; suç şüphesi altında bulunan kişinin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları, aralarında evlâtlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilecek kişilerdir. Tanık, kendisini veya kanunda sayılan kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir (CMK m.48).

<sup>71</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 160. Rezzan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 33-34. Werner Beulke, Strafprozessrecht, 12 Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2012, para. 495 vd.; Stephen Rushin, “Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence”, California Law Review, C. 99, 2011, s. 170-171. Naklen İtişgen, a.g.e. s. 33-34.; Hartmut Schneider, “Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von Beschuldigten”, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2017, C. 37, S. 2, (2), Naklen: İnce Tuncer, a.g.m., s.361.; Haydar, a.g.e., s.5-6.

<sup>72</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e.160; Ali Tanju Sarıgül, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara Ocak 2009, s. 111.; Haydar, a.g.e.s, 6.

<sup>73</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e.160; Sarıgül, a.g.e. s.111., Kocaoğlu, a.g.m., s.38.

<sup>74</sup> Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 50-51.

Tanığa verilen bu hak yalnızca, tanığın kendisi veya kanunda sayılan yakınları hakkında ceza soruşturması başlatılmasına neden olabilecek soruları cevaplamaktan çekinmesini kapsar. Suç şüphesi altında bulunan kişi ile tanık arasında, önceki beyanları üzerindeki tasarruf yetkisi bakımından da farklılık vardır. Şöyle ki; CMK 210. maddesi 2. fıkrasına göre, tanığın duruşmada tanıklıktan çekinmesi durumunda önceki ifadesine ilişkin tutanak duruşmada okunamayacaktır Ancak suç şüphesi altında bulunan kişi, sustuğu zamana kadar yaptığı açıklamalar, başka delillerle desteklendiğinde aleyhe bir durum yaratıyorsa bu açıklamalar, devamında kişi susmuş olsa bile hüküm verirken değerlendirilebilir.

### 3.2. Tüzel Kişiler

Tüzel kişilik, “hukuk tarafından yaratılan ve tanınan kişiler” olarak tanımlanmıştır.<sup>75</sup> Tüzel kişiler, Türk Medeni Kanunu gereğince, yaş ve hısımlık gibi yaratılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (m.48). TCK'nın 20. maddesinde tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamayacağı, ancak özel hukuk tüzel kişileri hakkında suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri (faaliyet izninin iptali ve müsadere kararı) uygulanabileceği düzenlenmiştir (TCK m.60).

Susma hakkının tüzel kişiler tarafından kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin yaptırım niteliği olduğundan tüzel kişilerin kendini suçlamaya zorlanamama hakkından yararlanabileceğini savunanların yanında; susma hakkı içeriği itibari ile suç şüphesi altında bulunan kişiler hakkında düzenlenmesinden ve insan haklarından biri olmasından dolayı tüzel kişilerin bu haktan faydalanamayacağını savunanlar da bulunmaktadır.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> Hasan Pulaşlı/Ömer Korkut, Temel Hukuk, 12. Baskı, Karahan Kitapevi, 2012, s. 171.

<sup>76</sup> Rezzan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur) ve Susma Hakkı, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 102-107.

### 3.3. Susma Hakkının İstisnası (Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü)

Kişinin kimlik bilgilerini ibraz etmekten imtina etmesinin susma hakkı kapsamında sayılıp sayılmayacağı yönünde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre; kişi, kimlik bilgilerinin ibrazı bakımından susma hakkına sahip değildir. CMK 147/1-a maddesi gereği, ifadesi alınan veya sorguya çekilen suç şüphesi altındaki kişinin kimliği tespit edilir. Suç şüphesi altındaki kişi, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplamak zorundadır.<sup>77</sup> Madde gerekçesinde susma hakkının, AİHS'nin 6/2 maddesinde düzenlenen temel insan haklarından birisi olan suçsuzluk karinesinin tamamlayıcı unsuru olduğu vurgulanarak kişinin kimliği hakkındaki sorulara ilişkin olarak susma hakkını kullanamayacağı, zira bu hakkın sadece "isnat edilen suç ve olgular hakkında açıklamada bulunmamaya" ilişkin olduğu, kişinin kimliğine ilişkin soruları doğru şekilde cevaplandırma yükümlülüğü bulunduğu belirtilmektedir. Aksi halde kişinin cezai sorumluluğu doğabilecektir. TCK'de resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak (m.206) ve başkasına ait kimlik bilgilerini kullanmak (m.268) fiilleri de suç olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan Kabahatler Kanunu (KK) 40. maddesi ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) 4/A maddesi hükümlerine göre; görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimlik veya adresi ile ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişi hakkında idari para cezasına hükmedilebileceği gibi, bu kimseler kimlikleri açık şekilde anlaşılana kadar gözaltında tutulabilir ve gerekli olması halinde tutuklanabilirler.<sup>78</sup>Bu düzenlemeler, hukukumuzda kimlik bilgileri konusunda kişinin susma hakkının bulunmayıp kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmasının yasal zorunluluk olduğunu aksi takdirde hakkında adli ve idari yaptırımlar uygulanabileceğini göstermektedir. Tüm bu kanun *hükümleri*, *Türk hukukunda kimlik bilgilerinin*

<sup>77</sup> Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018; Haydar, a.g.e., s.62-63-64-65.; Kan Aydın, a.g.m, s.215.

<sup>78</sup> Cüneyt Altıparmak, "Kimliğini Bildirmeme Kabahati", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 23, 2008, s. 104. Yazar ayrıca, bu kabahat için tutuklama yapılmasının CMK m.100'deki koşullara tabi olmadığını, burada tutuklamaktan amaçlananın faili belli bir yönde hareket etmeye zorlamak olduğunu da belirtmektedir.

*ibrazı bakımından susma hakkının kabul görmediğini ortaya koymaktadır.*<sup>79</sup> Bu konudaki diğer görüş ise, kişinin kimlik bilgilerini ibraz etmekten imtina etmesinin susma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Şöyle ki, hakkında arama ya da yakalama kararı olan bir kişinin kimliğini bildirmesi, onun aleyhine sonuç doğuracaktır.<sup>80</sup> Kişinin kendi aleyhine sonuç doğuracak bir bilgiyi bildirmekte zorunlu olduğunun kabulü ise susma hakkı ile açıkça çelişecektir.

#### 4. SUSMA HAKKI İHLALLERİ

Adil bir yargılamadan bahsedebilmek için soruşturma ve kovuşturma aşamasında, suç şüphesi altında bulunan kişiye, suçlamanın nedeni, içeriği, hukuki olarak nasıl nitelendirildiği; sahip olduğu hakları ve bu hakların içeriği mümkün olan en kısa sürede, anlayabileceği şekilde açıklanmalıdır. Sahip olduğu haklar kendisine açıklanmamış olan suç şüphesi altındaki kişinin kendisini savunması beklenemez. Yine ceza muhakemesinde suç şüphesi altında bulunan kişinin beyanları hür iradesine dayanmalıdır. Aksi durumda gerek suç şüphesi altında bulunan kişiye hakları hatırlatılmadan elde edilen gerekse suç şüphesi altında bulunan kişinin hür iradesine dayanmayan beyanların ceza yargılamasında değerlendirilememesine ilişkin delil yasağı ortaya çıkacaktır.<sup>81</sup>

##### 4.1. Suç Şüphesi Altında Bulunan Kişiye Haklarının Hatırlatılmaması

Suç şüphesi altında bulunan kişi ile adli makamların temasa geçtiği anda öncelikle tüm hakları eksiksiz olarak, anlayacağı bir şekilde hatırlatılmalıdır.<sup>82</sup> Suç şüphesi altındaki kişiye tanınan susma hakkı

<sup>79</sup> Haydar, a.g.e. s. 89.

<sup>80</sup> Joseph R. Ashby, "Declining to State A Name In Consideration of the Fifth Amendment's Self Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After *Hibel*", *Michigan Law Review*, C. 104, February 2006, s. 784. Naklen: Haydar, a.g.e., s.90.

<sup>81</sup> Ceza muhakemesinde "delil serbesti" gereklidir. Fakat delil serbesti içinde savcı ve hâkim önüne gelen delilleri değerlendirmede serbesttir. Elde edilen delilerin hukuka ve kamu düzenine aykırı olmamak koşulu ile elde edilmelidir. Ahmet Gökçen, Kerim Çakır, "Ceza Muhakemesinde Delil, Delilerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları", *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S.2019, s.2928 vd.

<sup>82</sup> Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2016, s.

sadece kişiye yöneltilen suç isnadını değil ceza muhakemesinin her evresini kapsamaktadır.<sup>83</sup> CMK m. 90/4 fıkrası gereğince “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.” hükmünü ihtiva etmektedir. Madde gerekçesinde yakalandığı andan itibaren, beklemeksizin hakların bildirimini öngörülmüştür.<sup>84</sup> Bununla birlikte Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGİY) madde 23 gereğince kanuni hakların bildirim yapılr.

Susma hakkı CMK m. 147/1-e bendi ve YGİY'nin madde 23-f bendi uyarınca suç şüphesi altında bulunan kişinin haklarının en başında yer almaktadır. Kişiye hakları anlatılırken susma hakkının aleyhe sonuç doğurmayacağı bildirilmeli ve kişinin kendi aleyhine sonuç doğurabileceği düşüncesinden kurtulması sağlanmalıdır. Bu durumu engellemek için yakalanan şahsın bizzat kendisine ve anlayabileceği şekilde susma hakkının da dâhil olduğu kanuni haklarının anlatılması önem arz etmektedir.<sup>85</sup> TCK m. 26/1 “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.” hükmü gereğince susma hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.<sup>86</sup> Susma hakkı suç şüphesi altında bulunan kişinin en kutsal savunma mekanizmasıdır.<sup>87</sup>

Varlığından haberdar edilmeyen hiçbir hak anlam ifade etmemektedir.<sup>88</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişiye hakları hatırlatılmadan elde edilen beyanlar hukuka aykırı delil olarak kabul edilerek ceza yargılamasında hükme esas alınmaz.<sup>89</sup> CMK m. 217/2'de; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebi-

---

202

<sup>83</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, Eylül 2013, s.145.

<sup>84</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 155.

<sup>85</sup> Kocaoğlu, a.g.e. s. 44.

<sup>86</sup> İpek, a.g.e. s.64.

<sup>87</sup> Demirbaş, Timur, İfade alma ve sorgu, içinde Yenisey F, Ziyalar N, Bağcı O, Özaşçılar M, ukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliler, İstanbul Bahçeşehir, 2006, s.17.

<sup>88</sup> Y4.C.D., 7351/7693 K04.10.1994 T.

<sup>89</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 207.

lir” hükmü düzenlenmiştir.<sup>90</sup> AİHM Alexandre Zaichenk davasında,<sup>91</sup> hazırlık soruşturması aşamasında hakları anlatılmadan başvuruçunun ikrarının söz konusu olduğu olayda susma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Öte yandan Yargıtay bir kararında, suç şüphesi altında bulunan kişiye kanuni hakları hatırlatılmadan yapılan sorgunun CMK 147/1 ve 191/3 maddelerine aykırı olduğuna ve savunma hakkının kısıtlandığına karar vermiştir.<sup>92</sup>

Susma hakkını kullanan kişi hakkındaki deliller soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından objektif olarak değerlendirilmelidir.<sup>93</sup> Susma hakkını kullanan kişi isterse meramını anlatma ve lehine olan delillerin toplanmasını isteme hakkına sahiptir. Ayrıca susma hakkını kullanan kişi müdafî yardımından faydalanarak etkili ve etkin bir savunma için zaman kazanmış olur.<sup>94</sup>

Susma hakkının da içinde olduğu kanuni hakların suç şüphesi altında bulunan kişiye, muhakemenin her evresinde ayrı ayrı hatırlatılması gerekmektedir.<sup>95</sup> CMK m.147/1-e bendi gereği, ifade ve sorgu sırasında, CMK m.191/3-c gereği duruşmada bu işlem tekrarlanmalıdır. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, suç şüphesi altında bulunan kişi susma hakkını kullanmak istiyorsa bu durum tutanağa bağlanarak mevcut delillere göre kişinin hukuki durumunun değer-

<sup>90</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 2012/100 Esas, 2013/84 Karar, 04.07.2013 Tarihli kararında; “Maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlamada önemli bir rol oynayan delil serbestliği ilkesi uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmemesi koşuluyla, ceza muhakemesinde her şeyin delil olması mümkündür” şeklinde ifade edildiği üzere suç şüphesi altındaki kişiye yüklenen suç ancak hukuka uygun surette elde edilen delillerle ispatlanabilir.

<sup>91</sup> AİHM, “Alexandre/Zaichenk” (B. No:39660/02, T.18.2.2010, § 52-60.)

<sup>92</sup> Y13.CD, E.2018/8566, K.2019/5047,T.03.07.2019. ; YCGK, E. 1996/6-623, K. 1996/282, T.17.12.1996. Aynı yönde karar “Yerel mahkemece iddianame okunduktan sonra sanığa suç anlatılıp suçlamalar konusunda cevap vermeyebileceği hatırlatılarak sorgusuna geçilmiştir. Madde ile sanığa tanınan haklar sadece susma hakkından ibaret olmayıp 135. maddenin diğer bentlerindeki hususlar da aynı derecede önemli ve savunma hakkına ilişkindir.Sanığın en önemli haklarından biri olan savunma hakkı hiçbir şekilde kısıtlanmamalıdır.” şeklinde karar verilmiştir.

<sup>93</sup> Kayıhan İçel, Yener Ünver, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara Ekim 2014, S.593.

<sup>94</sup> İtişgen, a.g.e., s. 164-166.; Haydar, a.g.e., s.121,

<sup>95</sup> Kayıhan İçel, “Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları”, Prof. Dr. Nurulah Kunter’e Armağan, İstanbul, Beta, 1998 s. 126; Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayıncılık, Ankara Eylül 1997, s. 41.; Haydar, a.g.e., s.120



lendirilmesi gerekir.<sup>96</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişiye haklarının öğretilmesi, devlet ile kişi arasında silahların eşitliğinin sağlanması yönünde bir vasıta olmaktadır.<sup>97</sup>

#### 4.2. İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller

Kanun koyucu suç şüphesi altındaki kişinin kendi geleceğini hür olarak tayin edebilmesi ve kişinin korunmasında istikrar sağlayabilmek için CMK'nın 145. ve 146. maddelerini düzenlemiş, adli makamlara karşı güçsüz durumda olan suç şüphesi altındaki kişinin ifadesinin veya sorgusunun alınmasında uyulması gereken usulleri ise CMK'nın 147. maddesinde hüküm altına almıştır. Bu düzenlemeler ile ne pahasına olursa olsun düşüncesiyle maddi gerçeğe ulaşma çabasının kabul edilemez olduğu vurgulanmaktadır.<sup>98</sup>

CMK'nın 148 maddesinde ifade alma ve sorguda yasak usuller düzenlenmiştir. Yasak sorgu usulleri suç şüphesi altındaki kişinin masumiyet karinesi bağlamında gayri insani ve kötü muamelelerden korunmasını ve beyanlarının hür iradesine dayanmasını sağlamaktadır.<sup>99</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişinin özgür iradesini ortadan kaldıran hiçbir davranışa başvurulamaz.<sup>100</sup> İlgili maddenin birinci fıkrasında hür iradeyi engelleyici nitelikteki davranışlar örnekleme yoluyla gösterilmiştir. Bunlar; kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler ile kanuna aykırı yarar vaadi gibi iradeyi bozacak nitelikteki davranışlardır.

Temelini Anayasa m. 38/5'ten alan ve susma hakkını kullanıp kullanılmamaya yönelik tercih, suç şüphesi altında bulunan kişinin özgür iradesine dayanmalıdır. AİHM, Duman- Türkiye davasında,<sup>101</sup> dava dosyasında önceden matbu olarak düzenlenmiş, imzalanmış belgenin bulunmasının, suç şüphesi altındaki kişinin, suçunu itiraf etmeme,

<sup>96</sup> Y. 1CD, E.2015/4226, K. 2017/11, T. 16.01.2017.

<sup>97</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 155.; Şahin (Sanığın Sorgusu), s. 175; Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *TBBD*, S. 55, 2004, s. 38.; Haydar, a.g.e., s.118.

<sup>98</sup> Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, Verlag C.H. Beck, 6. Aufl age, München, 2008, § 9 KN. 13 Naklen: Haydar, a.g.e., s.9.

<sup>99</sup> Turhan Tufan YÜCE, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri", *TBBD*, C. 1, S.1, 1988, s.161

<sup>100</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 184.

<sup>101</sup> AİHM, "Duman/Türkiye", (B. No. 28439/03, T.23.03.2010, §. 50)

müdafî yardımından yararlanma ve susma hakkı konularında gereği gibi bilgilendirildiğini göstermeyeceği şeklinde karar vermiştir.

Aksi bir durum insan onuruna aykırı bir durum yaratacaktır.

AIHM, Saunders-Birleşik Krallık davası<sup>102</sup> kararına konu olan, bir şirket sahtekârlığına ilişkin soruşturmada beyanları tazyik suretiyle elde edilmiş olan başvuruçunun ifadelerinin ceza davasında kendisi aleyhinde kullanılmış olmasından ibaret olayda, sessiz kalma ve bunun bir uzantısı olan kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının AIHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma kavramının temelini oluşturan ve uluslararası sözleşmelerdeki belirlenen kuralların özünde bulunan tabi hak olduğunu belirterek bu hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu hak suç şüphesi altındaki kişinin, yetkililer tarafından zorlanmaya karşı korumak suretiyle adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemektedir.<sup>103</sup>

Suç şüphesi altındaki kişiye susma hakkını tanımamak, ifade ve sorgu aşamasında konuşma yükümlüğü yüklemektedir.<sup>104</sup> Bu bağlamda susma hakkı yasak sorgu yöntemlerinin uygulanmasının da önüne geçmektedir.<sup>105</sup>

Kendini suçlayıcı beyanda bulunmama ve kendi aleyhine delil vermeme hakkı, suç şüphesi altındaki kişiden zorla elde edilecek vücut doku ve sıvılarının alınmasını kapsayacak şekilde genişletilmemektedir. Burada suç şüphesi altında bulunan kişinin muhakeme işlemlerine aktif olarak katılımı söz konusu değildir; kişi bu işlemlere pasif olarak boyun eğmektedir.<sup>106</sup> Saunders-Birleşik Krallık davası<sup>107</sup> kararında susma hakkının; cezai işlemlerde suç şüphesi altındaki kişilerden zorla elde edilen gereç/materyallerin kullanılmasının susma hakkının sınırları içerisinde olmadığı, suç şüphesi altındaki kişinin hür

<sup>102</sup> AIHM, "Saunders/Birleşik Krallık", (B. No. 19187/91, T.17.12.1996, §. 69)

<sup>103</sup> Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 171.

<sup>104</sup> Haydar, a.g.e., s.8.

<sup>105</sup> Momme Buchholz, Der nemo tenetur- Grundsatz, Kiel, Springer, 2017, s. 206-207. Geoffrey R. Skoll, "Torture, and Fifth Amendment: Torture, the Global War on Terror, and Constitutional Values", *Criminal Justice Review*, C. 33, S. 1, 2008, s. 33. Naklen, İtişgen, a.g.e., s.170.

<sup>106</sup> İlhan Üzülmöz, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *TBB*, S. 58, 2005, s. 61.

<sup>107</sup> AIHM, "Saunders / Birleşik Krallık", (B. No. 19187/91, T.17.12.1996, §.68-69;),

iradesinden bağımsız bir şekilde, arama emri sonucu ele geçirilen belge, vücut doku ve sıvılarının DNA testi için kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.<sup>108</sup> Anayasa Mahkemesi Sıtkı Güngör<sup>109</sup> bireysel başvurusunda, kanun yolları tüketilmediğinden susma ve kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmaya ilişkin başvuruyu kabul etmeyip kişinin maddi ve manevi yapısının korunmasına yönelik olarak etkili başvuru hakkı kapsamında işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir.

#### 4.2.1. İşkence

Şüphesiz ki işkence insan haklarının en ağır ihlalidir. İşkence, ulusal ve uluslararası mevzuatta kesin olarak yasaklanmıştır. İşkencenin ulusal ve uluslararası mevzuatta tanımı yoktur.<sup>110</sup> İşkence sözlükte, “herhangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya maznulara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza veya cefa vermek”<sup>111</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

Ulusal ve uluslararası hukukta işkence, belirli kişiler tarafından işlenen özgü suç olarak kabul edilmiştir.<sup>112</sup> Öğretide işkence; süreklilik arz eden<sup>113</sup>, sistematik olarak<sup>114</sup>, belirli bir suç şüphesi altındaki kişiden<sup>115</sup> istenen yönde beyan elde etme<sup>116</sup>, itirafı sağlama<sup>117</sup>, delil elde

<sup>108</sup> Haydar, a.g.e., s.33.

<sup>109</sup> AYM, “Sıtkı Güngör” (B. No: 2013/5617, T.21/4/2016)

<sup>110</sup> Ayşe Nuhoglu, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:8, İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1999, s.529.

<sup>111</sup> Türk Hukuk Lügatı, 3.Bası, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1998, s.175.

<sup>112</sup> İlhan Üzülmüş, “Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.3

<sup>113</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 151.

<sup>114</sup> Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık., Ankara 2006, s.412.

<sup>115</sup> İşkence suçunun mağduru, suç şüphesi altındaki kişi, tanık veya mağdur da olabilir. Bkz. Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara 2000, s. 269 vd.

<sup>116</sup> Y4.CD., E.2007/2313, K.2006/4406, T.09.05.2007, bkz. “Emniyet karakolu görevlisi olan sanıkların katılanın şikâyeti üzerine başlatılan bir soruşturma sırasında, olayları bildirmesini engellemek ve beyanlarını değiştirmesini sağlamak amacıyla katılanı karakola çağırıp gözlerini bağlayarak dövme suretiyle kötü muamelede bulunma eylemlerinin işkence suçunu oluşturabileceği...”

<sup>117</sup> 8.CD., 14107-9402, T.11.10.2005, (yayımlanmamış). “... sanıkların mağdur Ersin ve Mehmet’e suçlarını söyletmek amacı ile gözlerini bağlayarak sürekli gezdirmek ve dayak atmak suretiyle işkence yaptıkları...”

etme veya cezalandırma amaçlı, ıstırap, acı ya da daha şiddetli ağrılara neden olan eylemler olarak tanımlanır.<sup>118</sup> İşkence gayri insanı, zalimane bir muamele olmakla birlikte, aynı zamanda insan onurunu yok sayan eylemlerdir.<sup>119</sup> Bu anlamda işkence, kişinin hür iradesini yok eden, insan haklarını ihlal eden hukuka ve insanlık onurunu zedeleyen hukuka aykırı bir durumdur.<sup>120</sup> Bu nedenle işkence suçunun faili yönünden soruşturulması veya kovuşturulması zaman aşımına tabi değildir.<sup>121</sup>

AİHS'in 3. maddesinde işkence yasağı düzenlenmiştir. Maddeye göre, "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz." AİHM'ye göre bu maddenin kapsamı mutlak ve istisnalara yer verilmemiştir. İrlanda-Birleşik Krallık davası kararında; Sözleşme, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaları, mağdurun davranışından bağımsız olarak, mutlak surette yasaklar.<sup>122</sup> Sözleşmenin 3. maddesinde istisnalara yer verilmediği gibi, toplum yaşamını tehdit eden genel bir tehlike halinde dahi, bu yasaktan vazgeçilmesi söz konusu olmayacaktır.<sup>123</sup>

<sup>118</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 10 Bs. Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.665, Sulhi Dönmez, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1984, s. 132. İzzet Özgencü/Cumhur Şahin, "İşkence Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S. 1-2, Haziran-Aralık 2000, s. 185 vd. Sudre, Frédéric, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 19. Éd., PUF, Que Sais Je? Paris 1997, s. 91-92. AİHM, "Aydn/Türkiye" (B. No: 25660/94, T.25.09.1997, § 82;)

<sup>119</sup> Françoise Bouchet-Saullnier, "İnsancıl Hukuk Sözlüğü" Çeviren: Selahattin Bağdatlı, İletişim Yayınları, 2002. Bkz. CGK, 04.04.1983, E.1983/8-64, 1983/156 (YKD, C.IX, Temmuz, 1983, s. 1059).

<sup>120</sup> Sulhi Dönmez, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, NO:3269,1984, S.132

<sup>121</sup> Devlet memurları tarafından yapılan işkence ve kötü muamele iddiaları hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olması için soruşturmada sorumlu olan ve tetkikleri yapan kişiler olaylara karışan kişilerden bağımsız olmalıdır (Cezmi Demir ve diğerleri (B. No: 2013/293, T.17/7/2014, § 117); benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. "Oğur/Türkiye", (B. No: 21594/93, T. 20/5/1999, §§ 91 ve 92); Mehmet Emin Yüksel/Türkiye, (B. No: 40154/98, T.20/7/2004, § 37); Güleç/Türkiye, (B. No: 21593/93, T.27/7/1998, §§ 81 ve 82). Soruşturmanın bağımsızlığı sadece hiyerarşik ya da kurumsal bağlantının olmamasını değil, aynı zamanda somut bir bağımsızlığı da gerektirir (Cezmi Demir, § 117; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ergi/Türkiye, B. No: 23818/94, T. 28/7/1998, §§ 83 ve 84).

<sup>122</sup> AİHM, "Birleşik Krallık /İrlanda" (B.No. 55721/07, T.18.01.1978, § 162.). Bkz. AİHM "Tyrer/Birleşik Krallık" (B.No: 5856/72, 25.04.1978T, § 29, 30). ; AİHM "Eğmez-/Kıbrıs" (B.No: 30873/96, T.21.12.2000)

<sup>123</sup> Gilles Dutertre, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, s. 44.

Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrası, "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." hükmü, işkence ve kötü muamele yasağının Türk hukukundaki anayasal dayanağını oluşturmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda işkence tanımına yer verilmemekte, ancak Kanun'un 94. maddesinde işkence suçu cezalandırılmaktadır. Yine Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 24. maddesi kapsamında suç şüphesi altındaki kişiye işkence yapılması açıkça yasaklanmıştır.

Susma hakkı, insan onurunun korunması ilkesi ile işkence ve kötü muamele yasaklarıyla yakından ilgilidir.<sup>124</sup> Şöyle ki; susma hakkının konusu, kişinin hür iradesiyle ifade vermeye veya vermemeye karar vermesini koruyan pasif bir faaliyet; işkencenin konusu ise özgür iradeyi yok etmeyi amaçlayan aktif faaliyetlerdir.<sup>125</sup>

#### 4.2.2. Kötü Davranma

Kötü davranma, suç şüphesi altındaki kişiyi işlenen suça ilişkin olarak bilgi vermeye zorlamak yahut suçunu ikrar ettirmek amacıyla suç şüphesi altındaki kişinin üzerinde bir baskı oluşturularak kişinin özgür iradesiyle ifade vermesini engelleme sonucunu doğuracak davranışlarda bulunmaktır. Kötü davranma icrai olarak gerçekleştirilir fakat ihmali olarak da gerçekleştirilmesi mümkündür. İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 16. maddesinde, işkence derecesine varmayan, ciddi acı vermeyen diğer zalimane, gayri insani veya küçültücü muamele yahut ceza gibi fiiller kötü muamele olarak

<sup>124</sup> Cumhuriyet Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 75. Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan, Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ed: Bahri Öztürk), 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 242; Timur Demirbaş, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 96; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 134., s. 134 vd; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 216. Burcu Demren Dönmez, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 52.; Kan Aydın, a.g. m, s.161. Haydar, a.g. e., s.7.

<sup>125</sup> Kocaoglu, a.g.m. s. 43.

sayılmıştır.<sup>126</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre işkence yasağının uygulama alanı bulabilmesi için, kötü muamelenin asgari derecede şiddet içermesi gerekir. Asgari şiddetin ölçüsü ise davanın tüm koşullarına, nitelik ve içeriğine, muamelenin süresine, fiziksel veya ruhsal etkilerine ve mağdurun cinsiyet, yaş ve genel sağlık durumuna bağlı olarak değişebilmektedir.<sup>127</sup>

Kötü muamele olarak nitelendirilebilecek icrai davranışlar; suç şüphesi altında bulunan kişinin iteleme, tokat atma, saçlarından çekme, gözlerini bağlama, yüzüne tükürme, aşırı soğuk ya da sıcakta bırakma, sigara ile deriyi yakma, yaralama şeklinde gerçekleşirken; ihmali davranışlar ise, suç şüphesi altında bulunan kişinin aç bırakılması ya da yaralı olarak yakalanan kişinin tedavisi yapılmaksızın ifadesinin alınması şeklinde gerçekleşebilir.<sup>128</sup> İcrai veya ihmali olması fark etmeksizin yukarıda sayılan bütün davranışların uzun süreli olması, tekrarlanan acı ve ızdıraba yol açması ve vücuda yönelen bu ağrı ve acıların manevi bir etkisinin de olması halinde kötü muamele değil işkenceden bahsedilecektir.<sup>129</sup>

#### 4.2.3. İlaç Verme

İfadesi alınan veya sorgulananın fiziki veya ruhsal durumunda değişikliğe yol açmak suretiyle özgür iradesini etkileyici özellikte ilaç

<sup>126</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 191

<sup>127</sup> AİHM, "Selmouni/Fransa" davası, 28 Temmuz 1999 tarihli karar, Reports1999-V, paragraf 96-106, Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 50: "bu davada Bay Selmouni'ye uygulanan "acı veya ezanın" BM Sözleşmesi'nin 1. maddesi anlamı çerçevesinde "ağır" olarak tanımlanıp tanımlanmayacağıının belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu "ağır" olmak koşulunun da, aynen 3. maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan "asgari ağırlık" koşulu gibi, eşyanın tabiatı itibarıyla göreceli olduğu ve uygulamanın süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve genel sağlık durumu vb. gibi davanın tüm koşullarına bağlı olduğu görüşündedir." Bkz. AİHM, "Indelicato/İtalya", (B. No.: 31143/96, 18/10/2001T), AİHM, "Price/Birleşik Krallık", (B. No.:33394/96, 10.07.2001T.).

<sup>128</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 191 bkz. YCGK, T.5.10.1987, E.1987/8-186, K.1987/423; Alper Özboyacı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2008. 1, s.48-49; bu konuda kararlar, Yrg.8.CD.19.6.1981 T.1981/3143 E. ve 1981/4070 K.; Yrg.8.CD., T.19.6.1981 E.1981/282, K.1981/4069.; Yrg. 8.CD.4.7.2001 T.2001/8044 E. ve 2001/12551 K.; Yrg.8.CD.27.5.2002 T.2002/4087 E. ve 2002/6301 K.; Yrg.8.CD.T.26.12.2002, E.2002/10074, K.2002/12044; Yrg.8.CD.T.29.3.2005, E.2004/3213, K.2005/2003.

<sup>129</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 191. Bkz. AİHM, "Elçi ve Diğerleri/Türkiye" (B. No:63129/15, T.13.11.2003, §. 641, 647.)



verilmesi hukuka aykırılık teşkil etmektedir. İlacın ne şekilde verildiğinin önemi yoktur. Kişinin rızası ile verildiği iddia edilse bile iradesini sakatlayacak her türlü ilaç hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Kişinin tedavi amacıyla aldığı ilaçların somut olayda iradesini etkilemesi halinde, onun bu durumundan yararlanması da yasak kapsamına girmektedir.<sup>130</sup> Burada yasak kapsamında kalan ve hukuka aykırılık teşkil eden durum ilaç nedeniyle kişinin özgür iradesinin sakatlanmasıdır. Sarhoş eden, uyuşturan, direnme gücünü kaldıran, uyku veren her türlü ilaç bu kapsamda sayılabilir.

Vücudunun tolere edebileceği çok az miktarda alkol verilmesi durumunda kişinin irade yeteneğinde bir etki yapmayacağından hukuka aykırılık oluşturmayacağına dair bir görüş de mevcuttur ancak biz bu görüşe katılmamaktayız.<sup>131</sup> Çünkü bu kabul suç şüphesi altındaki kişiye, alkol verildikten sonra ifadesinin alınması halinde ifade alma işleminin hukuka aykırı olup olmayacağı, dolayısıyla bu şekilde elde edilen ifadelerin ceza yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususunda belirleyici olan kriterin, verilen alkol miktarı olduğu sonucuna götürecektir ki bu durum objektiflikten uzak sübjektif bir değerlendirme olup ceza muhakemesi esaslarıyla bağdaşmayacaktır. Zira her insan vücudunun alkole verdiği tepki farklı olduğundan az miktardaki alkolün bilinç ve algı düzeyini etkileyip etkilemeyeceği hususunda farklı değerlendirmelere yol açacak ve kesin bir kanıya ulaştırmayacaktır.

AİHM, Jalloh - Almanya davası kararında,<sup>132</sup> bir şiddetin, vahşetin ya da işkence olarak nitelendirilen başka muamelelerin neticesinde elde edilen suçlayıcı delillerin ispat değerine bakılmaksızın bir mağdurun suçluluğunun ispatında dayanak yapılamayacağını kabul etmiştir. Zorla ilaç verme fiili Alman hukukuna göre hukuka aykırı kabul edilmediği halde uyuşturucu ticaret suçu nedeniyle ceza verilmiş olan başvurucunun kendisine zorla verilen uyuşturucu ilacın et-

<sup>130</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 253.

<sup>131</sup> Cumhuriyet Şahin, "Sorguda Sanığın İfade Özgürlüğü ve Yasak Sorgu Yöntemleri" Uluslararası Sempozyum: Modern Adli Soruşturma Yöntemleri ve İnsan Hakları, Polis Akademisi, Ankara, 29-31 Mayıs, 1996, s.261.Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 191, Haydar, a.g.e., s.125. Deniz Horzum, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Yasak Sorgu Yöntemleri", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana bilim Dalı, 2011, s.62.

<sup>132</sup> AİHM, "Jalloh/Almanya", (B.No. 548210/00, T.11.07.2006, §. 72)



kisi ile kusma sonucu uyuşturucu maddelerin ele geçirilmiş olmasını ve başvuruçunun aleyhinde delil olarak kullanılmasını Sözleşmenin 3.maddesinin, “insanlık dışı ve kötü muamele görmeme” hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.<sup>133</sup>

#### 4.2.4. Yorma

Yorma, suç şüphesi altındaki kişinin fiziksel yahut ruhsal anlamda yorulmasına sebep olunarak yorgunluğun etkisiyle özgür iradesini kullanarak ifade veremeyecek duruma getirilmesidir.<sup>134</sup> Kişi, aşırı yorulması sonucunda kendi iradesi üzerindeki kontrolünü kaybetmekte ve kendi kendini suçlama veya suçlamama kararında hür davranabileceği bir iradeye sahip olmamaktadır. Örneğin; gecikmesinde sakınca bulunmamasına karşın, kişinin yorgun olduğu saatler olması sebebiyle gece vakti beyanının alınması, göz altında iken aç veya uykusuz bırakıldıktan veya uzun süre ayakta bekletildikten sonra dinlendirilmeden ifadesinin alınması, gün içinde ara verilmeksizin ifadesinin alınması gibi haller bu duruma örnek verilebilir.<sup>135</sup>

Temel ölçüt suç şüphesi altında bulunan kişinin hür iradesinin etkilenip etkilenmediğidir. Bilerek yorgun düşürülen suç şüphesi altındaki kişinin bu haldeyken ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi durumunda kişinin kendi iradesiyle konuşmaya veya susmaya karar verme hakkı ortadan kalkacaktır.

#### 4.2.5. Aldatma

Aldatma, “beklenmedik bir davranışla yanıltılmak”<sup>136</sup> olarak tanımlanmıştır. Ceza muhakemesi bağlamında aldatma ise; suç şüphesi altında bulunan kişinin beyanını alan adli makam yetkilisinin veya yetkililerinin, gerçeği değiştirerek veya gizleyerek ya da gerçek olmayan hususları gerçekmiş gibi göstererek suç şüphesi altında bulunan kişiyi

<sup>133</sup> Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, *TBB Dergisi*, S. 111, 2014, s. 380.

<sup>134</sup> Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.171.

<sup>135</sup> Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:71, İzmir, 1996,s.288.; Haydar, a.g.e., s.126.;Ekin Deniz Horzum, a.g.e., s. 67.

<sup>136</sup> <https://kelimeler.gen.tr/aldatmak-nedir-ne-demek-10861>. Et. (24.04.2020.)

yanılığa düşürmesi ve konuşup konuşmama konusundaki kararını kendi hür iradesiyle almasını engelleyerek iradesinin etki altına alınarak sakatlanmasını sağlayan kasıtlı davranışlardır.<sup>137</sup> AİHM, Spano v. New York davasında; kolluk, ifade alma görevini suç şüphesi altındaki kişinin çocukluk arkadaşı olan kolluk görevlisine vermiştir. Kolluk görevlisi suç şüphesi altındaki kişiye, itirafta bulunmadığı takdirde kendisini mesleğinden çıkartılacağını, karısı ve çocuklarının zor duruma düşeceğini söylemiş ve şahsın itirafta bulunmasını sağlamıştır. Mahkeme somut olayda, aldatma yoluyla suç şüphesi altındaki kişinin irade serbestisinin ortadan kaldırılması suretiyle ettirilen itirafını yasal olmayan yollardan elde edilen delil olarak kabul etmiş ve susma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>138</sup>

Aldatma, suç şüphesi altında bulunan kişinin tanık olarak dinleneceği ve bu nedenle beyanda bulunmaya ve gerçeği söylemeye mecbur olduğu, suç nedeniyle kendisine sadece para cezası verileceği veya susmasının suçluluğu yönünde delil olarak kullanılacağı şeklinde hukuki soruna ilişkin olabileceği gibi; suç şüphesi altındaki kişiye, suç ortaklarının itiraf ettiği veya hakkında ceza alması için yeterli delil elde edildiğinin söylenmesi şeklinde olaya ilişkin de olabilir.<sup>139</sup> Uygulamada hangi eylemlerin aldatma sayılacağı hakkında spesifik bir kriter bulunmamakla birlikte birlikte temel olarak bu eylemlerin, şüphelinin özgür iradesini etkileyebilecek nitelikte olması gerekmektedir.<sup>140</sup> Suç şüphesi altında bulunan kişinin susmasının aleyhine suçlu olduğunu göstereceği ve ikrarın suçun cezasını hafifleteceğini söylenmesi hukuki olarak aldatma kapsamındadır.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 200-201. Kıyaslayınız Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 104. Cumhuriyet Şahin, Şahin'in Sorgulanması, a.g.e. s. 203. Reşit Karaaslan Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamları Hesabına Hareket Eden Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği-İfade Almada Yasak Sorgu Usulü Olan "Aldatma" Örneği Üzerine Bir İnceleme, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, 2021, s.560. Kaymaz, a.g.e., s. 104 vd.; Şahin, Şahin'in Sorgusu, s. 201 vd.

<sup>138</sup> İlhan Üzülmüş, Türk Hukukunda İşkence Suçu, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2003, s. 134.

<sup>139</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 201.

<sup>140</sup> Cumhuriyet Şahin, Şahin'in Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 200. Demirbaş, a.g.e., s. 369; Altunkaş, a.g.e., s. 163.; Haydar, a.g.e., s.127.

<sup>141</sup> Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s.205.; Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Huku-

AİHM suç şüphesi altında bulunan kişinin soruşturma aşamasında aldatılmasıyla ilgili olarak susma hakkının ihlal edildiğine yönelik karar vermiştir. Roges v. Richmond<sup>142</sup> davasında, kolluk kuvvetlerinin suç şüphesi altında bulunan kişiye eşinin de aynı suçlama nedeniyle tutuklanacağı şeklindeki söylemi sebebiyle zanlının suçu kabul etmiş olmasında da ikrar aldatma nedeniyle mahkemece geçersiz sayılmıştır. Öte yandan mahkeme suç şüphesi altındaki kişinin iradesinin hür olmaması gerekçesiyle susma hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>143</sup>

#### 4.2.6. Cebir ve Tehdit Kullanma

Cebir, cebre maruz kalan kişinin iradesinin belli bir davranışı veya belli bir fiili icra etme doğrultusunda zorlanmasıdır.<sup>144</sup> Cebir iç hukukumuzda TCK m. 108'de tanımlanmış ve suç sayılmıştır.<sup>145</sup> Tehdit ise; suç konusu olay ile ilgili kişinin, belirli bir yönde ifade vermemesi halinde, kendisine veya yakınlarına zarar verileceği ve olumsuz sonuçlara sebep olunacağı hususunda korkutulmasını veya bu hususta göz dağı verilmesini ifade etmektedir.<sup>146</sup> Burada yakın kavramı sadece kan bağı veya benzeri faktörler olarak değil suç şüphesi altında bulunan kişinin kendisine yakın olarak gördüğü kişiler olarak düşünülmelidir. Fiziki güç kullanılan suç şüphesi altında bulunan kişi bedenine gelen zarar ile korku ve endişe içindedir. Tehdit halinde ise, kişi bu kötülüğün ileride meydana geleceği beyanıyla korkutulmaktadır.<sup>147</sup> Her iki

ku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2010, s.s. 466; Filiz Dinçer, "Yasak Sorgu Yöntemleri", *Manisa Barosu Dergisi*, Ekim 1995, Yıl:14, S:55, s.s. 22. Haydar, a.g.e.,127.

<sup>142</sup> AİHM, "Roges / Richmond" (B No:365/534, T.20.03.1961)

<sup>143</sup> Ekin Deniz, Horzum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.70

<sup>144</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hük 3., 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 396.

<sup>145</sup> 5237 sayılı TCK m.108'de; "(1) Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükümlenir."

<sup>146</sup> Cumhuriyet Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, a.g.e. s. 218. Tehdit kişinin iç huzurunu bozarak hür iradesini etkileyerek kişiye endişe vermektedir. Tehdit örtülü veya açık olabilir. Bkz. Timur Demirbaş, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011. 234 S.317.; Erol Cihan, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1971, Yıl:5, Sayı:7, s.82. Haydar, a.g.e., s.129.

<sup>147</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, a.g.e., s. 396.

durumda da suç şüphesi altında bulunan kişi irade serbestisini kaybetmektedir.

Suç şüphesi altında bulunan kişinin tutuklanması veya vücut araması yapılması gibi zorlama olarak nitelendirilebilen koruma tedbirlerinin, doğru ve yerinde (orantılı) kullanılmaları halinde cebirden bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde herhangi bir cebir kullanımı olmadığı halde kişinin kendisini zorlanmış hissetmesi tek başına hukuka aykırılık oluşturmayacaktır.<sup>148</sup> Yine suç şüphesi altında bulunan kişinin, meşru bir koruma tedbiri ile tehdit edilmesi veya davranışlarının sonucu konusunda uyarılması tehdit olarak değerlendirilemeyecektir.

Yargıtay istikrarlı kararlarında suç şüphesi altındaki kişinin cebir veya tehdit altında beyanda bulunmasını hukuka aykırı bulmaktadır.<sup>149</sup>

AIHM yapılan başvurularda ifade veya sorgu sırasında cebir ile beyan elde edilmesini insan onuruna aykırı bularak 3.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>150</sup>

#### 4.2.7. Kanuna Aykırı Yarar Vaadinde Bulunma

Adli makamlar tarafından suç şüphesi altında bulunan kişiye, onun lehine olarak kabul edebileceği bir durumun sağlanacağına sözünün verilmesi kanuna aykırı yarar vaadi olarak kabul edilmektedir. Her menfaat vaadi bu kapsamda olmayıp kişinin hür iradesini engelleyen tür ve derecedeki vaatler hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Yarar vaadinin, hukuken ifası mümkün olmamalıdır.<sup>151</sup> Hukuken ifası mümkün bir yarar vaadi, kişinin iradesini etkilese dahi hukuka aykırılığa sebebiyet vermez. Soruşturma veya kovuşturma makamının yetkisine giren bir hususta vaatte bulunması halinde hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır. Suç şüphesi altında bulunan kişiye, etkin pişmanlık hükümleri hakkında bilgi verilmesi, şartları olduğu takdirde hakkında belirlenecek cezada indirim yapılabileceğinin belirtilmesi, şeriklerin

<sup>148</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 202.

<sup>149</sup> Bkz. Y. 8. C.D., E.1997/3447, K.1997/6774, 7.5.1997 T, Y. 4 CGK, E.1993/6-192 E. ve K.1993/217, 4.10.1993 T.

<sup>150</sup> AIHM, "Tekin/Türkiye", (B.No: 50971/99,T. 25.10.2005); AIHM, "Bulut/Türkiye", (B.No:51480/99, T.25.4.2006); "Döner/Türkiye"; AIHM, "Çağlayan/Türkiye", (B. No:30461/02, T.21.10.2008 )

<sup>151</sup> Şahin (Sanığın Sorgulanması) , s.215.

ortaya çıkmasına için katkı sağlaması halinde lehine bir uygulamaya gidileceğinin ifade edilmesi kanuna aykırı yarar vaadi sayılmayacaktır zira etkin pişmanlık kanuni bir düzenleme olup kişinin bu düzenlemeden yararlanması için öncelikle içeriğinden haberdar olması gerekir.<sup>152</sup>

#### 4.2.8. Bazı Araçları Kullanma

Suç şüphesi altında bulunan kişinin beyanı alınırken irade hürriyetini etkileyen araçların kullanılması yasaklanmıştır. Kişinin vücuduna etki eden, fiziki tamlığını ihlal eden veya ağrısız olan veya iz etki bırakmayan fiziksel müdahaleler bu kapsamda sayılabilir.<sup>153</sup> Bunlara örnek olarak, yalan makinesi olarak ifade edilen poligraf ve penis reaksiyonunun kaydedilmesi şeklinde uygulanan pallograf verilebilir.<sup>154</sup>

Poligraf, genel olarak yalan makinesi olarak bilinmektedir. Suç şüphesi altında bulunan kişinin vücuduna bağlanan aletler ile vücudunda meydana gelen fizyolojik değişiklikler (kan basıncı, nabız, ter salgısı vb.) doğrultusunda doğru söyleyip söylemediği hususunda tespiti yarar cihazdır.<sup>155</sup> Ancak masum bir kişi, sorgu sırasında heyecanlanarak aleti yanıltabileceği gibi, soğukkanlı ve tecrübeli bir suçlu da poligraf testinde dürüst çıkabilmekte ve dolayısıyla yalan makinesi her zaman sağlıklı ve kesin sonuçlar vermemektedir.<sup>156</sup> Kaldı ki, poligraf ile yalan söylediği anlaşılan kişinin kendisini savunmasının bir anlamı kalmayacaktır. Yalan makinesine bağlanan suç şüphesi altında bulunan kişinin kendisine yöneltilen sorulara karşı susma hakkını kullanması veya özgürce beyanda bulunması mümkün olmamakta ve kontrol edemediği vücut tepkileri üzerinden ölçüm yapılmaktadır. Bu durum açıkça susma hakkını ihlal etmektedir.<sup>157</sup>

<sup>152</sup> Ali Hakan Evik, "Yasak İfade Alma Yöntemleri ve Önlenmesi", *Legal Hukuk Dergisi* Kasım. 2004, s.1340.; Demirbaş, a.g. e., s.375.; Haydar, a.g. e., s.130.

<sup>153</sup> Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.482.

<sup>154</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 205.

<sup>155</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 206.

<sup>156</sup> Mert Başer/Caner Yenidünya, "Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu", *İzmir Barosu Dergisi*, S.4, 1996, s. 43.

<sup>157</sup> Haydar, a.g.e. s.75.

### 4.3. Susma Hakkının İhlaline Bağlanan Sonuçlar

Susma hakkının ihlaline neden olan iki durumdan biri suç şüphesi altında bulunan kişinin sahip olduğu hakların bildirilmemesi, diğeri ifade veya sorguda yasak usullere başvurulmasıdır. Her iki durumun da Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından etkisi delil yasağına yol açmasıdır.<sup>158</sup> CMK m. 148/3 "Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez." hükmünü ihtiva etmektedir. Suç şüphesi altında bulunan kişinin rızasının olması, ifade alma ve sorguda hukuka aykırı bir yöntemle başvurulmasını meşru kılmaz veya bu yolla elde edilen beyanların hükme esas alınmasını sağlamaz. Suç şüphesi altındaki kişiye sahip olduğu hakları bildirilmeksizin yapılan ifade alma ve sorgu işlemi neticesinde elde edilen beyanlar, mutlak anlamda delil yasağı kapsamında kalır. Bu durumun istisnası yoktur. Kişinin sahip olduğu hakları biliyor olması dahi aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Hakları bildirilmeksizin alınan ifade ve yapılan sorgu neticesinde elde edilen beyanların yargılamada kullanılabilmesi mümkün olmadığından ya suç şüphesi altında bulunan kişinin yeniden hukuka uygun şekilde ifadesi alınmalı ya da suç şüphesi altında bulunan kişi önceki ifadesini duruşmada aynen tekrarlamalıdır.<sup>159</sup>

Yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasındaki amaç, suç şüphesi altında bulunan kişinin özgür iradesinin engellenmesidir. Bu yöntemler kullanılarak suç şüphesi altında bulunan kişiden elde edilen beyanların delil yasağı kapsamında kalması ancak yasak ifade ve sorgu yöntemlerinin kullanılması ile ifade verme arasında nedensellik bağının bulunması halinde söz konusu olacaktır. Şöyle ki; ifade alma ve sorguda kullanılan yasak yöntemler nedeniyle suç şüphesi altında bulunan kişi irade serbestisini yitirmektedir. Bu halde delil elde etme ve değerlendirme yasağı gündeme gelecektir. Aksi bir durumda örneğin; suç şüphesi altında bulunan kişinin, ifade alan veya sorgulayanlar tarafından aldatıldığını bilmesine rağmen beyanda bulunması halinde beyanda bulunma ile aldatma arasında nedensellik bağı olmadığından delil yasağından söz edilemeyecektir. Bu durumun istisnası ise işken-

<sup>158</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 212.

<sup>159</sup> Şahin/Göktürk, a.g.e. s. 212.

cedir. İfade veya sorgu sırasında işkenceye başvurulması halinde nedensellik bağı aranmayacaktır. İşkencenin varlığı tek başına mutlak bir değerlendirme yasağı teşkil etmektedir. Yasak yöntemler kullanılarak elde edilen beyanların delil yasağı kapsamında kaldığı, bu beyanlar vasıtasıyla elde edilen delillerin kullanılmasının yasak olduğu kabul edilmektedir. CMK 148. maddesi ve zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olduğu ilkesi gereğince yasak usullerle elde edilen ifadeyle birlikte bu ifade vasıtasıyla ortaya çıkan diğer deliller de hukuka aykırı kabul edilmeli ve değerlendirme yasağı kapsamında kalmalıdır.

AİHM, hukuka aykırı delillerin reddedilmesi veya yargılamada suç şüphesi altındaki kişinin aleyhine kullanılması bakımından kesin bir görüş ortaya koymamaktadır. Bu konuda genel ilkeler belirlemek yerine ispat araçlarının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini iç hukukta ayrı ayrı incelemektedir. Nitekim Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya davası<sup>160</sup> kararında delillerin geçerliliği ve hukuka aykırılığı sorununu bir iç hukuk meselesi olarak değerlendirmiştir.

## SONUÇ

Savunma hakkının bir unsurunu oluşturan susma hakkı, ceza soruşturma veya kovuşturmasında kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamamasını ifade eder. Bu yönü ile susma hakkı, suç şüphesi altında bulunan kişinin sessiz kalması durumunda yargılama makamları tarafından bu durumun kendisi aleyhine değerlendirilmemesini teminat altına alır. Bu itibarla susma hakkı ifade özgürlüğünün bir uzantısıdır.

Susma hakkı suç şüphesi altında bulunan kişiye, hiç konuşmama, istediği zaman konuşma ve istemediği zaman konuşmama serbestisi tanır. Suç şüphesi altında bulunan kişinin, suçlamanın bütünü bakımından susması "tam susma", aynı ifade veya sorgu işlemi bazı bilgileri vermemesi "kısmi susma", farklı muhakeme aşamalarından birinde susup diğerinde konuşması "geçici susma" olarak nitelendirilir. Burada suç şüphesi altında bulunan kişinin susma hakkını kullan-

<sup>160</sup> AİHM, "Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya Kararı", (B. No: 10590/83,T. 06.12.1988 )



dığı ana kadarki açıklamalarının başka delillerle desteklenerek ispat vasıtası olarak değerlendirilebileceği unutulmamalıdır. Suç şüphesi altında bulunan kişinin ceza soruşturma ve kovuşturmasında gerçeği söyleme yükümlülüğü yoktur. Susma hakkı yalan söyleme hakkını içermemekle beraber, herhangi bir suç tipinin kapsamına girmediği sürece suç şüphesi altındaki kişi sırf yalan söylemesinden dolayı müeyyideye maruz kalmayacaktır.

Susma hakkı mutlak değildir. Ceza muhakemesi işlemlerine katılma yükümlülüğü suç şüphesi altında bulunan kişiyi bazı durumlarda kendi aleyhine delil göstermeye zorlamaktadır. Beden muayenesi, vücuttan örnek alınması, fizik kimliğinin tespiti, kimlik bilgileri hakkında doğruyu söyleme ve mahkemece çağrılan yer ve zamanda hazır bulunma yükümlülüğü gibi durumlar susma hakkına aykırılık teşkil etmemektedir.

Susma hakkının yakalama anından başlayarak gerek ifade ve soru alma sırasında gerekse duruşma sırasında suç şüphesi altında bulunan kişiye hatırlatılması, anlatılması ve öğretilmesi gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin suç şüphesi altındaki kişiden alınacak beyanlar ve bu beyanlarla elde edilecek deliller hukuka aykırı kabul edilecek ve yargılama makamı tarafından hükme esas alınamayacaktır. Aynı şekilde ifade ve sorguda işkence, kötü muamele, ilaç verme, yorma, cebir ve tehdit kullanma, kanuna aykırı yarar vaadinde bulunma gibi yasak usuller kullanılarak suç şüphesi altında bulunan kişinin özgür iradesi hiçe sayılarak elde edilen beyanlar ve bu beyanlar esas alınarak elde edilen deliller de hükme esas alınmayacaktır.

Ceza muhakemesinde maddi gerçek ortaya çıkarılırken suç şüphesi altında bulunan kişinin hakları göz önünde bulundurulmalı, kişi sahip olduğu haklardan mahrum bırakılmamalı ve ispat yükü tersine çevrilerek kişi kendi suçsuzluğunu ispatlamaya, bu yönde bilgi vermeye ve delil göstermeye zorlanmamalıdır. Her koşulda suç şüphesi altında bulunan kişinin beyanları hür iradesine dayanmalı ve hür irade engellenerek elde edilen her türlü delil, delil yasakları kapsamında kalmalı ve muhakeme makamı sadece hukuka uygun olarak elde edilen deliller ile maddi gerçeğe ulaşılmalıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akılıoğlu Tekin, İnsan Hakları, C. 1, Ankara, 1995.
- Bıçak Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.(Kaçııcı Baskı)
- Birtek Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Bouchet Françoise -Saullnier, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, Çeviren: Sellahatin Bağdatlı,İletişim Yayınları, 2002.
- Buchholz Momme, Der nemo tenetur- Grundsatz, Kiel, Springer, 2017.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Beta, Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Çiçekli Bülent, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi (2002- 2005) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları", CHD, S. 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Demirbaş Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Demirbaş Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2018.
- Doğan Koray, "Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı", Dr.h.c.Slva Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 969-989.
- Black Hanry Campbell, Black's Law Dictionary, Sixth Edition (Centennial Edition: 1881-1991), Editor, Weat Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1990
- Dönmez Burcu Demren, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Dönmezer Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1984.
- Dutertre Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, 2003.
- Er Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Gökçen Ahmet/ Balcı Murat/ Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar ile İlgili Temel Metinler, İstanbul, 1987.

- İtişgen Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur) ve Susma Hakkı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Karakehya Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Savaş Kitabevi, Ankara, 2008.
- Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2019.
- Kaymaz Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- Kıbar Recep, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 1, İstanbul, 2002.
- Nuhoglu Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Aramağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:8, İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1999.
- Önok Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Özen Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, C. 1, 3. baskı, Ankara, 2006.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2019.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2014.
- Özboyacı Alper, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Özbek Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2000.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Özge Sırma/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/ Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ed: Bahri Öztürk), 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Özge Sırma/Saygılar Kırıt Yasemin F. /Akcan Esra Alan/Özaydın Özdem/Tütüncü, Efser Erden/Altınok Villemin, Tok Derya/Can, Mehmet, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Pulaşlı Hasan/Korkut Ömer, Temel Hukuk, 12. Baskı, Karahan Kitapevi, 2012.
- Sarıgül Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2009.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Sudre, Frédéric, "l'article 3", La Convention Européenne des Droits de l'Homme", (Sous la direction de: L. E. Pettiti- E. DecauxP-H. Imbert), 2. éd., Economica, Paris 1999.
- Şahin Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması (Sanığın Sorgulanması), Yetkin Yayınları, Ankara, 1994.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delilerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Şahin Cumhur/Göktür Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku 1, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Şahinkaya Yalçın, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi", Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Taneri Gökhan, Ceza Muhakemesi Kanunu El Kitabı, Ankara, 2020.(Kaçınıcı Baskı)
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.
- Turhan Faruk, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- Üçok Coşkun, Siyasal Tarih (1789-1960), 3. Baskı, Ankara, 1980.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara, 2016.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2020.
- Üzülmez İlhan, Türk Hukukunda İşkence Suçu, 1. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Vitkauskas Dovydas/Dikov Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, (Çeviri: Serkan Cengiz), Strazburg, 2012.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuk Ders Kitabı, İstanbul 2014.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, 2018.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2020.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

### Sürelî Yayınlar

- Akıncı Fatih, "Lekeleneme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 43, 2020, s. 177-202.
- Akyürek Güçlü, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101, 2012, s. 61-82.
- Altıparmak Cüneyt, "Kimliğini Bildirmeme Kabahati", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 23, 2008, s.95-106.
- Anayurt Ömer, "Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi" Dr. Şükrü Alpaslan'a Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, s.173-228.
- Ashby Joseph R., "Declining to State A Name In Consideration Of The Fifth Amendment's Self Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hiibel", *Michigan Law Review*, Vol. 104, February 2006.
- Başer Mert/Yenidünya Caner, "Türk Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kapsamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Sanığın Yasak Sorgu Yöntemlerine Karşı Bir Korunma Yolu: İşkence ve Kötü Muamele Yapmak Suçu", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 4, 1996.
- Cihan Erol, "Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 7, 1969, Y. 5, s.77-88.
- Çınar Ali Rıza, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 55, 2004, s.31-64
- Demirbaş Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:71, İzmir, 1996*
- Diñer Filiz, "Yasak Sorgu Yöntemleri", *Manisa Barosu Dergisi*, S. 55, Y. 14, s.4-50.
- Dülger Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 111, 2014.
- Dönmezer Sulhi, "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998. s.67-74
- Evik Ali Hakan, "Yasak İfade Alma Yöntemleri ve Önlenmesi", *Legal Hukuk Dergisi*, Kasım 2004, s. 3130-3142.
- Eser Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", Çeviri: Nur Centel), *Yargıtay Dergisi*, S. 16, 1990.
- Feyzioglu Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1-4, 1999.
- Feyzioglu Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.55. s.102-125
- Gökçen Ahmet/Çakır Kerim, "Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları", Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.21, Özel S., 2019, s.2912-2951.
- Hartmut Schneider, "Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von

- Beschuldigten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, C. 37, S. 2, (2), Naklen: Asuman İnce Tuncer, *Susma Hakkı Bağlamında Bir Takım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi*, *Andolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, Temmuz 2018, s.361.
- Kan Aydın Çağrı, "Adil Yargılanmanın Bir unsuru Olarak Susma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 91, Ankara, Kasım-Aralık 2010.
- Kara Eyüp, "Lekelenmeme Hakkı", *Adalet Dergisi*, S. 43, 2012, s. 188- 197.
- Karaaslan Reşit, "Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamları Hesabına Hareket Eden Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği- İfade Almada Yasak Sorgu Usulü Olan "Aldatma" Örneği Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Hacı Bayramı Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, 2021, s. 555-621.
- Kaygusuz Ziyaettin, "Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti", *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 10, S. 1, 2008.
- Kızılarıslan Hakan "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İncelenmesi" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 144, Eylül-Ekim 2019, s. 59-104.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2011, s.29-58.
- Özen Muharrem/Köksal Atacan, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 68, C. 11, 2019, s.261-286.
- Özdemir Didar, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2017, s. 149-185.
- Özgenç İzzet/Şahin Cumhuriyet, "İşkence Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1- 2, Haziran-Aralık 2000.
- Skoll Geoffrey R., "Torture, and Fifth Amendment: Torture, the Global War on Terror, and Constitutional Values", *Criminal Justice Review*, Vol. 33, N. 1, March 2008, s. 29-47.
- Şahin Cumhuriyet, "Sorguda Sanığın İfade Özgürlüğü ve Yasak Sorgu Yöntemleri", *Uluslararası Sempozyum: Modern Adli Soruşturma Yöntemleri ve İnsan Hakları*, Polis Akademisi, Ankara, Mayıs 1996, s. 29-31.
- Şık Hüseyin, "Suçsuzluk Karinesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S.1, 2021.(Cilt ve Sayfa Aralığı)
- Üzülmez İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 58, 2005, s.41-72.
- Yüce Turhan Tufan, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 1, S. 1, Ocak 1988, s.156-167.
- Yıldırım Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2016, S. 26, s. 333-376.

### **Mahkeme Kararları**

- AİHM, "Batiashvili/Gürcistan", (B.N. 8284/07, 10.10.2019T, § 82)
- AİHM, "Urat /Türkiye", (B. N. 53561/09, 13952/11, 27.11.2018T, §. 42)
- AİHM, "Güç/Türkiye", (B. N. 15374/11, 23.01.2018T, §. 32)
- AİHM, "Seven/Türkiye", (B. N. 60392/08, 23.01.2018T, §. 43)
- AİHM, "Ersin Erkuş ve Diğerleri/Türkiye", (B. N. 40952/07, 31.05.2016T, §.?)
- AİHM, "Kemal Coşkun/Türkiye", (B. N. 45028/07, 28.04.2017T, §41-42)
- AİHM, "Cezmi Demir ve diğerleri/Türkiye", (B. N. 2013/293, 17/7/2014T, § 117)
- AİHM, "Duman/Türkiye", (B. N. 28439/03, 23.03.2010T §. 50)
- AİHM, "Alexandre/Zaichenk", (B. N. 39660/02, 18.2.2010 T, § 52-60.)
- AİHM, "Panteleyenko/Ukrayna", (B.N.11901/02, 29.06.2009T, §70)
- AİHM, "Çağlayan/Türkiye", (B. N. 30461/0221.10.2008T, §.?)
- AİHM, "Jalloh/Almanya", (B. N. 548210/00, 11.07.2006T, §. 72)
- AİHM, "Bulut/Türkiye", (B. N. 51480/99, 25.4.2006 T, §.?)
- AİHM, "Bulut/Türkiye", (B. N. 51480/99, 25.4.2006 T, §.?)
- AİHM, "Tekin/Türkiye", (B. N. 50971/99, 25.10.2005T, §.?)
- AİHM, "Capeau/Belçika", (B.N. 42914/98, 13.01.2005T, §.?)
- AİHM, "Mehmet Emin Yüksel/Türkiye", (B. N. 40154/98, 20/7/2004T, § 37)
- AİHM, "Rivas/Fransa", (B. N. 59584/00, 1.04.2004T, §.?)
- AİHM, "Elçi ve Diğerleri/Türkiye", (B. N. 63129/15, 13.11.2003T, §. 641, 647.)
- AİHM, "Indelicato/İtalya", (B. N. 31143/96, 18/10/2001T, §.?)
- AİHM, "Price/Birleşik Krallık", (B. N. 33394/96, 10.07.2001T, §.?)
- AİHM, "Luca/İtalya", (B. N. 33354/96, 27.02.2001T, §. 41-45)
- AİHM, "Eğmez /Kıbrıs", (B. N. 30873/96, 21.12.2000T, §.?)
- AİHM, "Heaney and McGuinness/İrlanda", (B. N. 34720/97, 21.12.2000T, §.57-58)
- AİHM, "Heaney and McGuinness/İrlanda", (B. N. 34720/97, 21.12.2000T, §.57-58)
- AİHM, "Oğur/Türkiye", (B. N. 21594/93, 20/5/1999T, § 91-92)
- AİHM "Ergi/Türkiye", (B. N. 23818/94, 28/7/1998T, § 83- 84)
- AİHM, "Güleç/Türkiye", (B. N. 21593/93, 27/7/1998T, § 81-82)
- AİHM, "Aydın/Türkiye", (B. N. 25660/94, 25.09.1997T, § 82)
- AİHM, "Saunders /Birleşik Krallık", (B. N. 19187/91, 17.12.1996T, §.68-69)
- AİHM, "Döner/Türkiye", (B. N. 10590/83, 06.12.1988T, §.?)
- AİHM, "Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya", (B. N. 10590/83, 06.12.1988T, §.?)
- AİHM, "Eckle/Almanya", (B. N..8130/78, 15.07.1982T, §. 73)
- AİHM, "Tyrrer/Birleşik Krallık", (B. N. 5856/72, 25.04.1978, § 29-30)
- AİHM, "Birleşik Krallık /İrlanda)", (B. N. 55721/07, 18.01.1978T, § 162.)
- AİHM, "Roges /Richmond", (B. N. 365/534,20.03.1961T, §.?)
- AYM, "Salih Öz/Ülke?", (B.N. 2015/13327, 17.7.2018 T, §.?)



AYM, "Genel Kurulu Ahmet Altuntaş ve Diğerleri", (B.N. 2015/19616, 17.5.2018T)

AYM, "Yusuf Karakuş ve diğer başvurucular", (B. N. 2014/12002, 08.12.2016T)

AYM, "Sami Özbil", (B. No. 2012/543, 15/10/2014T)

Danıştay 1. Daire (E. 2000/29, K. 2000/59, T. 17.04.2000)

### **Tezler**

Altunkaş Aysun, Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.

Haydar Nuran, Susma Hakkı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2019. YÖK Tez Veri Tabanı, Erişim tarihi: (28.04.2020).

Horzum Ekin Deniz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Yasak Sorgu Yöntemleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana bilim dalı, 2011.

Koca Mahmut, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1998.

### **İnternet Kaynakları**

<https://caneryenidunya.medium.com/ceza-muhakemesinin-amac%C4%B1-61d4316b37ce#:~:text=Bir%20su%C3%A7un%20i%C5%9Flenmesiyle%20birlikte%2C%20fail%20ile%20devlet%20aras%C4%B1nda%20ceza%20ili%C5%9Fkisi%20kurulur.&text=Ceza%20muhakemesinin%20birincil%20amac%C4%B1%2C%20usul,maddi%20ger%C3%A7e%C4%9Fe%20ula%C5%9Fmakt%C4%B1r%5B1%5D.>

Yargıtay kararları için, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiltemciWeb/>



# AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA VERGİ CEZALARINDA “NON BIS IN IDEM” İLKESİ\*

## THE “NON BIS IN IDEM” PRINCIPLE IN TAX PENALTIES IN THE LIGHT OF THE JUDGMENTS OF THE ECHR AND THE CONSTITUTIONAL COURT

Denizhan HOROZGİL\*\*

**Özet:** Bireyler çoğu zaman gerçekleştirdikleri veya gerçekleştirmedikleri eylemler nedeniyle hem bir suç karşılığı olarak ceza yaptırımıyla, hem de bir vergi kabahatinin karşılığı olarak idari yaptırımlarla karşı karşıya kalabilmektedirler. Böylelikle bireyler, iki ayrı yargı kolunda ve birbirinden bağımsız olarak işleyen süreçlerle muhatap olabilmektedirler. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileme potansiyeline sahip olan ve çifte yargı veya ceza anlamına gelebilecek bu durum, *non bis in idem* ilkesi kapsamında gerek öğretide gerekse yüksek mahkeme kararlarında uzun süredir tartışılan bir konudur. Sözü edilen tartışmaya katkı sunması amacıyla yapılan bu çalışmada öncelikle suç ve kabahatler hakkında kavramsal bazı açıklamalara yer verilerek konuya giriş yapılmıştır. Daha sonra *non bis in idem* ilkesinin anlam ve unsurları genel olarak izah edilmiş ve ilgili ulusal ve uluslararası hukuk normları ile sözleşme hükümlerine değinilmiştir. Son olarak Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konu hakkında verdiği kararlar ayrıntılı biçimde ortaya konulmuş, konuya yaklaşım biçimleri ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Suç ve Kabahat, Ceza, İdari Yaptırım, Non Bis İn İdem, Adil Yargılanma Hakkı

**Abstract:** Individuals could often face penalties for offenses and administrative sanctions for tax misdemeanors as a result of the actions they have taken or have not taken. Thus, individuals may have to deal with procedures that are ongoing in two separate branches of the judiciary. This scenario, which has the potential to directly impact fundamental rights and freedoms and to result in a double judgment or penalty, has been a controversial issue regarding the non bis in idem theory, both in doctrine and in high court decisions, for a long time. This study, aimed at contributing to the

\* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

\*\* Anayasa Mahkemesi Raportörü, denizhan.horozgil@anayasa.gov.tr, ORCID: 0000-0002-8783-2189, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.05.2021, Kabul Tarihi: 07.05.2021

aforementioned issue, begins with the introductory section which contains some conceptual definitions of offenses and misdemeanors. Then, the definition and components of non-bis in idem principle are described and the corresponding legal norms and contractual provisions both in the national and international level are discussed. Last, resolutions taken by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECHR) on the issue are outlined in detail and the general approaches to the matter are assessed separately.

**Keywords:** Offense and Misdemeanor, Penalty, Administrative Sanction, Non Bis In Idem, Right to Fair Trial

## GİRİŞ

İdari ceza hukuku ile genel ceza hukuku ayırımının 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren teorik olarak benimsenmeye başlamasıyla birlikte kabahatlerin, dar anlamda suç olmaktan çıkarılması ve bu tür eylemlerin cezalandırılması için idareye yetki tanınması amaçlanmıştır.<sup>1</sup> Bunun sonucu olarak ortaya çıkan “kabahat” kavramı, “suç” kavramından ayrı bir anlam kazanmış, zamanla ülkelerin mevzuatlarında ayrıca düzenlenmeye başlamıştır.<sup>2</sup> Türk ceza ve ceza muhakemesi hukuku sisteminde de bu değişimin bir sonucu olarak 2005 yılında ayrı bir Kabahatler Kanunu çıkarılmış ve kabahatlere özgü birtakım normlar getirilmiştir. Bunun yanında bazı özel kanunlarda da ayrıca düzenlemeler yapılmış ya da var olan düzenlemeler korunmuştur. Mevzuatta yapılan söz konusu değişikliklerin ortaya çıkardığı birtakım uyumsuzluklar nedeniyle ya da yürütülen ceza politikasının bir sonucu olarak kişiler aynı fiilleri nedeniyle hem bir “suç” karşılığı olarak ceza yaptırımıyla hem de bir “kabahat” karşılığı olarak idari yaptırımla muhatap olabilmektedirler. Bu makalenin yazılmasındaki amaç da bilhassa vergi cezaları alanında ortaya çıkan bu tür uygulamaların, aynı eylem nedeniyle ikinci kez yargılanma veya mahkûm edilme yasağı anlamına gelen *non bis in idem* ilkesi karşısındaki durumunu ortaya koymak ve çözüm önerileri sunmaktır.

<sup>1</sup> Kayıhan İçel, “İdarî Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1984, C. 50, S. 1-4, s. 117; Fatih Selami Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 14; Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 169.

<sup>2</sup> Tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmutoğlu, (1995), s. 14 vd.

Bu çerçevede çalışmada ilk olarak “kabahat” ve “idari yaptırım” kavramlarına, daha sonra *non bis in idem* ilkesinin genel olarak ne anlama geldiğine ve özellikle vergi cezalarıyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk normları çerçevesinde söz konusu ilkenin nasıl düzenlendiğine değinilecek; son olarak Anayasa Mahkemesi ve AİHM’in (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) konuyla ilgili bazı kararları değerlendirilerek çalışma sonlandırılacaktır.

## I. KABAHAHAT KAVRAMI

Suç, hukuka aykırı bir fiildir; buna karşılık her hukuka aykırı fiil suç değildir.<sup>3</sup> Bu bakımdan kabahatler de hukuka aykırı fiillerdir. Esasa yönelik bu ilişki ve bunun yanında özellikle yukarıda değinildiği üzere 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan dekriminalizasyon<sup>4</sup> politikalarıyla birlikte bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması sonucu suç ve kabahatler arasında niteliksel bir ayrım yapmak güç hale gelmiştir. Kabahatler Kanunu’nun genel gerekçesinde ise suç ve kabahat arasında niceliksel bir ayrım yapıldığı vurgulanmıştır.<sup>5</sup> Ancak kimi zaman bir suçun karşılığı olarak öngörülen kısa süreli bir hapis cezası -ve hatta para cezasına çevrilen bir hapis cezası-, bir kabahat için öngörülen yüksek miktardaki bir para cezasından daha hafif kalabilmektedir.<sup>6</sup> Bu bakımdan öğretilde, suç ve kabahat ayrımında esas alınacak ölçüt noktasında bir görüş birliğinin bulunmadığı;<sup>7</sup> bu ayrım

<sup>3</sup> Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 11; Sahir Erman, “Vergi Usul Kanununda Yer Alan Ceza Hukuku Kaideleri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını (Maliye Enstitüsü Konferansları), Y. 1959, S. 5, s. 206.

<sup>4</sup> Bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılmasında genel olarak üç terimin kullanıldığı görülmektedir: Suç durumundan çıkarılma (dekriminalizasyon), ceza durumundan çıkarılma (depenalizasyon) ve kovuşturmadan ayrılma (diversiyon) (Köksal Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarılma Akımı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1984, C. 50, S. 1-4, s. 198).

<sup>5</sup> “...esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayrım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır” (Hamide Zafer/Gülfem Pamuk/Kerim Çakır, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 31).

<sup>6</sup> Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 45.

<sup>7</sup> Guido Zanobini, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes’esi” (Çeviren: Yılmaz Günel), AÜSBFD, Y. 1963, C. 18, S. 3, s. 309, 310; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Na-

yapılırken amaçları, usulleri, nitelikleri ve/veya nicelikleri, öngörülen yaptırımların türleri, korudukları hukuksal değerler, manevi unsuru ya da sonuçları gibi çeşitli ölçütlerin kullanıldığı söylenebilir.<sup>8</sup>

Kabahat kavramı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde; “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>9</sup> Bu tanım, kanunda öngörülen “yaptırımın türüne” göre kabahati suçlardan ayırmıştır. Böylelikle yukarıda yapılan açıklamalarla birlikte kabahat, karşılığında idari yaptırım uygulanmasının kanunda öngörüldüğü tipe uygun ve hukuka aykırı fiil olarak tanımlanabilir.<sup>10</sup> Kanun koyucunun ortaya koyduğu bu tanım kapsamında bir eylemin suç mu yoksa kabahat mi olarak tanımlanacağı konusunda devletin ceza politikasının etkili olacağını söylemek de yanlış olmayacaktır.<sup>11</sup>

zari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 344; Sema Ayatar Kızılyar, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, Journal of Yasar University, Y. 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 1648; Fatih Selami Mahmutoğlu, “Suç-Kabahat Ayrımı - İdari Ceza Hukuku'nun Temelleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 28 vd.

<sup>8</sup> Zeynel T. Kangal, Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 38 vd.; Berrin Akbulut, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 46 vd.; Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. 3, S. 1, s. 160 vd.; Ferhat Yıldız, “İdari Yaptırımların Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 95, s. 89 vd.

<sup>9</sup> Sözü edilen hükmün Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılığı iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi, iptali istenen kuralda bahse konu Anayasa hükümlerine herhangi bir aykırılık tespit etmemiş ve iptal isteminin reddine karar vermiştir (karar için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/11/20091126-13.htm>, Erişim Tarihi: 13.02.2021).

<sup>10</sup> Kangal, s. 2.

<sup>11</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da bu durum, “Yasa koyucu idari para cezalarına ilişkin yasa kurallarını düzenlerken ceza politikası gereği birtakım tercihler ortaya koyarak yasal düzenlemeler yapabilir. Hangi eylemlerin idari para cezasını, hangilerinin adli para cezası ya da hapis cezasını gerektirdiği ve bu cezaların miktarı konusunda yasa koyucunun takdir hakkı bulunmakla beraber bu tercih serbestisi Anayasa'nın genel ve özel kuralları çerçevesinde olacaktır” ifadeleriyle vurgulanmıştır (AYM, E.2001/119, K.2004/37, 23.03.2004. Karar için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/07/20040721.htm#15>, Erişim Tarihi: 13.02.2021),

## II. İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI

İdarenin görevleri arasında kamu güvenliği ve düzeni, kamu sağlığı gibi çeşitli idari düzenleri korumak önemli bir yer tutar.<sup>12</sup> Bu koruma büyük ölçüde, sahip olduğu yaptırım uygulama yetkisiyle sağlanabilir.<sup>13</sup> Bu yolla idare edilenler idari kararlara uymaya sevk edilirler.<sup>14</sup> İdarece yaptırım uygulanması kişilerin bazı temel hak ve özgürlüklerini sınırlama potansiyeli taşıdığından söz konusu yaptırım uygulama yetkisinin idareye açıkça kanunlar tarafından tanınmış olması gerekir.<sup>15</sup> Bu açıklamalar ışığında idari yaptırımı, kanunların açıkça yetki verdiği durumlarda idarenin doğrudan doğruya bir işlemiyle<sup>16</sup> ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu yaptırımlar olarak tanımlamak mümkündür.<sup>17</sup>

Anayasa Mahkemesi kararlarında da benzer şekilde idari yaptırım, “*idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar*” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>18</sup> Danıştay da verdiği ka-

<sup>12</sup> Lûtfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982, s. 254, 255.

<sup>13</sup> Oğurlu, (1999), s. 151.

<sup>14</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt 1, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1197.

<sup>15</sup> Bu husus Kabahatler Kanunu’nun 22. maddesinde “idari yaptırım kararı vermeye ilgili kanunda açıkça gösterilen” ifadeleriyle de vurgulanmıştır.

<sup>16</sup> A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 644. Yazarlara göre idari yaptırımın baskın kimliği onun bir idari işlem olmasıdır.

<sup>17</sup> İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, İstanbul, 1985, s. 35. Zanobini’ye göre idari müeyyide, “bizatihi idari emir ve talimatlara riayeti temin bakımından idari bir merci tarafından tesis edilen ceza”dır (Guido Zanobini, İdari Müeyyideler (Çeviren: Yılmaz Günel), Sevinç Matbaası, Ankara, 1964, s. 69). Öğretide idari yaptırımların çeşitli şekilde sınıflandırıldığı görülmektedir. Örneğin Ulusoy’a göre “yapılması gereken en doğru sınıflandırma öncelikle ‘idari cezaların’ ile ‘idari tedbirlerden’ ayrıştırılması; akabinde de idari cezaları kendi içinde Regülatif Cezalar, Kabahat Cezaları ve Disiplin Cezaları olarak üçe ayırmaktır” (Ulusoy, s. 11). Tan’a göre ise, “genel olarak idari yaptırımları içerikleri bakımından idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar olarak iki grupta toplamak yanlış olmaz” (Turgut Tan, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 311).

<sup>18</sup> Bkz. AYM, E.1996/48, K.1996/41, 23.10.1996 (<http://kararlariyeni.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 13.02.2021); AYM, E. 2010/55, K. 2011/140, 20.10.2011 (<http://kararlariyeni.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 13.02.2021).



rarlarda Anayasa Mahkemesi'nin bu tanımını benimsemiştir.<sup>19</sup> Uyuşmazlık Mahkemesine göre ise, “kanunun öngördüğü bir ceza, idari bir organın eliyle uygulanabiliyorsa bu genel ceza hukukunun değil, idare hukukunun müeyyidesidir. Bu tür cezalar, uygulama alanı itibariyle, idarenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla yönelik bir hukuki müeyyide niteliğini taşımakta olup; idari ceza uygulaması, konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibariyle adli ceza uygulamasından farklılık göstermekte ve hukuki müeyyideler, esasen gerçek anlamda bir ceza sayılmamaktadırlar”.<sup>20</sup>

Kabahat karşılığı öngörülen idari yaptırımlar Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre idari yaptırımlar; idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir (m. 16/1). İdari tedbirler ise, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir (m. 16/2<sup>21</sup>).

Kabahatler karşılığında uygulanması öngörülen idari yaptırımlara kural olarak mahkemeler değil, kanunla yetkili kılınan idari merciler karar vermekte (m. 22)<sup>22</sup>; söz konusu idari yaptırıma karşı ilgisinin kanun yoluna başvurması halinde ise incelemeyi hâkim veya mahkeme yapmaktadır.<sup>23</sup>

İdari yaptırımların sadece idare hukukunun konusuna girmediği, caydırıcı ve cezalandırıcı niteliği<sup>24</sup> karşısında aynı zamanda ceza huku-

<sup>19</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2019/2197, K.2020/136, 29.1.2020; Danıştay 13. Daire, E.2020/2175, K.2021/1586, 27.4.2021; Danıştay 8. Daire, E.2017/7733, K.2021/2011, 1.4.2021 (UYAP).

<sup>20</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2003/22, K.2003/25, 7.7.2003; Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1998/10, K.1998/12, 6.6.1998 (Aktaran: Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2020, s. 780).

<sup>21</sup> Sözü edilen hükmün de Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılığı iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi, iptali istenen kuralda bahse konu Anayasa hükümlerine herhangi bir aykırılık tespit etmemiş ve iptal isteminin reddine karar vermiştir (karar için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/11/20091126-13.htm>, Erişim Tarihi: 13.02.2021).

<sup>22</sup> Kabahatler Kanunu'nun 22. maddesinde söz konusu kural açıkça öngörülmüş; anılan Kanun'un 23. ve 24. maddelerinde ise istisnalara yer verilmiştir. Buna göre belirli hallerde Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin de idari yaptırım kararı verme yetkisi vardır.

<sup>23</sup> Kangal, s. 3.

<sup>24</sup> Tan, s. 311; Burcu Erdinç, “İdari Yaptırımların. Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 2, s. 251; Fey-

ku ilkeleriyle de ilişkili kabul edilmesi gerektiğini<sup>25</sup> ve bu çerçevede idare hukukuyla ceza hukukunun birbiriyle yakın ilişki içerisinde olduğunu belirtmek gerekir.<sup>26</sup> Gerçekten idari yaptırımlar genellikle idari para cezası veya herhangi bir şeyden men edilme şeklinde ortaya çıktığından ceza hukuku yaptırımlarına benzemektedirler.<sup>27</sup>

Bazı durumlarda kişilerin işledikleri bir fiil hem bir suç hem de bir kabahatin; bazı durumlarda ise aynı anda birden fazla kabahatin konusunu oluşturabilmektedir. Bu aşamada çalışmamızda kabahat ve idari yaptırım kavramlarına dair yukarıda yapılan genel açıklamalar ışığında, kişilerin işledikleri tek bir eylemle aynı anda suç ve/veya kabahatlere ilişkin yargılama, ceza veya yaptırım süreçleriyle karşı karşıya kalmaları halinde uygulama ve tartışma alanı bulabilecek olan *non bis in idem* ilkesinin genel olarak ne anlama geldiğine ve özellikle vergi ceza hukuku alanında konuyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk normları çerçevesinde söz konusu ilkenin nasıl düzenlendiğine değinilecektir.

### III. VERGİ CEZALARINDA “NON BIS IN IDEM” İLKESİ

#### A. GENEL OLARAK “NON BIS IN IDEM” İLKESİ

Bireylerin belirli bir eylemleri nedeniyle sürekli olarak ceza tehdidiyle karşı karşıya kalmalarının engellenmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.<sup>28</sup> Bu kapsamda kişi ve hukuk güvenliği ilkelerinin bir görünümü olarak, bireylerin aynı eylem nedeniyle ikinci kez yargılanmamaları veya mahkûm edilmemeleri anlamına gelen *non bis in idem* ilkesinin,<sup>29</sup> fiilin aynılığı ve kişinin aynılığı biçiminde iki unsuru bulunmaktadır.<sup>30</sup> Kişinin aynılığı unsuru bakımından öğretide esaslı bir

yaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *AÜSBFD*, Y. 1963, C. XVIII, S. 2, s. 117.

<sup>25</sup> Duran, s. 251.

<sup>26</sup> Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, I. Cilt, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 113; İlgin Özkaya Özlüer, “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2015, S. 2, s. 136.

<sup>27</sup> İl Han Özay, *Günüşünde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 739.

<sup>28</sup> Mustafa Özen, “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 389.

<sup>29</sup> Yücel Oğurlu, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis In Idem’ Kuralı”, *AÜHFD*, Y. 2003, C. 52, S. 2, s. 103.

<sup>30</sup> Erdener Yurtcan, *Kesin Hükmün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi*, İstanbul

görüş ayrılığı olmamasına karşın, fiilin aynılığıyla ilgili olarak farklı yaklaşımlar söz konusudur.<sup>31</sup> Ancak fiilin aynılığı hakkındaki tüm görüşlerin ortak noktası, fiilin iddianamede anlatılan ve kamu davasına konu edilen fiilden bağımsız olmadığı, kapsamının iddianame ve dolayısıyla dava konusuyla çizildiğidir. Nitekim “ceza muhakemesi hukuku açısından fiil, maddi ceza hukuku anlamındaki fiil ile aynı anlamda olmayıp, şüphelinin suç fiili öncesindeki davranışlarını da bir bütün olarak kapsayan ve genel hayat tecrübesine göre iddianamede tanımlanan fiil ile bağlantılı, onunla bütünleşen bir olay teşkil eden davranışlar bütünüdür”.<sup>32</sup>

*Non bis in idem* ilkesi kapsamında sanıkların aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanamamalarına “yatay kesinleşme”; aynı suçta birden fazla sanık olması durumunda her bir sanığın muhakemesinin ayrı yürütülmesine ise “dikey kesinleşme” denilmektedir.<sup>33</sup> Bu doğrultuda çalışmamızda yatay kesinleşme üzerinde duracağız.

## B. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK NORMLARI

*Non bis in idem* ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) ek 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.<sup>34</sup> Anılan Protokol’ün onaylanmasının uygun bulunmasına dair 6684 sayılı Ka-

---

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1973, s. 40, 41; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 3, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1784. Ayrıca “konunun aynılığı”nın da bir unsur olduğunu ileri süren görüşler için bkz. Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 774; Erol Cihan/Feridun Yenisey, “Ne Bis In Idem İlkesi”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 220.

<sup>31</sup> Özen, s. 392.

<sup>32</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 774.

<sup>33</sup> Cihan/Yenisey, s. 219.

<sup>34</sup> Düzenleme şu şekildedir:

“1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olanak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşme’nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile demiş olunan yükümlülükler aykırı hiçbir tedbir alınamaz.”

nun Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 10.03.2016 tarihinde kabul edilmiş ve bu Kanun 25.03.2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Protokol 28.03.2016 tarihinde de Bakanlar Kurulu'nca onaylanmış ve 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

*Non bis in idem* ilkesi Anayasa'da ise AİHS'deki düzenlemeye benzer şekilde somut ve bağımsız olarak düzenlenmemiştir.<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi, *non bis in idem* ilkesini, adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında incelemektedir.<sup>36</sup>

Yine 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ilişik beyanlar ve çekince ile onaylanması Bakanlar Kurulu'nca 07.07.2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. *Non bis in idem* ilkesi bu Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesinin 7. bendinde de açıkça düzenlenmiştir.<sup>37</sup>

*Non bis in idem* ilkesi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 223. maddesinde kovuşturma evresine ilişkin olarak açıkça düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilecektir. Ayrıca CMK'nın 172. maddesinin 2. fıkrası

<sup>35</sup> Nurettin Bilici/Funda Başaran Yavaşlar, "Non Bis In Idem ve Yasallık İlkesi", Prof. Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara, 2014, s. 52.

<sup>36</sup> AYM, Ünal Gökpinar, B. No: 2018/9115, 27.03.2019, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2018-9115.pdf>, Erişim Tarihi: 19.02.2021). Kararın konuya ilişkin kısmı şu şekildedir:

"Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi, yukarıda değinildiği üzere bireylerin, haklarında yürütülen bir ceza yargılaması sürecinin varlığı hâlinde tekrar yargılanmamalarını veya cezalandırılmamalarını güvence altına almaktadır. Böylelikle adil yargılanma hakkı kapsamındaki cezai süreçler yönünden hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinde mündemiac olan aynı suç nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim ne bis in idem ilkesi Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'de ayrı bir hak olarak düzenlenmiş ise de AİHM kararlarında bu ilkenin adil yargılanma hakkı ile bağlantılı özel bir güvence olduğu vurgulanmıştır..." (§ 49).

<sup>37</sup> Düzenleme şu şekildedir:

"...7. Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkûm olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz."

sında, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, yeni delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacağı düzenlenmiş ve anılan ilkenin güvenceleri soruşturma evresine ilişkin olarak da sağlanmıştır.

Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi, bu Kanun'un genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağını düzenlemiştir. Diğer bir deyişle, mevzuatta dağınık halde bulunan ve karşılığında bir idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını öngörülen kabahatler hakkında da Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır.

Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenen “içtima” başlıklı 15. maddesi, *non bis in idem* ilkesi açısından önemli bir düzenlemedir.<sup>38</sup> Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, bir fiille idarî para cezası gerektiren birden fazla kabahatin işlenmesi halinde en ağır idarî para cezası verilecektir. Nitekim konuyla ilgili içtihatlarında Danıştay, öncelikle verilen idari para cezalarına konu eylemlerin aynı olup olmadığını incelemekte; eylemlerin aynı olduğunu tespit etmesi halinde en ağır idari para cezasının uygulanması gerektiğini,<sup>39</sup> aksi halde ise

<sup>38</sup> “Madde 15- (1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verinceye kadar fiil tek sayılır.

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”

<sup>39</sup> “Tek fiile tek ceza bir genel hukuk ilkesi olup, bir kimsenin aynı fiilinden dolayı birden fazla yargılanamamasını ve cezalandırılmamasını ifade etmektedir. Bu ilke kural olarak idarî cezalar için de geçerlidir... Buna göre, aynı fiil nedeniyle iki ayrı idarî para cezası öngörülmüşse, bu cezaların her ikisi de uygulanamayacak ve sadece biri ve en ağırı uygulanacaktır... davacının otogaz LPG faaliyeti yaparken otogaz istasyonlarına tüplü ve dökme LPG ikmal yapmamakla yükümlü olduğu ve bu eylemin 5307 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dokuzuncu fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendini ihlâl ettiği ve LPG'nin araçtan araca aktarılmasının doğal olarak bu fiilin işleniş biçimini oluşturduğu anlaşıldığından, işlediği bir fiil ile birden fazla kabahatin oluşmasına sebebiyet veren davacı hakkında en ağır idarî para cezasının verilmesi gerekirken anılan Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi uyarınca dava konusu

ayrı ayrı ceza verilebileceğini belirtmektedir.<sup>40</sup>

Bir fiille birden fazla işlenen kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından *başka idarî yaptırımlar* da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin ayrıca uygulanmasına karar verilecektir (Kaba-

339.814,00-TL idarî para cezasının davacıya ayrıca uygulanmak suretiyle Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan fikrî içtima kuralının ihlâl edildiği anlaşılmaktadır." (Danıştay 13. Daire, E.2015/3710, K.2021/894, 11.3.2021, UYAP); "Aynı yapılara ilişkin aynı teknik inceleme raporlarındaki aynı eylem için davacıya 29.11.2012 tarihinde proje ve uygulama denetçiliği görevinden ayrılmasına ve teknik inceleme raporlarına göre idari yaptırımı gerektiren eylemin davacının kontrol elemanı olarak çalıştığı döneme ilişkin olmasına rağmen, hem proje ve uygulama denetçisi hem de kontrol elemanı olarak idari yaptırım uygulandığı, başka bir ifadeyle mükerrer (tek fiile iki kez) ceza verildiği anlaşılmıştır." (Danıştay 6. Daire, E.2020/1704, K.2021/3612, 11.3.2021, UYAP); "...dava konusu Kurul kararıyla davalı yanında müdahil şirketin votka ve cin pazarlarında ihlâl teşkil ettiği tespit edilen davranışlarının 16.02.2017 tarih ve 17-07/84-34 sayılı Kurul kararında rakı pazarında ihlâl oluşturduğu değerlendirilen ve idarî para cezası uygulanan davranışlarıyla aynı olduğu, aynı dönemde gerçekleştiği ve teşebbüsün genel stratejisinin parçası olarak bütünlük arz ettiğinden bahisle yeni bir idarî para cezası uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesinde hukuka aykırılık; davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf isteminin kabulüne ve dava konusu işlemin iptaline ilişkin temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır." (Danıştay 13. Daire, E.2020/1941, K.2021/3508, 2.12.2020, UYAP).

40 "...birden fazla fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde de birden fazla ceza verilmesi gerekmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirkete ait "U... TV" logosuyla yayın yapan kanalda 28.7.2011-4.11.2011 tarihleri arasında hafta içi her gün yayınlanan "Doktorunuz Sizinle" programına konuk olarak katılan "M... E..." isimli sağlık mensubunun reklamının yapıldığı, yine "Dr. M... E..." ait olduğu belirtilen bitkisel ürünlerin aldatıcı ve yanıltıcı reklamının yapılarak bitkisel ürünün ilaç olduğu izlenimi oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

Meri mevzuatımıza göre sağlık mensupları ile özel sağlık kuruluşlarının reklamlarının yapılması ve bitkisel ürüne ilaç izlenimi verilmesi veya aldatıcı ve yanıltıcı reklamlarının yapılması yasak olup, ihlâl halinde idari yaptırım uygulanmaktadır.

Bu yönüyle olaya bakıldığında sağlık mensubunun reklamının yapılması bir fiil, bitkisel ürüne ilaç izlenimi verilmesi veya aldatıcı ve yanıltıcı reklamının yapılması ayrı bir fiildir.

Dolayısıyla olayda bir değil birden fazla fiil söz konusu olduğundan "fikrî içtima"nın uygulanmasına olanak bulunmamakta olup, işlenen her kabahat nedeniyle ayrı yaptırım uygulanması gerekmektedir.

Bu yüzden Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından, bitkisel ürünlerin izleyici tarafından satın alınmasının teşvik edildiği gerekçesiyle 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Kanunu'nun 9. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "gizli ticari iletişime izin verilemez" ilkesi uyarınca, Reklam Kurulu'nca 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesi uyarınca sağlık mensubunun reklamının yapılması nedeniyle ceza verilmiştir." (Danıştay 15. Daire, E.2013/13499, K.2014/3633, 13.5.2014, UYAP).



hatler Kanunu'nun 15/1. fıkrasının 2. cümlesi). Bu halde gerek hafif gerekse ağır olan idari para cezasını düzenleyen normda idari para cezası yanında başkaca idari yaptırımlara da yer verilmişse, hem ağır olan idari para cezası hem de diğer idari yaptırımlar uygulanacaktır. Bu durumda ise bir kişiye, aynı eylemi nedeniyle ağır olan idari para cezası yanında bir veya daha çok sayıda idari tedbir de uygulanması söz konusu olabilecek ve bu suretle *non bis in idem* kuralına aykırılık teşkil edebilecek durumlar ortaya çıkabilecektir.<sup>41</sup>

Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasına göre ise, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Böylelikle Kabahatler Kanunu'nda, kabahatlerin kendi içerisinde ve suçlarla kabahatler arasında da *non bis in idem* kuralının uygulanması açıkça öngörülmüştür.<sup>42</sup> Nitekim bu hususa madde gerekçesinde de özellikle vurgu yapılmıştır.<sup>43</sup> Bu kapsamda kanun koyucunun suçlar arasında *non bis in idem* ilkesi uygularken ağır olan suçtan ceza vermeye yönelik iradesi, suçlar ve kabahatler arasında da genel olarak kendisini göstermiş ve TCK'nın 44. maddesiyle uyumlu bir düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucu aynı zamanda, suçtan dolayı herhangi bir nedenle yaptırım uygulanamayan hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabileceğini de düzenleyerek fiillerin yaptırımsız kalmamasını sağlamaya çalışmıştır.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Ulusoy, s. 114.

<sup>42</sup> Kangal, s. 6, 250; Akbulut, s. 473. Söz konusu düzenleme öncesinde öğretide söz konusu ilkenin idare hukukunda sınırlı bir uygulama alanı bulacağı ve “idarenin bir şahsı değişik iki sıfatı ve durumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı kendisine iki ayrı müeyyide uygulaması hukuken mümkün” görülmekteydi (Özay, s. 63, 64); ayrıca bkz. Zanobini, (1964), s. 105-107.

<sup>43</sup> “Bir fiil, bazı durumlarda hem suç hem de kabahat oluşturabilir. Maddenin üçüncü fıkrası, bu hallere özgü ve fakat sadece içtima ile ilgili bir hüküm içermektedir. Bu gibi durumlarda kişi hakkında sadece suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir; fiilin kabahat oluşturması dolayısıyla ayrıca idari yaptırım uygulanamayacaktır. Böylece, ‘non bis in idem’ kuralına suçlarla kabahatler arasında da geçerlilik tanınmıştır. Ancak, suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilemeyen hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir.” (Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 376).

<sup>44</sup> “...hukuk kuralları, hiçbir zaman suç işleyen bir failin cezasız kalması sonucunu doğurmamalıdır. Ölçülülük ilkesi her zaman göz önünde tutulmalıdır. Yani ne suçlular cezasız kalmalı ne de iki defa cezalandırılmalıdır.” (Cihan/Yenisey, s. 224).



Buna karşılık mevzuatta, yukarıda genel olarak idari yaptırımlar yönünden bahsedilen ve Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenen ilkelerin istisnaları da öngörülmüş bulunmaktadır. Gerçekten 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 340. maddesinde özel bir "içtima" düzenlemesi vardır.<sup>45</sup> Bu düzenlemeye göre, VUK'ta yazılı vergi zıyayı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar, içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez. VUK'ta vergi zıyayı cezasıyla cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359. maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi zıyayı cezası kesilmesi, söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmaz. Yine bu düzenlemelere paralel olarak VUK'un 367. maddesinin 4. fıkrasında, "359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi zıyayı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez" şeklinde bir düzenleme de mevcuttur. Bilindiği gibi, anılan maddede değinilen vergi zıyayı ve usulsüzlük cezaları VUK'ta düzenlenen vergi kabahatleri olup; vergi zıyayı cezası VUK'un 341. ve 344. maddelerinde; usulsüzlük cezası ise 351-355. maddelerinde düzenlenmiştir. VUK'un 359. maddesinde ise bir vergi suçu olan "kaçakçılık suçları" düzenlenmiştir.

VUK'un 340. ve 367/4. maddesindeki düzenlemeler uyarınca, VUK'un 359. maddesi kapsamında bir kimseye kaçakçılık suçu nedeniyle ceza verilmiş olsa da bu kişiye -şartları oluşmuşsa- ayrıca vergi zıyayı veya usulsüzlük cezası da verilebilecektir.<sup>46</sup> Diğer bir deyişle bu düzenlemeler, bir kimseye aynı eylemi nedeniyle hem vergi suçu hem

<sup>45</sup> Benzer şekilde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102/1. maddesinde, ilgili -kurumca dayanağı belirtilmek şartıyla- diğer kanunlarda aynı fiiller için idari para cezası öngörülmüş olsa dahi ayrıca 5510 sayılı Kanun'da belirtilen idari yaptırımların da uygulanacağı düzenlenmiştir. Yine 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 27. maddesinde, bu kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezaların, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmayacağı düzenlenmiştir (Kangal, s. 245).

<sup>46</sup> VUK'un 359. maddesinde kaçakçılık suçunu oluşturduğu belirtilen eylemlerin büyük bölümü, vergi zıyayı oluşturmaya elverişli eylemlerdir; ancak, bu eylemler zorunlu olarak vergi zıyayı oluşturmazlar (Turgut Candan, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 283). Vergi zıyayı cezası verilebilmesi için, bu eylemlerin varlığı yeterli değildir; ayrıca, VUK'un 341. maddesinde tanımlanan anlamda verginin zamanında tahakkukunun yaptırılmamış veya noksan yaptırılmış olması da gereklidir.

de vergi kabahati cezası verilebileceğini öngörmüştür. Buna ek olarak VUK'un 367/son hükmünde, vergi suçlarına ilişkin ceza mahkemesi kararlarının, VUK'ta düzenlenen vergi kabahatlerinin karşılığı olan vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı; bu makam ve mercilerce verilecek kararların da ceza hâkimini bağlamadığı düzenlenmiştir. Bu durumda özellikle vergi ve ceza mahkemeleri arasında ne tür bir etkileşimin olacağı kanunda açıkça düzenlenmemiş, bu da öğretilerde eleştiri konusu olmuştur.<sup>47</sup>

Yukarıda da değinildiği üzere Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesinde, bir eylemin hem suç hem de kabahat oluşturması halinde sadece suç nedeniyle yaptırım uygulanacaktır. Bu durumda VUK'un 340. ve 367/4. maddeleri ile Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesinin belirli durumlarda aynı konuda farklı düzenlemeler içerdiği sonucu ortaya çıkmaktadır.<sup>48</sup>

Buna karşılık, VUK'un 336/1. maddesi uyarınca bir fiilin hem genel usulsüzlük cezası hem de vergi ziyayı cezası gerektirmesi halinde sadece miktar itibarıyla ağır olan ceza verilecektir. Böylelikle iki ayrı kabahat fiili arasında da *non bis in idem* kuralı uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesinde yer bulan kanun hükmüne paralel bir düzenlemedir. Bununla birlikte anılan madde düzenlemesine VUK'un 353/2. maddesinde bir istisna ge-

<sup>47</sup> Mustafa Akkaya, “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2000, C. 49, S. 1-4, s. 85 vd.

<sup>48</sup> Bazı yazarlara göre ise, bu tür durumlarda vergi suç ve kabahatleri arasında *non bis in idem* ilkesinin uygulanma koşulları ve dolayısıyla bir çatışma yoktur: “... vergi kaçakçılığı suçunu düzenleyen 359. maddede hareket seçimsiz olarak belirlenmiş olmasına rağmen somut olarak bir netice öngörülmemiştir... Ancak sırf hareket suçu olması nedeniyle bu suç vergi ziyayı kabahatinden ayrılır. Vergi ziyayında vergilendirme ile ilgili ödev niteliği taşıyan davranışların yapılmaması nedeniyle verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi ya da eksik tahakkuk ettirilmesi veya haksız yere verginin geri verilmesi neticesi aranır. Dolayısıyla vergi kaçakçılığı ile vergi ziyayı oluşturan ‘fiil’ aynı değildir. Bu iki fiil karşılığı uygulanan yaptırımlar sebep, sonuç, hukuksal dayanak, amaç ve usul açılarından da farklıdır... dolayısıyla bu durum *non bis in idem* ilkesinin uygulama alanında değildir...” (Recep Narter/Ercan Sarıcaoğlu, “Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 87-89). Ayrıca bkz. Yılmaz Hızlı, *Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1984, s. 32. Aksi yönde ise bkz. Altan Rençber, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 86, 87.

tirilmiştir. Buna göre VUK'un 353. maddesinde yazılı olan "özel usulsüzlük cezası" gerektiren durumlarda fiil ayrıca vergi ziyayı cezası da gerektiriyorsa ayrıca o ceza da uygulanacaktır. Bu kapsamda VUK'un 353/2. maddesiyle *non bis in idem* kuralına da bir istisna getirilmiş<sup>49</sup> ve Kabahatler Kanunu'nun 15/1. maddesi ile aynı konuda farklı düzenlemeler öngörülmüştür.

Kanunlar arasındaki bu çatışmaya, *lex posterior* veya *lex specialist* esaslarından biri<sup>50</sup> uygulanarak çözüm aranabilir. Nitekim öğretide ağırlıklı olarak, özel bir kanun niteliğinde olduğundan bahisle VUK'un öncelikle uygulanması gerektiği düşünülmektedir.<sup>51</sup> Buna karşılık bu çözümün Anayasa'nın 90. maddesinin bir gereği olarak aynı zamanda AİHS'e, ek protokollerine ve Anayasa'ya uygun bir çözüm de olması gerekir.<sup>52</sup> Bu nedenle, yukarıda değinilen kanuni düzenlemeleri ve uygulamayı *non bis in idem* ilkesi kapsamında AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşım biçimleriyle değerlendirmek gerekmektedir.

Ancak AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımına değinmeden önce belirtmek gerekir ki -idari yaptırımlardan farklı olarak- disiplin yaptırımları bakımından *non bis in idem* ilkesi geçerli değildir.<sup>53</sup> Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/7<sup>54</sup> ve 131. maddeleri<sup>55</sup> gereğince memurun fiili hem bir disiplin yaptırımını hem de bir ceza yaptırımını gerektirmekteyse her ikisinin de uygulanması mümkündür.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> Ayşe Nil Tosun, "Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 7, S. 2, s. 102.

<sup>50</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi*, Ankara, 2017, s. 158; Alican Mert, "AİHM Kararlarında Vergi Kabahatleri" (Editör: Z. T. Kangal), *Kabahatler Hukuku Yazıları - I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul*, 2017, s. 287.

<sup>51</sup> Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa*, 2017, s. 455; Ayhan Kılıç, "Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Y. 5, S. 18, s. 305 vd.

<sup>52</sup> Benzer yaklaşım için bkz. Ulusoy, s. 117.

<sup>53</sup> Oğurlu, (2003), s. 105; Ulusoy, s. 116.

<sup>54</sup> "Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez."

<sup>55</sup> "Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez.

Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz..."

<sup>56</sup> Kangal, s. 6.

Bu noktada bir idari yaptırımın hangi durumlarda *non bis in idem* ilkesi kapsamında değerlendirilebileceğinin tespit edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle her idari yaptırım doğrudan ve koşulsuz bir biçimde *non bis in idem* ilkesinin güvencelerinden faydalanmayacaktır. Bunun için AİHM içtihatlarında belirli bazı koşulların gerçekleşmesi aranmıştır.

### C. AİHM’İN KONUYA YAKLAŞIMI

AİHM’in *non bis in idem* ilkesinin düzenlendiği Sözleşme’ye Ek 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesini yorumladığı ilk grup davalardan biri *R.T./İsviçre* başvurusudur.<sup>57</sup> Bu olayda başvurucunun alkollü araç kullanma sebebiyle trafik bürosunca 1993 yılı Mayıs ayında dört aylığına ehliyeti alınmıştır. Bu tedbir idari yargı ve temyiz mercii tarafından 1995 yılı Aralık ayında onanmıştır. Aynı zamanda 1993 yılı Haziran ayında başvurucuya hapis cezası ile para cezası verilmiştir. AİHM, İsviçre makamlarının uyguladığı üç farklı cezanın “bütüncül bir etki” oluşturduğunu ve idari ve yargısal iki ayrı makam tarafından aynı zamanda uygulandığını belirterek ihlal olmadığı sonucuna varmıştır.

Benzer şekilde *Nilsson/İsveç* kararına<sup>58</sup> konu olayda başvurucuya trafik kuralı ihlalden ötürü (alkollü ve yasadışı araç kullanma) 50 saat kamu hizmeti cezası verilmiş ve daha sonra ayrıca ehliyetinin 18 ay süreyle geri alınmasına karar verilmiştir. AİHM söz konusu başvuruda “ehliyetin geri alınmasının” ilgili Protokol hükmü kapsamında bir “ceza” olarak kabul edilip edilmeyeceğini tartışmış ve “esas ve zaman yönünden yeterince yakın bağlantı” testini uygulamıştır. AİHM; ehliyetin 18 ay geri alınması şeklindeki tedbirin ağırlığının belirleyici olduğunu, bu tedbirin ilk mahkûmiyet kapsamında verilmediği için ayrı bir ceza olarak değerlendirilmesi gerektiğini, buna karşın farklı süreçlerde farklı iki makam tarafından farklı yaptırımlar uygulansa da başvurucunun alkollü araç kullanması sonucunda ehliyetin geri alınabileceğinin doğrudan ve öngörülebilir bir sonuç olduğunu, İsveç yasalarına göre ehliyetin geri alınması ile alkollü araç kullanma suçla-

<sup>57</sup> R.T./İsviçre, B. No: 31982/96, 30.05.2000 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5334>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>58</sup> Nilsson/İsveç, B. No: 73661/01, 13.12.2005 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72028>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

rı arasında, ehliyetin geri alınmasının alkollü araç kullanma suçlarına ilişkin yaptırımların *bir parçası* olduğunu düşünmeye yetecek kadar “esas ve zaman yönünden yakın bir bağlantı olduğunu” kabul ederek sürücü belgesinin geri alınmasının başvuru mahkum edildiği bir suçtan dolayı yeniden yargılandığı veya cezalandırıldığı anlamına gelmediği sonucuna varmış ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

AİHM, cezai bir “suç isnadı” olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak olan ve genellikle *Engel kriterleri* olarak bilinen üç kıstası benimsemektedir.<sup>59</sup> İlk kıstas, ulusal hukuk kapsamında suçun yasal anlamda sınıflandırılması; ikincisi suçun asıl mahiyeti ve üçüncüsü ise ilgili kişinin maruz kalması olası cezanın türü ve ağırlık derecesidir. İkinci ve üçüncü kıstaslar, birbirinin alternatifi olup birlikte uygulanması gerekli değildir. Ancak, bu durum, her kıstasın ayrı analizinin, cezai suçlamanın var olup olmadığı hakkında net bir sonuç vermesinin mümkün olmadığı durumlarda kıstasların birlikte kullanılması gerektiği yaklaşımını ortadan kaldırmaz.<sup>60</sup> Yukarıda belirtilen üçüncü ve son kriter olan cezanın türü ve ağırlığı bakımından AİHM, cezai sürecin sonunda öngörülen cezanın olası en yüksek miktarını da dikkate almaktadır.<sup>61</sup>

İzlenen ceza politikası gereği mevzuatta özellikle vergi suç ve kabahatlerine ayrı ayrı ve yüksek oranda hapis ve idari para cezaları öngörülmektedir. Bunun bir sonucu olarak *non bis in idem* ilkesine dayalı uyuşmazlıkların ağırlıklı uygulama alanlarından birini de bu tür yaptırımlar teşkil etmektedir. Gerçekten AİHM, örneğin vergi para cezalarının AİHS'nin 6. maddesi anlamında bir “suç isnadı” olduğunu ilk kez *Bendenoun/Fransa* kararında<sup>62</sup> ortaya koymuştur. AİHM, *Jussila/*

<sup>59</sup> Engel ve Diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; 08.06.1976 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>60</sup> Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık, B. No: 39665/98, 40086/98; 09.10.2003 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61333>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>61</sup> Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, B. No: 7819/77, 7878/77; 28.06.1984, § 72 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57456>, Erişim Tarihi: 19.02.2021); Demicoli/Malta, B. No: 13057/87, 27.08.1991, § 34 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57682>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>62</sup> Bendenoun/Fransa, B. No: 12547/86, 24.02.1994 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57863>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

*Finlandiya*<sup>63</sup> kararında da bu tespitini, bazı kriterlerini yeniden gözden geçirerek devam ettirmiştir.<sup>64</sup> Böylelikle Mahkeme, belirlenen kriterleri karşılaması halinde vergi para cezalarının Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen güvencelerden yararlanacağını belirtmiş olmaktadır.

AİHM, *Ponsetti ve Chesnel/Fransa* kararında,<sup>65</sup> vergi hukukunda birlikte uygulanan idari para cezaları ile adli cezaların *non bis in idem* ilkesine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Olayda başvuruçular bazı yıllara ilişkin gelir vergisi beyannamelerini zamanında vermemiştir. Bunun üzerine haklarında vergi tarh edilmiş, gecikme faizi uygulanmış ve idari para cezası kesilmiştir. Ayrıca başvuruçular hakkında bilerek beyanname vermedikleri için vergi kaçakçılığı suçundan da ceza davası açılmış, bunun sonucunda ise hapis ve adli para cezasına hükmedilmiştir. Mahkeme, kaçakçılığın kasten işlenebilen bir suç olduğunu; idari para cezası gerektiren mali suç içinse böyle bir şart aranmadığını ifade ettikten sonra, kaçakçılık suçu ile mali suçun *kurucu unsurlarının birbirinden farklı* olduğunu, yasaların söz konusu düzenlemelerinin aynı suçu düzenlemediğini belirterek söz konusu olayda 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesi bakımından başvurunun kabul edilemez olduğuna oybirliğiyle karar vermiştir.<sup>66</sup> AİHM, *Rosenquist/İsveç* kararında<sup>67</sup> benzer gerekçelerle ve ayrıca söz konusu cezaların amaçlarının da farklı olduğunu belirterek başvuruçunun başvurusunu kabul edilemez bulmuştur.<sup>68</sup> Anılan kararında Mahkeme, vergi beyanamesi vermeyerek kaçakçılık suçu işleyen başvuruçuya hapis cezası yanında,

<sup>63</sup> Jussila/Finlandiya, B. No: 73053/01, 23.11.2006 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78135>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>64</sup> Söz konusu kriterlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Billur Yaltı, “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine”, *Vergi Sorunları Dergisi*, No. 225, 2007, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/idari-vergi-cezasidavalarinda-durusmasiz-yargilanma-insan-haklari-avrupa-mahkemesi-ictihadinda-bendenoun-kriterlerinden-jussila-kriterlerine/2041>, Erişim Tarihi: 13.02.2021, s. 7-20.

<sup>65</sup> Ponsetti ve Chesnel/Fransa, B. No: 36855/97, 41731/98; 14.09.1999 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5637>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>66</sup> Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 159, 160; Begüm Dilemre Öden, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası Kalktı mı?”, 2015, <https://www.habererk.com/insan-haklari-ve-adalet/vergi-kacakligi-sucunda-hapis-cezasi-kalkti-mi-h14896.html>, Erişim Tarihi: 19.02.2021, s. 2.

<sup>67</sup> Rosenquist/İsveç, B. No: 60619/00, 14.09.2004 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66713>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>68</sup> Yaltı, (2006), s. 160.



ziyana sebep olduğu tutarın %40'ı oranında ek yükümlülük yüklenildiğini, hapis cezası gerektiren fiilden farklı olarak ek vergi ücretinin yüklenmesinde kasıt veya ağır ihmâl şartının aranmadığını, bu ücretin yüklenmesinin amacının ulusal vergi sisteminin ayakta tutulması için vergi yükümlülerinin kapsamlı ve doğru olgusal bilgi ve materyal sunma görevine etkin bir uyum sağlanması olduğunu ve bu amacın hapis cezasının amacından farklı olduğunu vurgulamıştır.

AİHM, *J.B./İsviçre* kararında<sup>69</sup> ise, vergi idaresi başvurusunun bazı yatırımlarda bulunduğunu ancak buna ilişkin tutarların vergilendirme dönemlerinde gösterilmediğini tespit etmiştir. Başvurucu söz konusu yatırımlarını ve bunları beyan etmediğini kabul etmiş ancak kendisinden istenmesine rağmen belgeleri idareye vermemiştir. Bu nedenle de hakkında, toplamda dört kez disiplin cezası uygulanmıştır.<sup>70</sup> AİHM, *non bis in idem* ilkesinin, nihai kararlar sonuçlandırılmış ceza yargılamasının tekrarının engellenmesini amaçladığını, başvurana kesilen ilk cezanın bilgi vermeyi reddetme nedeniyle kesildiğini, diğerinin ise başvuranın bilgi vermeyi reddetmeyi sürdürmesi nedeniyle ve ilkinden yaklaşık 21 ay sonra verildiğini, dolayısıyla cezalandırılan davranışların zaman ve içerik bakımından farklı olduğunu belirterek başvuruyu oybirliğiyle kabul edilemez bulmuştur.

AİHM, *Zolotukhin/Rusya* kararında<sup>71</sup> *non bis in idem* ilkesi bakımından “aynı suç” kavramıyla ilgili yaklaşımları değerlendirmiş ve Sözleşme’nin, “birebir aynı veya esaslı şekilde aynı olaylardan doğan ikinci suçun” yargılanmasını veya cezalandırılmasını yasakladığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre bu konudaki araştırma, somut olgusal koşulları içeren olaya odaklanmalı, bu koşullar aynı sanıkla ilgili olmalı ve zaman ve yer bakımından birbirine ayrılmaz biçimde bağlı bulunmalıdır.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> J.B./İsviçre, B. No: 31827/96, 03.08.2001 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59449>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>70</sup> Öden, s. 3, 4.

<sup>71</sup> Zolotukhin/Rusya, B. No: 14939/03, 10.02.2009 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91222>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>72</sup> Billur Yaltı, “İHAM’ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non bis in idem İlkesine Aykırılığı Üzerine”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Y. 2015, S. 317, s. 87, 88.



*Glantz/Finlandiya* kararında ise AİHM, *Zolotukhin/Rusya* kararında ortaya koyduğu “aynı suç” yaklaşımını vergilendirme alanına uygulamıştır.<sup>73</sup> Böylelikle Mahkeme, vergi suç ve kabahatleri bakımından *non bis in idem* kuralına önceki içtihatlarından farklı bir yaklaşım getirmiştir. Anılan karara konu olayda, vergi idaresi, başvuruçunun belirli yıllar arasında şirketinden örtülü kâr payı elde ettiğini tespit etmiştir. Bunun üzerine başvuruçunun hakkında ek vergi tarh edilmiş ve verginin katları olarak uygulanan para cezası kesilmiştir. Ayrıca savcılık tarafından yolsuzluk ve gelirini eksik beyan ettiği için vergi kaçakçılığı suçundan da dava açılmış; bunun sonucunda 2 yıl 8 ay hapis cezasına hükmedilmiştir. AİHM’nin önündeki davada taraflar, her iki davanın başvuruçunun gelirini beyan etmemesinden kaynaklandığını ve dolayısıyla aynı olaylara dayandığını kabul etmişlerdir. Mahkeme, Finlandiya hukuk sistemine göre, ceza ve vergi davaları arasında esas ve zaman bakımından yakın bir ilişki olduğunun söylenemeyeceğini; cezai ve idari yaptırımların farklı otoriteler tarafından verildiğini, bu otoritelerce verilen kararların birbirini etkilemediğini belirtmiştir. Mahkeme, iki tür yaptırımın da birbirinden bağımsız şekilde kesinleştiğini, mahkeme veya idare tarafından uygulanan yaptırımlardan hiçbirinin diğer mahkeme veya idare tarafından cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınmadığını ve merciler arasında hiçbir etkileşim olmadığını vurgulamıştır.<sup>74</sup> Ayrıca Mahkeme, Sözleşme’ye ek 7 No.lu

<sup>73</sup> *Glantz/Finlandiya*, B. No: 37394/11, 20.08.2014 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-162497>, Erişim Tarihi: 19.02.2021); Yaltı, (2015), s. 86.

<sup>74</sup> Mahkeme bu durumu ise şu şekilde açıklamıştır: “61. Mevcut davaya dönüldüğünde ve Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol’ün 4 § 1. maddesine ihlal teşkil edecek şekilde mükerrerlik olup olmadığının tespitine ilişkin olarak, Mahkeme; başvuruçunun hem mahkûm edilmesinin hem de kendisine vergi sürşarjları yüklenmesinin, düşük vergi değerlendirmesine neden olacak şekilde vergi beyanı sırasında gelir hakkında bilgi sağlanmaması nedeniyle Finlandiya kanunlarında öngörülen yaptırımların bir parçası olduğunu kaydeder. Ancak, Finlandiya sistemi uyarınca, cezai ve idari yaptırımlar, birbiriyle alakalı olan yargılamalar olmaksızın, farklı yetkililer tarafından uygulanmaktadır: her iki dava da kendine özgü yolu izlemekte ve birbirlerinden bağımsız olarak kesinleşmektedir. Ayrıca, yaptırımlardan hiçbiri, diğer mahkeme veya makam tarafından yaptırımın ağırlığını değerlendirmede dikkate alınmamakta olup; ilgili merciler arasında da başka bir etkileşim söz konusu olmamaktadır. Daha da önemlisi, Finlandiya sisteminde vergi sürşarjları, başvuruçunun tutumu ve ceza davasında yapılan değerlendirmelerin bağımsız olarak ilgili vergi mevzuatınca başvuruçunun yükümlülüğünün incelenmesinin ardından uygulanmaktadır. Bu, Mahkemenin önceki davalarından, sürücü belgesine ilişkin olan R.T. ve Nilsson kararına ters düşmektedir. Bu kararda, ehliyetin alınmasına ilişkin karar, işlenen trafik suçu

Protokol'ün 4. maddesinin, "nihai" karar ile sonlandırılmış olan ceza yargılamalarının tekrarlanmasını engellediğini ve söz konusu maddenin eş zamanlı olarak yürütülen (paralel) davalar için engel teşkil etmediğini vurguladıktan sonra yaptığı incelemede, davalardan ilki olan vergi davasının 11 Ocak 2010 tarihinde kesinleştiğini; ikinci dava olan ceza davasının ise 15 Aralık 2008 tarihinde açıldığını ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bu iki davanın, ilk dava kesinleşene, yani 11 Ocak 2010 tarihine kadar eş zamanlı olarak devam ettiğini; ilk dava sonuçlanıp kesinleştikten sonra ikinci dava düşürülmediği ve ceza davasının kesinleştiği 18 Mayıs 2011 tarihine kadar devam ettiği için başvurucunun sırasıyla 11 Ocak 2010 ve 18 Mayıs 2011 tarihlerinde kesinleşen iki davada aynı suçtan iki kez mahkûm edildiğini ve Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

AİHM, *Lucky Dev/İsveç* kararında<sup>75</sup> da benzer yönde bir yaklaşım getirmiştir.<sup>76</sup>

AİHM'in, *A ve B/Norveç* kararında<sup>77</sup> ise başvurucular, beyannamelerinde bazı gelirlerini beyan etmedikleri için ek vergi ve cezalara maruz kaldıklarını ve aynı ihmalleri sebebiyle ceza yargılaması sonucunda vergi kaçakçılığı suçundan da birer yıl hapis cezasıyla mahkûm

---

nedeniyle verilmesi olası veya nihai bir mahkûmiyete doğrudan dayalıydı ve bu nedenle söz konusu suçun veya tutumun ayrı bir incelemesi söz konusu değildi. Bu nedenle, Finlandiya sistemine göre, ceza ve vergi davaları arasında esas ve zaman bakımından yakın bir ilişki olduğu söylenemez" (Glantz/Finlandiya, § 61).

<sup>75</sup> *Lucky Dev/İsveç*, B. No: 7356/10, 27.11.2014 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148184>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>76</sup> Tosun, s. 100. Anılan karara konu olayda, Haziran 2014 tarihinde vergi idaresi, gelir vergisi ve KDV iadesi bakımından başvurucu aleyhine yasal işlem başlatmış ve başvurucunun ek vergi ve sürşarj ödemesine hükmetmiştir. Başvurucu hakkında ayrıca, aynı vergi iade işlemlerinden kaynaklanan defter tutma ve vergi suçları nedeniyle de ceza davası açılmıştır. Ceza davasında başvurucu defter tutma suçundan suçlu bulunmuş olmasına rağmen vergi suçundan beraat etmiştir. Vergi davası ise başvurucunun beraati kesinleştikten sonra dokuz buçuk ay boyunca devam etmiştir. Mahkeme, başvurucu hakkındaki her iki davanın olaylarının en azından esas bakımından aynı olduğunu tespit etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, başvurucu hakkındaki ceza yargılaması nihai bir karar ile sonlandırıldıktan sonra vergi davasının sonlandırılmadığını, dokuz buçuk ay boyunca devam ettiğini ve ek vergilerin iptal edilmediğini; iki dava arasında, esas ve zaman bakımından, aynı yaptırım kapsamında değerlendirilebilecek ölçüde yakın bir bağlantı da söz konusu olmadığını belirterek Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir;

<sup>77</sup> *A ve B/Norveç*, B. No: 24130/11, 29758/11; 15.11.2016 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

olduklarını ifade etmişlerdir.<sup>78</sup> Mahkeme, daha önceki içtihatlarında olduğu gibi *non bis in idem* ilkesinin esas olarak adil yargılanma hakkı ile ilgili olduğuna değindikten sonra *Zolotukhin* kararının gerçek anlamda mükerrer yargılama olmayan, tamamlayıcı bir usulle birleştirilmiş yargılamalar hakkında aydınlatıcı bir yol haritası sunmadığını vurgulamıştır. Mahkeme, *Zolotukhin* kararı öncesindeki ve sonrasındaki içtihatları göz önüne almış; özellikle “*idari ve adli yaptırımlara ilişkin yargılamalar arasında esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı olup olmadığının*” tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkemenin görüşüne göre, devletler, kişinin haksız davranışlarına karşı farklı ancak birbiriyle uyumlu prosedürler altında tamamlayıcı hukuki yaptırımlar uygulayabilmelidirler. Ancak, bu hukuki yaptırımların toplamı, kişi üzerinde aşırı külfet oluşturmamalıdır. Diğer bir deyişle Mahkeme, Sözleşme’ye Ek 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesinin, farklı amaçlar doğrultusunda ve farklı merciler tarafından birbirine paralel usuller ve tamamlayıcı bir yaklaşım içerisinde ele alınmasını yasaklamadığını ifade etmiştir. Mahkeme, *Zolotukhin* ve diğer bazı kararlara konu olan yargılamaların birbirini tamamlayıcı amaç taşımadıklarını belirtmiştir. Bu bağlamda, Mahkemeye göre, özellikle davalı devletlerin iki yargılamanın esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantılı olduğunu göstermesi gerekmektedir. Bunun anlamı ise, yargılamaların amaçlarının ve yargılamalarda kullanılan araçların esas bakımdan bütünlü ve zaman bakımından bağlantı olmasının yanında yargılamalar sonucunda ortaya çıkacak sonuçların muhatap kişi için ölçülü ve öngörülebilir olmasıdır.

*A ve B/Norveç* kararında Mahkeme, “*esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı*” testinin dört esaslı unsuru olduğunu belirtmiştir:

- i) Yargılamaların birbirini tamamlayıcı olup olmadıkları ve bu sebeple sosyal haksızlığın farklı yönlerini içerip içermedikleri,
- ii) Uygulamada ve hukuken mükerrer yargılamanın öngörülebilir sonuçlar doğurup doğurmadığı,

<sup>78</sup> Ahmet Emrah Geçer, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Vergi Cezalarında ‘Non bis in idem’ İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Y. 2017, S. 350, s. 114.

- iii) İdareler arasında etkileşim sağlanarak bir idare tarafından tespit edilen maddi vakıaların diğer idare tarafından kullanılması yoluyla delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde mümkün olduğu kadar tekrarlardan kaçınılıp kaçınılmadığı,
- iv) Kesin hüküm teşkil eden ilk yargılama sonunda uygulanan yaptırımın sonraki yargılama sonucunda uygulanacak yaptırıma karar verilirken dikkate alınıp alınmadığı ve böylece başvurucunun aşırı bir yük altında bırakılıp bırakılmadığı.

AIHM, yukarıda belirlediği testi *A ve B/Norveç* davasındaki maddi vakıalara uygulamış; *Engel kriterleri* kapsamında başvuruçular aleyhine hükmedilen vergi para cezasının “cezai” olduğunu, *Zolotukhin* kararı kapsamında ise vergi para cezasına ilişkin yargılamanın “kesin hüküm” teşkil etmesinin ceza yargılamasını engelleyebilme potansiyelinin olduğunu tespit etmiştir. Ardından Mahkeme, dava konusu olayda mükerrer yargılama olup olmadığını; idari ve adli yargılama arasında bir ilişkinin bulunup bulunmadığını incelemiştir. Bu noktada Mahkeme, başvuruçular aleyhine hapis cezasına hükmedilirken daha önceden başvuruçulara kesilen vergi para cezalarının dikkate alındığını,<sup>79</sup> iki yargılamanın birbirine paralel sürdüğünü ve birbirini tamamladığını, bu sebeple öngörülebilir sonuçlar doğurduğunu tespit etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, başvuruçuların adaletsiz veya orantısız bir yaptırıma maruz kalmadığına, yapılan iki yargılamanın esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantılı olduğuna ve dolayısıyla ihlal olmadığını karar vermiştir.<sup>80</sup>

## D. ANAYASA MAHKEMESİNİN KONUYA YAKLAŞIMI

### 1. Norm Denetimi Kararlarında

Anayasa Mahkemesi, 1980 yılında verdiği bir kararında, *non bis in idem* ilkesinin Anayasada düzenlenmediği ve böylelikle bu prensibe uygun hareket edip etmemenin kanun koyucunun takdirine bırakıldığı sonucuna varmıştır.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> A ve B/Norveç, § 152.

<sup>80</sup> Geçer, s. 118.

<sup>81</sup> Bkz. AYM, E.1980/1, K.1980/25, 29.04.1980 (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17084.pdf>, Erişim Tarihi: 19.02.2021); Yaltı, (2015), s. 91.

Anayasa Mahkemesi norm denetimine ilişkin sonraki tarihli kararlarında ise,<sup>82</sup> *non bis in idem* ilkesine aykırılık iddialarını Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirmeye başlamıştır.<sup>83</sup> Nitekim 05.03.2015 tarihli bir kararında<sup>84</sup> Anayasa Mahkemesi, belirli bir düzeyde alkol alan ve almış olduğu alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan sürücülerin, eylemlerinin hem kabahat hem de suç teşkil etmesi sebebiyle her iki yaptırım türü ile de cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunu tartışmıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, “*hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan ‘aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)’ ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, konu bakımından birbirine benzeseler dahi, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve ‘aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz’ ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu nedenle almış oldukları 1.00 promilin üzerindeki alkolün etkisiyle emniyetli bir*

<sup>82</sup> Bkz. AYM, E.2008/114, K.2010/53, 01.04.2010: “Disiplin cezası almanın sonucu olarak ek ödemeden kesinti yapılması disiplin cezası niteliğinde olmayıp, kamu performans yönetiminde verimliliğin artırılmasını sağlamak için tercih edilmiş bir yöntem olduğundan aynı konu ya da eylem nedeniyle iki kez cezalandırma anlamına gelmez.” (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/07/20100706-3.htm>, Erişim Tarihi: 19.02.2021); AYM, E.2013/119, K.2013/141, 28.11.2013: “İtiraz konusu kuralda yer alan zorlama hapsi, bir suç karşılığı uygulanan ceza değildir. Zorlama hapsi, hukuki niteliği itibarıyla tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlali hâlinde öngörülen bir disiplin hapsidir. Bu nedenle zorlama hapsi, bir hapis cezası olmayıp, şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlayarak neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesini amaçlayan bir yaptırım olduğundan ceza kavramı dışında değerlendirilmesi gerekir. İtiraz konusu kuralda, zorlama hapsi yaptırımına bağlanan eylem, tedbir kararına uymama eylemi olup tedbir kararına aykırı davranan kişi kamu otoritesi tarafından verilen bir karara aykırı davranışı için zorlama hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Kişinin tedbir kararına aykırı davranışı, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukuksal menfaatlerin ihlali sonucunu doğuracağından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez... itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140327-12.pdf>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>83</sup> Yaltı, (2015), s. 91.

<sup>84</sup> Bkz. AYM, E.2014/124, K.2015/24, 05.03.2015 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/06/20150612-22.pdf>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmalarına rağmen araç kullanan sürücülerin, idari para cezası yanında, ayrıca ceza yaptırımıyla da cezalandırılmalarını öngören kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır” şeklindeki gerekçeyle iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi 31.05.2017 tarihli bir kararında<sup>85</sup> da benzer şekilde, hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan *non bis in idem* ilkesinin sadece ceza davalarına ilişkin olduğunu, bu nedenle aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmediğini belirterek, izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik olarak hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımı verilebilmesinde Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi 12.07.2017 tarihli kararında ise,<sup>86</sup> araçların yük taşımalarına ilişkin ölçü ve esasları belirleyen bir kuralın iptali istemini incelemiş ve öncelikle iptal istemine konu kuralın, araçlarının yük taşırken azami yüklü ağırlığı aşmaları durumunda *göndereni* ve *işleteni* ayrı ayrı ve eşit miktarda idari para cezası ile sorumlu tuttuğunu, kuralda “işleten ile gönderenin aynı olması” durumunda aynı ihlal nedeniyle işleten ve gönderenin sorumlu olduğu miktarların toplamı kadar idari para cezası uygulanmasının öngörüldüğünü belirtmiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi, kuralın lafzı dikkate alındığında “gönderen” ve “işleten” için öngörülen ceza miktarlarının “toplamı”nın esas alınmasının, işleten ve gönderenin hukuka aykırı fiillerine bağlanan iki ayrı cezanın birlikte uygulanması ve dolayısıyla aynı kişinin iki kere yaptırıma tabi tutulması sonucunu doğurduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle, *non bis in idem* ilkesine uygunluk yönünden kuralın yol açtığı söz konusu mükerrerliğin “aynı fiil”den kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun irdelenmesi gerektiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, “işleten ile gönderenin aynı olması” halinde ortada bir “gönderen”in varlığından söz edilemeyeceğini, zira bu durumda kişinin “kendi yükünü taşıdığını” ifade etmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın uygulan-

<sup>85</sup> Bkz. AYM, E.2017/28, K.2017/107, 31.05.2017 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/06/20170623-16.pdf>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>86</sup> Bkz. AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12.07.2017 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/08/20170825-10.pdf>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).



masına neden olan hareketlerin, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütün oluşturduğundan hukuki anlamda “tek bir fiil” olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamış; bir kişinin (işleten) “aynı fiil” nedeniyle iki kere cezalandırılması sonucunu doğuran itiraz konusu kuralın, *non bis in idem* ilkesine ve dolayısıyla Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu tespit ederek söz konusu kuralı iptal etmiştir.

## 2. Bireysel Başvuru Kararlarında

Anayasa Mahkemesi, Türkiye’nin Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol’e taraf olmadığı dönemde verdiği bireysel başvuruya ilişkin kararlarında, *non bis in idem* ilkesinin kanunlar düzeyinde düzenlendiğini, ancak bu ilkeye Anayasa’da yer verilmediğini belirterek, o dönemde (başvuru tarihi itibarıyla) Türkiye’nin taraf olmadığı bir Protokolde düzenlenen ve Anayasal bir norm statüsünde olmayan “aynı suçtan iki kez yargılama ve cezalandırma yapılamayacağı” ilkesinin ihlali iddialarından kaynaklanan başvuruların “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle bireysel başvuru kapsamında incelenemeyeceğine karar vermiştir.<sup>87</sup> Ayrıca Anayasa Mahkemesi, söz konusu hakkın ihlal edildiği iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamında da incelenemeyeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre aksi bir yaklaşım, belirtilen ilkenin Sözleşme ile teminat altına alınanlardan farklı bir hak olarak Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol içinde düzenlenmesiyle ve devletlerin anılan Protokol’e taraf olmamak suretiyle ortaya koydukları iradeyle bağdaşmaz.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> AYM, VİP Bilgi İşlem ve Otomasyon Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti, B. No: 2014/6918, 25.12.2015, § 5: “Sözleşme’ye ek (7) numaralı Protokol’ün 4. maddesi, hiç kimsenin bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamayacağını ve mahkûm edilemeyeceğini öngörmektedir. Öte yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 44. ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 172/2. ve 223. maddelerinde bu ilkenin sağladığı güvenceye eşdeğer güvencelere yer verilmeyle birlikte, aynı suçtan iki kez yargılama ve cezalandırma yapılamayacağı ilkesine Anayasa’da yer verilmemiştir. Bu durumda, Türkiye’nin taraf olmadığı bir Protokolde düzenlenen, Anayasal bir norm statüsünde olmayan aynı suçtan iki kez yargılama ve cezalandırma yapılamayacağı ilkesinin ihlali iddialarından kaynaklanan başvurular bireysel başvuru kapsamında incelenemez (Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20.02.2014, § 52)” (UYAP).

<sup>88</sup> AYM, İffet İnci Gültekin, B. No: 2013/9585, 09.03.2016, §§ 45, 46: “...başvurucu-



Daha önce de değinildiği gibi Türkiye açısından, Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, başvuru (ihlal iddiası) tarihi 01.08.2016 tarihin-den önce olan bireysel başvuruları -inceleme tarihi bu tarihten sonra olsa dahi- aynı şekilde konu bakımından yetkisizlik nedeniyle incelememektedir.<sup>89</sup> Nitekim 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesi uyarınca, kişiler Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS ve buna ek "Türkiye'nin taraf olduğu protokoller" kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilecek; aynı Kanun'un 46. maddesi uyarınca bireysel başvuru yoluna ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle *güncel ve kişisel* bir hakkı doğrudan etkilenenler gidebilecektir. Bu nedenlerle başvuru tarihi itibarıyla bu koşulların sağlanmadığı durumlarda Anayasa Mahkemesi konu bakımından yetkisizlik kararı verebilecektir.<sup>90</sup>

---

...nun, aynı suçtan iki kez yargılandığı yönündeki iddiasının adil yargılanma hakkı altında incelenmesi de mümkün değildir. Aksi bir yaklaşım, belirtilen ilkenin Sözleşme'yle teminat altına alınanlardan farklı bir hak olarak Ek 7 No.lu Protokol içerisinde düzenlenmesiyle ve devletlerin anılan Protokol'e taraf olmamak suretiyle ortaya koydukları iradeyle bağdaşmaz... Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir." (UYAP). Aksi yönde görüş için bkz. Yaltı, (2015). s. 91. Yazar'a göre "...BM Sözleşmesinde non bis in idem adil yargılanma hakkının bir parçası olarak değerlendirilmiştir. İHAS bağlamında, eski Komisyonun, 7. Protokolün uluslararası hukuk alanında yürürlüğe girmesinden önce adil yargılanma hakkına ilişkin 6'ncı maddeyi bir kişinin aynı suçtan iki defa yargılanıp ceza alamayacağını kapsar şekilde yorumladığı izlenimi verem kabul edilebilirlik kararları verdiği ifade edilmektedir. İHAM'ın de benzer yaklaşımının olduğu; Mahkemenin Nikitin davasında non bis in idem ilkesini adil yargılanma hakkının bir görünümü olarak tanımladığı belirtilmektedir. Anayasal düzen açısından non bis in idem ilkesini adil yargılanma hakkının içeriği çerçevesinde değerlendirmeyi engelleyen bir durum yoktur". Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Protokol 01.08.2016 tarihinden itibaren Türkiye açısından yürürlüğe girmiş olduğundan, non bis in idem ilkesi artık bireysel başvuru yolu bakımından güvenceye bağlanan haklardan biri haline gelmiştir.

<sup>89</sup> AYM, Hüma Bayoğlu, B. No: 2014/13229, 26.12.2017, § 17: "...Protokol'ün Türkiye açısından 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe girdiği göz önünde bulundurulduğunda, başvuruya konu ihlal iddiası tarihi itibarıyla anılan Protokol Türkiye açısından yürürlükte olmadığından başvuru hukukunun hak iddiasının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının dışında kaldığı anlaşılmaktadır." (UYAP).

<sup>90</sup> Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, s. 46, 47.

Anayasa Mahkemesi, Protokol’ün yürürlüğe girdiği 01.08.2016 tarihinden önce yapılan *ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti.* başvurusunda *non bis in idem* ilkesini tartışmıştır.<sup>91</sup> Anılan karara konu olayda başvuru, kendisine yüklenen fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanması nedeniyle, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceğini, kesilen vergi cezasının iptaline ilişkin açtığı davada mahkemenin ceza davası sürecini beklemeden talebini haksız olarak reddettiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, “aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı”nın Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olduğunu belirtmiş; Kabahatler Kanunu’nun “İçtima” kenar başlıklı 15/3. maddesine değinmiştir. Daha sonra Mahkeme, ceza hukuku ve kabahatler hukukunun öngördüğü yasak ve yaptırımların farklı hukuki yarar, konu ve unsurlara ilişkin olabildiğini; bu hallerde “aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama” hakkından bahsedilemeyeceğini; KDV para cezasına ilişkin vergisel kabahatin koruduğu hukuksal değer ile sahte olduğu ileri sürülen faturalara ilişkin ceza hukuku kapsamındaki “suç”un koruduğu hukuksal değerlerin farklılık arz ettiğini; farklı iki disipline ait iki dava olması nedeniyle aynı “suçtan” dolayı iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama durumunun söz konusu olmadığını belirtmiş;<sup>92</sup> söz konusu şikayetin kanun yolu şikayeti vasfında olduğunu ve bu bakımdan derece mahkemesi kararlarında bariz takdir hatası veya açık keyfilik de bulunmadığını ifade ederek bireysel başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

<sup>91</sup> AYM, *ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/72, 25.03.2015 (UYAP).

<sup>92</sup> “Farklı yargı kollarına” tabii olma üzerinden yapılan bu tespit öğretide haklı olarak eleştirilmiştir (Kangal, s. 418). Yazara göre, kararda idari yaptırımı uygulayanın vergi mahkemesi değil idare olduğu göz ardı edilmiş ve birçok kararda yapılmayan bir ayrıma gidilerek yargı yolunun aynı olması halinde ne yapılacağı hususu belirsiz bırakılmıştır. Ayrıca yazara göre, söz konusu uyuşmazlıkta “Anayasa Mahkemesi, idari yaptırımın tüzel kişiye, ceza yaptırımının da fiili gerçekleştiren gerçek kişiye yönelik olduğu, böylece aynı kişiye uygulanmış iki farklı cezanın bulunmadığı şeklinde basit bir gerekçeye dayanabilirdi” (a.g.e., s. 418). Nitekim Anayasa Mahkemesi yeni tarihli bir kararında, “idari süreç sonunda vergi cezasının başvuru yetkilisi olduğu Şirket aleyhine, adli süreç sonunda mahkûmiyet kararının başvuru aleyhine verilmesi nedeniyle başvuru ihlal iddiasının aynı fiil nedeniyle iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi kapsamına girmediği anlaşılmaktadır” şeklindeki gerekçeyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur (AYM, Mehmet Turgay Özbekler, B. No: 2017/20779, 11.03.2020).

Protokol'ün yürürlüğe girdiği 01.08.2016 tarihinden sonra yapılan bireysel başvurular yönünden ise Anayasa Mahkemesi, öncelikle *non bis in idem* ilkesinin hangi anayasal hak kapsamında güvenceye alındığını tartışmıştır.<sup>93</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi'nce bireysel başvuru kapsamında denetimin yapılabilmesi için Protokol'de yer alan güvencelerin aynı zamanda Anayasa'da da güvenceye bağlanmış olması gerekir. Anayasa koyucu bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisini, Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller ile Anayasa'nın ortak koruma alanına giren hak ve özgürlükler ile sınırlandırmıştır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkı, uyumsuzlukların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır.<sup>94</sup> Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Bu bağlamda yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun olarak kişilerin lehine sonuçlanan ve kesin hüküm güvencesinden yararlanan cezai süreçlerin yok sayılması ve bunların tekrarlanması hukuk güvenliği ilkesini zedeler. Bunun yanında aleyhe sonuçlansa bile kişiler hakkında işletilmiş ve tamamlanmış cezai süreçlerin tekrarlanması ve bir haksızlık için ikinci bir kez ceza uygulanması hukuka olan güvenin kaybolmasına, hukuk devletinin güvencesi altında bulunduğu duygusunun yitirilmesine yol açabilir. Bir kimsenin daha önce yargılandığı ve cezalandırıldığı hukuka aykırı bir eylem nedeniyle yeniden takibata uğraması veya cezalandırılması, yaptırım uygulanmasıyla elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasında kurulması gereken adil dengeyi zedeleyerek cezalandırmanın birey üzerinde aşırı bir külfete dönüşmesine yol açar.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> AYM, Ünal Gökpinar, §§ 43-50.

<sup>94</sup> Bkz. AYM, E.2008/50, K.2010/84, 24.06.2010 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101022-11.htm>, Erişim Tarihi: 19.02.2021) ve 20.09.2012 tarihli, E.2012/65, K.2012/128 sayılı Kararları (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130418-10.htm>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>95</sup> AYM, Ünal Gökpinar, § 48.

Aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi, yukarıda değinildiği üzere bireylerin, haklarında yürütülen bir ceza yargılaması sürecinin varlığı hâlinde tekrar yargılanmamalarını veya cezalandırılmamalarını güvence altına almaktadır. Böylelikle adil yargılanma hakkı kapsamındaki cezai süreçler yönünden hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinde mündemiç olan aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim *non bis in idem* ilkesi Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'de ayrı bir hak olarak düzenlenmiş ise de AİHM kararlarında bu ilkenin adil yargılanma hakkı ile bağlantılı özel bir güvence olduğu vurgulanmıştır.<sup>96</sup> Yine bazı uluslararası sözleşmelerde de *non bis in idem* ilkesinin açık bir biçimde adil yargılanma hakkının bir güvencesi olarak kabul edildiğine yukarıda değinilmişti.<sup>97</sup>

Anayasa Mahkemesi *non bis in idem* ilkesini Ünal Gökpınar başvurusu hakkında verdiği kararda da tartışmıştır.<sup>98</sup> Söz konusu karara konu olayda, başvurucuya vergi mahkemelerinin nitelendirmesine göre «komisyon karşılığında sahte fatura düzenleyerek gelir elde etme” fiili nedeniyle vergi ziyayı ve özel usulsüzlük cezaları uygulanmıştır. Bunun yanında başvurucunun sahte fatura kullanmak ve düzenlemek suretiyle vergi kaçakçılığı suçundan cezalandırılması talebiyle ceza davası açılmış ve yapılan yargılama sonucunda mahkûmiyetine hükmedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararında, idari ve adli süreçler yönünden korunan farklı hukuki değerlerin olmasının veya kabahat ve suç olarak farklı nitelendirmelerin yapılmasının, ihlal edilen eylemin tek olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini vurgulamıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, şikâyeteye konu her iki takibatın aynı kişi hakkında ve aynı vergilendirme dönemleriyle ilgili olarak yürütüldüğünü; bu kapsamda başvurucunun -idari veya adli- cezai süreçlere neden olan hareketlerinin, amaç, zaman ve mekân yönlerinden birbirine bağlı şekilde kendi içinde bir bütünlük oluşturması sebebiyle hukuki an-

<sup>96</sup> Nikitin/Rusya, B. No: 50178/99, 15.12.2004 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61928>, Erişim Tarihi: 19.02.2021).

<sup>97</sup> Bkz. yukarıda “İlgili Ulusal ve Uluslararası Hukuk Normları” bölümü.

<sup>98</sup> Karar bilgileri için bkz. dn. 37.

lamda “aynı fiil” olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, belirlediği bu ilkeler kapsamında somut olayda “farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik olarak” hem idari süreç sonunda vergi cezası hem de adli süreç sonunda mahkûmiyet verilebilmesinde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varmıştır.<sup>99</sup>

#### IV. DEĞERLENDİRME, SONUÇ VE ÖNERİLER

##### A. AİHM’İN KONUYA YAKLAŞIM BİÇİMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda, genel olarak kabahat ve idari yaptırım kavramları, *non bis in idem* ilkesinin ne anlama geldiği, ulusal ve uluslararası düzenlemelerdeki yeri ile AİHM ve Anayasa Mahkemesi’nin konuya yaklaşım biçimi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

AİHM, idari yaptırımlarla ilgili olarak *non bis in idem* ilkesini tartıştığı kararlarında kriterlerini süreç içerisinde geliştirmiş ve kısmen değiştirmiş olsa da son dönemlerde verdiği birçok kararda, getirdiği bu kriterler çerçevesinde somut olayı bir teste tabi tutmakta ve sonucuna göre karar vermektedir.

AİHM, yukarıda değinilen kararlarında idari yaptırımlar ile suçlar arasında *non bis in idem* ilkesiyle ilgili olarak “birebir aynı veya esaslı şekilde aynı olaylardan doğma” ve cezai ve idari yaptırım süreçleri arasında “esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı” kriterlerini göz önüne almaktadır. “Birebir aynı veya esaslı şekilde aynı olaylardan doğma” ölçütü bakımından AİHM, somut olgusal koşulları içeren olaya odaklanılmasının, bu koşulların aynı sanıkla ilgili olmasının ve zaman ve yer bakımından birbirine ayrılmaz biçimde bağlı bulunmasının gerektiğini belirtmekte ve bu tür bir durumda Sözleşme’nin, ikinci suçun yargılanmasını veya cezalandırılmasını yasakladığı sonucuna varmaktadır.<sup>100</sup> Mahkeme, mükerrer yargılama olmadığına ikna olmak için ise iki yargılama arasında “esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı” ölçütünün bulunması

<sup>99</sup> AYM, Ünal Gökpınar, §§ 55-57.

<sup>100</sup> Zolotukhin/Rusya, § 84.

gerektiğini ifade etmekte ve bu ölçütün anlamının, yargılamaların amaçlarının ve yargılamalarda kullanılan araçların esas bakımından bütünlü ve zaman bakımından bağlantılı olmasının yanında yargılamalar sonucunda ortaya çıkacak sonuçların muhatap kişi için ölçülü ve öngörülebilir olması olduğunu vurgulamaktadır.<sup>101</sup> Mahkeme bu araştırmaları yaparken de özellikle, ilgili ülkenin hukuk sistemi içerisinde cezai ve idari yaptırımların farklı otoriteler tarafından verilişip verilmeyeceğini, bu otoritelerce verilen kararların birbirini etkileyip etkilemediğini, mükerrer yargılamanın öngörülebilir sonuçlar doğurup doğurmadığını ve ilgili otoritelerden birisi tarafından uygulanan yaptırımların diğer otorite tarafından cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınıp alınmadığını araştırmaktadır.

AİHM böylelikle suç ve kabahatler bakımından, birbirinden “haberdar” ve birbiriyle “etkileşimde olan”, birbirinin verdiği yaptırımları “gözetken” otoritelerce “öngörülebilir ve tamamlayıcı” bir mükerrer yargılama veya cezalandırmanın *non bis in idem* ilkesini ve dolayısıyla Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesini ihlal etmeyeceğini ortaya koymuştur.<sup>102</sup>

Öğretide AİHM’in, yargılamalar arası etkileşimsizliği neden adil yargılanma hakkı kapsamında değil de *non bis in idem* yasağı içinde değerlendirdiğinin anlaşılamadığı bir eleştiri olarak ileri sürülmüştür.<sup>103</sup> Bu noktada, yargılamalar arası etkileşimsizliğin kural olarak ve genel çerçevede adil yargılanma hakkı kapsamında kaldığı açıktır. Buna karşılık, yargılamalar arasındaki her etkileşimsizlik, “çifte yargılama” sonucunu doğurmayabilir. Bu nedenle yargılamalar arasındaki bir etkileşimsizlik halinde, kişilerin aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmaları ya da cezalandırılmaları sonucu ortaya çıkıyorsa, adil yargı-

<sup>101</sup> A ve B/Norveç, §§ 130, 152.

<sup>102</sup> Buna karşılık özellikle *non bis in idem* ilkesine istisna getirilen vergi suç ve kabahatleri bakımından de facto ve de jure olarak, gerek idari makamlar ile ceza mahkemeleri gerekse vergi mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında genel bir “etkileşimsizlik”ten söz etmek yanlış olmayacaktır. Aynı yönde bkz. Akkaya, s. 89, 90, 95; Yaltı, (2015), s. 90. Ayrıca bu görüşü destekler nitelikte olan VUK’un 367/son maddesi şöyledir: “Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını (vergi ziyai, usulsüzlük) uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz”.

<sup>103</sup> Barış Bahçeci, “İham İçtihadında Vergi Cezalarında Ne Bis In Idem”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 67, S. 2, s. 274.



lanma hakkına nazaran daha özel bir düzenleme olan ve Sözleşme'ye ek Protokol'de düzenlenen *non bis in idem* ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması yönündeki AİHM uygulamasının daha yerinde olduğu söylenebilir.

## B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA YAKLAŞIM BİÇİMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ, SONUÇ VE ÖNERİLER

Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarındaki konuya yaklaşım biçimi değerlendirildiğinde ise, *non bis in idem* ilkesinin Anayasa'nın hangi maddesi kapsamında güvence altına alındığıyla alakalı bir yeknesaklık sağlanamadığı söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bu ilkeyi Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında "hukuk devleti ilkesi"; bazı kararlarında ise 36. maddesi kapsamında "adil yargılanma hakkı" çerçevesinde incelemiştir. Dahası, yukarıda da değinildiği gibi 1980 tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi, bu ilkenin Anayasa'da düzenlenmediği, böylelikle bu prensibe uygun hareket edip etmemenin kanun koyucunun takdirine bırakıldığı sonucuna varmıştır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin son kararlarında da vurgulandığı gibi bahse konu ilkenin anayasal bir güvenceye bağlandığı, gerek uluslararası düzenlemelerde düzenlendiği yerler ve gerekse niteliği itibarıyla, hukuk devleti ilkesine nazaran daha özel bir düzenleme olan adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesinin daha doğru olduğu; ancak, söz konusu ilkenin bağımsız bir fıkra veya madde halinde anayasal bir güvence altına alınmasının ise daha yerinde olacağı belirtilmelidir.

Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol, Türkiye'de 01.08.2016 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olduğundan bu ilkenin uygulanmasına ilişkin bireysel başvuru kararları ancak son dönemlerde verilebilmiştir. Özellikle Ünal Gökpinar kararında Anayasa Mahkemesi *non bis in idem* ilkesini tartışmıştır. Söz konusu karar incelendiğinde ise AİHM'in konuyla ilgili verdiği bir kısım içtihatlarla ve getirdiği kriterlere ilkel olarak yer verildiği görülmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi, AİHM'in aynı fiile ilişkin olarak ayrı süreçler izlenerek aynı konuda farklı yaptırımların uygulandığı durumlarda bu süreçler arasında zaman yönünden ve maddi olarak yeterince yakın bir bağlantı bulunması gerektiğine, farklı süreçler arasında bu yönlerden yeterince yakın bağlantının bulunduğu durumlarda başvuruçunun iki kere yargılan-



mış veya cezalandırılmış sayılmayacağına karar verdiğini ifade etmiştir.<sup>104</sup> Buna ek olarak Anayasa Mahkemesi, olaya uygulayacağı ilkeleri belirlerken, *non bis in idem* ilkesine uygunluk yönünden müdahalenin yol açtığı söz konusu mükerrerliğin “aynı fiil”den kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunun da irdelenmesi gerektiğini belirtmiş;<sup>105</sup> somut olayda her iki takibatta da, özünde aynı olgulara dayanan tek bir fiilin söz konusu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, kararında da kısmen yer verdiği AİHM içtihatlarında yer alan “yargılamalar arasında esas ve zaman bakımından yeterli miktarda yakın bağlantı” testini kararında uygulamamış; yargılamalar arasında etkileşim olup olmadığını, mükerrer yargılamanın öngörülebilir sonuçlar doğurup doğurmadığını ve ilgili yargılamalardan birisi tarafından uygulanan yaptırımların diğer otorite tarafından cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınıp alınmadığını tartışmamıştır. Bunun yerine Anayasa Mahkemesi sadece, “farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirilmeye yönelik olarak hem idari süreç sonunda vergi cezası hem de adli süreç sonunda mahkûmiyet verilebilmesinde aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı” gerekçesiyle ihlal olmadığı kararı vermiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, *ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti.* kararında da benzer şekilde, ceza hukuku ve kabahatler hukukunun öngördüğü yasak ve yaptırımların farklı hukuki yarar, konu ve unsurlara ilişkin olabildiğini; bu hallerde “aynı fiil nedeniyle iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama” hakkında bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>106</sup>

Esasında Anayasa Mahkemesi’nin “korudukları farklı hukuki yararlar” bakımından verdiği bu karar, AİHM’in konuya ilişkin ilk zamanlarda verdiği *Rosenquist/İsveç* kararıyla<sup>107</sup> uyumludur. Nitekim AİHM anılan kararında, söz konusu cezaların amaçlarının farklı olduğunu belirterek başvuruçunun başvurusunu kabul edilemez bulmuştur. Ancak AİHM, yukarıda da ayrıntılı biçimde değinildiği üzere bu içtihadını özellikle *Zolotukhin/Rusya*, *Glantz/Finlandiya*, *Lucky Dev/İsveç* ile *A ve B/Norveç* kararlarında değiştirmiş; “esas ve zaman ba-

<sup>104</sup> AYM, Ünal Gökpınar, § 34.

<sup>105</sup> AYM, Ünal Gökpınar, § 53.

<sup>106</sup> Karar bilgileri için bkz. dn. 92.

<sup>107</sup> Karar bilgileri için bkz. dn. 68.

kımından yeterli miktarda yakın bağlantı” testini uygulamaya başlamıştır. Açıklanan nedenlerle ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti.ve Ünal Gökpınar kararlarında Anayasa Mahkemesi’nin konuya yaklaşım biçiminin, AİHM’in istikrar kazanan ve güncel içtihatlarıyla uyumlu olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Yine Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararlarında “korunan farklı hukuki yararlar”ın ne olduğu da açıklanmamış, derinlemesine bir incelemeye tabi tutulmamıştır.<sup>108</sup>

Mevzuatta *non bis in idem* kuralına istisna getirilen bazı özel düzenlemeler dışında Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesi açık bir hüküm getirmekte ve *non bis in idem* kuralının kabahatler ile suçlar ve yine kabahatlerin kendi içerisinde geçerli olduğunu açıkça düzenlemektedir. Sorun, özellikle bu kurala kimi bazı özel yasalarla getirilen istisnai hükümler sonucu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu bu durum kişilerin bazı temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale potansiyeli taşımaktadır. Bu nedenle gerek Anayasa Mahkemesi’ne ve gerekse sonrasında AİHM’e yapılacak “*non bis in idem* ilkesine aykırılık” başvurularının muhtemel miktarı göz önüne alınarak ilk aşamada, AİHM’in “suç isnadı” kriterlerini karşılayan idari yaptırımlar ile suç yargılamalarını yürüten idare, vergi ve idare mahkemeleri veya ceza mahkemelerinin, yürüttükleri idari veya cezai soruşturma ya da yargılamalar esnasında birbirleriyle etkileşim halinde olmaları, gerekirse bir diğer davanın sonucunu “bekletici mesele” yapmaları,<sup>109</sup> olguları ortaya koyarken ve delil değerlendirmesi yaparken birbirlerinden yararlanmaları ve herhangi bir yaptırım kararı verirken daha önce diğer makamlarca verilen yaptırımları da dikkate almaları, yerinde bir “tatbiki” çözüm olacaktır. Bu durumda ilgili idare ve mahkemeler ya da daha geniş anlamda kamu gücünü elinde bulunduran organlar her somut olayı ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmalı, yukarıda söz edilen kriterleri ayrı ayrı somut olaya uygulamalı ve sonucuna göre karar vermelidirler. Nitekim Sözleşme’ye ek 7 No.lu Protokol 01.08.2016 tarihinden itibaren Türkiye’de yürürlüğe girmiş ve bunun sonucunda iç hukuk kuralı haline dönüşmüştür. Anayasa’nın 90/5. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan 7 No.lu Protokol hükümleri

<sup>108</sup> Kangal, s. 418.

<sup>109</sup> Akkaya, s. 96.

ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkarılabilecek uyumsuzluklarda 7 No.lu Protokol hükümlerinin esas alınması gerektiğinden AİHM’in, 7 no.lu Protokol’ün uygulanmasına ilişkin kararlarının Türk idarelerince ve mahkemelerince dikkate alınması gerekmektedir.<sup>110</sup> Ancak sonuç olarak bu çözümün “uygulamada birlik” sağlanması bakımından tek başına yeterli olmayacağı; soruna daha kalıcı bir çözüm için bu hususta mevzuatta istisnai hükümler gözetilmeksizin, 7 No.lu Protokol ve AİHM içtihatları çerçevesinde getirilen ve çalışmamızda ele alınan ölçütleri gözetilen yasal düzenleme ve değişiklikler yapılması gerektiğini de ayrıca belirtmemiz gerekir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akbulut Berrin, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul, 1986.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 1987.
- Duran Lûtfi, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt 1, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük A. Şeref / Tan Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Güriz Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- Hızlı Yılmaz, Türk Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1984.
- Kangal Zeynel T., Kabahatler Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Karabulut Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1995.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, I. Cilt, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Özay İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, İstanbul, 1985.

<sup>110</sup> Mert, s. 323; Geçer, s. 118, 119.

- Rençber Altan, Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Doğan Eser Us/Turhan Mine Kasapoğlu / Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2020.
- Senyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- Şirin Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018.
- Ulusoy Ali D., İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 3, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Yurtcan Erdener, Kesin Hükümün Ceza Muhakemesini Önleme Etkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1973.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.
- Zafer Hamide/Pamuk Gülfem/Çakır Kerim, Gerekeçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Zanobini Guido, İdari Müeyyideler (Çeviren: Yılmaz GÜNAL), Sevinç Matbaası, Ankara, 1964.

### **Makaleler ve Kitap Bölümleri**

- Akkaya Mustafa, "Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2000, C. 49, S. 1-4, s. 85-96.
- Ayatar Kızılyar Sema, "Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı", *Journal of Yasar University*, Y. 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 1637-1667.
- Bahçeci Barış, "İham İctihadında Vergi Cezalarında Ne Bis In Idem", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 67, S. 2, s. 253-278.
- Bayraktar Köksal, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 1984, C. 50, S. 1-4, s. 197-212.
- Bilici Nurettin/Başaran Yavaşlar Funda, "Non Bis In Idem ve Yasallık İlkesi", Prof. Dr. Şükrü Kızılot'a Armağan, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara, 2014, s. 49-72.
- Candan Turgut, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 245-284.
- Cihan Erol/Yenisey Feridun, "Ne Bis In Idem İlkesi", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 219-224.

- Erdinç Burcu, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 2, s. 239-276.
- Erman Sahir, “Vergi Usul Kanununda Yer Alan Ceza Hukuku Kaideleri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını (Maliye Enstitüsü Konferansları), Y. 1959, S. 5, s. 205-226.
- Geçer Ahmet Emrah, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Vergi Cezalarında ‘Non bis in idem’ İlkesine İlişkin A ve B v. Norveç Kararının Türk Vergi Hukuku Uygulamasına Etkileri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Y. 2017, S. 350, s. 108-120.
- Gölcüklü Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *AÜSBFD*, Y. 1963, C. XVIII, S. 2, s. 115-182.
- İçel Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 1984, C. 50, S. 1-4, s. 117-131.
- Kılıç Ayhan, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Y. 5, S. 18, s. 299-348.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, “Suç-Kabahat Ayrımı - İdari Ceza Hukuku’nun Temelleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 27-42.
- Mert Alican, “AİHM Kararlarında Vergi Kabahatleri” (Editör: Z. T. Kangal), Kabahatler Hukuku Yazıları - I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 281-328.
- Narter Recep/Sarıcaoğlu Ercan, “Vergi Kabahatlerinde ve Suçlarında İçtima”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 73-99.
- Oğurlu Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis In Idem’ Kuralı”, *AÜHFD*, Y. 2003, C. 52, S. 2, s. 101-124.
- Oğurlu Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. 3, S. 1, s. 143-194.
- Öden Begüm Dilemre, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Hapis Cezası Kalktı mı?”, 2015, <https://www.habererk.com/insan-haklari-ve-adalet/vergi-kacakligi-sucunda-hapis-cezasi-kalkti-mi-h14896.html>, Erişim Tarihi: 19.02.2021.
- Özen Mustafa, “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. XIV, S. 1, s. 389-417.
- Özkaya Özlüer Ilgın, “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2015, S. 2, s. 123-186.
- Tan Turgut, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 309-326.
- Tosun Ayşe Nil, “Türk Vergi Ceza Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Lucky Dev Davası”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 7, S. 2, s. 96-104.
- Yaltı Billur, “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılama: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine”, *Vergi Sorunları Dergisi*, No. 225, 2007, <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/idari-vergi-cezasi-davalarinda-durusmasiz-yargilanma-insan-haklari-avru>

pa-mahkemesi-ictihadinda-bendenoun-kriterlerinden-jussila-kriterlerine/2041, Erişim Tarihi: 13.02.2021, s. 7-20.

Yaltı Billur, "İHAM'ın Glantz Kararının Ardından: Kaçakçılıkta Para Cezası ve Hapis Cezası Uygulamasının Non bis in idem İlkesine Aykırılığı Üzerine", *Vergi Sorunları Dergisi*, Y. 2015, S. 317, s. 85-92.

Yıldız Ferhat, "İdari Yaptırımların Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 95, s. 87-94.

Zanobini Guido, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes'elesi" (Çeviren: Yılmaz GÜNAL), *AÜSBFD*, Y. 1963, C. 18, S. 3, s. 301-318.

### **Mahkeme Kararları**

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E.2019/2197, K.2020/136, 29.1.2020.

Danıştay 13. Daire, E.2020/2175, K.2021/1586, 27.4.2021.

Danıştay 8. Daire, E.2017/7733, K.2021/2011, 1.4.2021.

Danıştay 13. Daire, E.2015/3710, K.2021/894, 11.3.2021.

Danıştay 6. Daire, E.2020/1704, K.2021/3612, 11.3.2021.

Danıştay 13. Daire, E.2020/1941, K.2021/3508, 2.12.2020.

Danıştay 15. Daire, E.2013/13499, K.2014/3633, 13.5.2014.

Uyuşmazlık Mahkemesi, E.2003/22, K.2003/25,7.7.2003.

Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1998/10, K.1998/12, 6.6.1998.

AYM, E.1996/48, K.1996/41, 23.10.1996.

AYM, E. 2010/55, K. 2011/140, 20.10.2011.

AYM, E.1980/1, K.1980/25, 29.04.1980.

AYM, E.2008/114, K.2010/53, 01.04.2010.

AYM, E.2013/119, K.2013/141, 28.11.2013.

AYM, E.2014/124, K.2015/24, 05.03.2015.

AYM, E.2017/28, K.2017/107, 31.05.2017.

AYM, E.2017/95, K.2017/119, 12.07.2017.

AYM, E.2008/50, K.2010/84, 24.06.2010.

AYM, E.2012/65, K.2012/128, 20.09.2012.

AYM, Ünal Gökpinar, B. No: 2018/9115, 27.03.2019.

AYM, VİP Bilgi İşlem ve Otomasyon Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti, B. No: 2014/6918, 25.12.2015.

AYM, İffet İnci Gültekin, B. No: 2013/9585, 09.03.2016.

AYM, Hüma Bayoğlu, B. No: 2014/13229, 26.12.2017.

AYM, ABP Gıda San. Tur. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/72, 25.03.2015.

AYM, Mehmet Turgay Özbekler, B. No: 2017/20779, 11.03.2020.

AİHM, Glantz/Finlandiya, B. No: 37394/11, 20.08.2014.

AİHM, R.T./İsviçre, B. No: 31982/96, 30.05.2000.

AİHM, Nilsson/İsveç, B. No: 73661/01, 13.12.2005.

- AİHM, Engel ve Diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72; 08.06.1976.
- AİHM, Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık, B. No: 39665/98, 40086/98; 09.10.2003.
- AİHM, Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, B. No: 7819/77, 7878/77; 28.06.1984.
- AİHM, Demicoli/Malta, B. No: 13057/87, 27.08.1991.
- AİHM, Bendenoun/Fransa, B. No: 12547/86, 24.02.1994.
- AİHM, Jussila/Finlandiya, B. No: 73053/01, 23.11.2006.
- AİHM, Ponssetti ve Chesnel/Fransa, B. No: 36855/97, 41731/98; 14.09.1999.
- AİHM, Rosenquist/İsveç, B. No: 60619/00, 14.09.2004.
- AİHM, J.B./İsviçre, B. No: 31827/96, 03.08.2001.
- AİHM, Zolotukhin/Rusya, B. No: 14939/03, 10.02.2009.
- AİHM, Lucky Dev/İsveç, B. No: 7356/10, 27.11.2014.
- AİHM, A ve B/Norveç, B. No: 24130/11, 29758/11; 15.11.2016.
- AİHM, Nikitin/Rusya, B. No: 50178/99, 15.12.2004.

### İnternet Kaynakları

- <https://hudoc.echr.coe.int/>
- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>
- <https://www.resmigazete.gov.tr>
- <https://www.tbmm.gov.tr>
- UYAP Bilişim Sistemi



# İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN UYGULAMA ALANI ve AKSAYAN YÖNLERİ\*

## APPLICATION FIELD OF MEDIATION AND ITS PROBLEMICAL ASPECTS IN LEGAL DISPUTES OF WHICH THE ADMINISTRATION IS A PARTY

Mehpare ÇAPTUĞ\*\*

**Özet:** 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 2017 yılında bazı eklemeler yapılarak, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine yönelik bir takım düzenlemeler yapılmıştır. 6325 sayılı Kanun'da, idarenin arabuluculuk süreçlerine katılımına imkân tanıyan söz konusu düzenleme, barışçıl ve hızlı bir çözüme ulaşılması gibi pek çok avantaj sağlama amacına hizmet etmeye yönelik olumlu bir adım olarak nitelendirilebilirse de uygulamada yaşanan problemler göz önünde bulundurularak geliştirilmesi hukuk sistemimiz bakımından daha faydalı olacaktır. Bu çalışma kapsamında, alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda uygulanmasının gelişimine katkı sağlayacak bazı öneriler sunulmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Arabuluculuk, Sulh, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Arabuluculuk Komisyonlarının Sorumluluğu, Kamu Zararı

**Abstract:** By making some additions to Mediation Law in Legal Disputes (Law No.6325) in 2017, some regulations were made for the resolution of private law disputes to which the administration is a party, through mediation. Although the said regulation, which allows the administration to participate in mediation processes in Law No. 6325, can be described as a positive step towards the purpose of providing many advantages such as reaching a peaceful and fast solution, it will be more beneficial for our legal system to develop it

\* Bu çalışma "İdarenin Taraf Olduğu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" başlığı ile 29.04.2021 tarihinde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Hukukta Disiplinlerarası Yaklaşımlar Konferansları No.2/"Hukukta Anlaşmazlık Çözüm Yolları" Konferansı'nda sözlü olarak sunulan ve Sempozyum Kitabı'nda özeti yayınlanan bildirinin genişletilmiş, geliştirilmiş ve makale formuna dönüştürülmüş halidir.

\*\* Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mehpare.captug@deu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1377-2742, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.05.2021, Kabul Tarihi: 06.05.2021

considering the problems experienced in practice. Within the scope of this study, some suggestions that will contribute to the development of the application of mediation as an alternative solution method in disputes to which the administration is a party have been tried to be presented.

**Keywords:** Mediation, Negotiation, Alternative Dispute Resolution Methods, Responsibility of Mediation Commissions, Public Loss

## GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözümü, genel olarak ihtilafli olan tarafların zorunlu olarak yargısal usullere ihtiyaç duymaksızın kullanabildikleri, sınırlı yetki sahibi arabulucu, uzlaştırıcı, hakem gibi tarafsız ve sınırlı yetkili üçüncü kişiler tarafından müzakerelerin yürütüldüğü usul ve uygulamalar olarak tanımlanabilir.<sup>1</sup> Belirtilmelidir ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan yöntemler değildir. Söz konusu uyuşmazlık çözüm yollarının asıl hedefi, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamaktır.<sup>2</sup>

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile yargı öncesi çözümüne ilişkin olarak hukuk sistemimizde pek çok düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemelerden biri de idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk çözüm yöntemine ilişkindir. 2017 yılında yürürlüğe girmiş olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun<sup>3</sup> 22. maddesi ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun<sup>4</sup> (HUAK) "Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi" başlıklı 15. maddesine ekleme yapılarak, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk

<sup>1</sup> Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.30. Benzer tanımlamalar için bkz. Gülgün Ildır, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", Türkiye Barolar Birliği Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.392; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 65, 2006, s.151; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Cilt, 4. Basıkı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.191.

<sup>2</sup> Hakan Pekcanitez, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, s.15.

<sup>3</sup> R.G. 25.10.2017/30221.

<sup>4</sup> R.G. 22.6.2012/28331.

yoluyla çözümlenmesine yönelik bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Böylelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk, idarelerin de başvurabileceği ve faydalanabileceği ve hatta dava şartı arabuluculuk kapsamında başvurulması kimi hallerde zorunlu olan bir müessese olarak hukuk sistemimizde yerini almıştır. Ancak söz konusu düzenlemenin birkaç istisnai uygulama dışında beklenen ve istenen olumlu sonucu sağlayamamış olduğu gözlemlenmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yeri ve öneminden, bu çerçevede idare hukuku alanında hukuk sistemimizde yer alan mevcut alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin neler olduğundan bahsedilecektir. Daha sonra ise, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda uygulanma alanı belirlenecek ve karşılaştırmalı hukuk verileri gözetilerek bu alanın doğru belirlenip belirlenmediği değerlendirilecektir. Son olarak, hukuk sistemimizde mevcut düzenlemeler uyarınca, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk çözüm yönteminin uygulanışı incelenecektir. Bu kapsamda arabuluculuk sürecinde idareyi temsile yetkili komisyonun yapısı, işleyişi ve sorumluluğu konuları uygulamadaki sorunlar ışığında irdelenerek bunlara yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

## I. İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN YERİ VE ÖNEMİ

Günümüzde gerek yargı organlarının iş yükünün azaltılması gerekse uyuşmazlıkların daha kısa bir sürede çözümlenmesi ve idare bütçesinden çıkması muhtemel yargılama giderleri, faiz, tazminat vb. giderler azaltılmak suretiyle kamu yararı sağlanması gibi sebeplerle, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri oluşturulmaya ve geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Ülkemizde uygulanan idari rejim ve yine idarenin tabi olduğu kamu hukuku kuralları gereği<sup>5</sup> temelde özel hukuk uyuşmazlıkları

<sup>5</sup> Doktrinde; kamu hukukunda özel hukuktan farklı olarak irade serbestisi olmadığı, yetkilerin asıl olduğu ve kamu yararının dikkate alınması gerektiği; idareye

için tesis edilen<sup>6</sup> alternatif uyuşmazlık çözüm müesseselerinin idarelere uygulanmasında bazı zorluklarla karşılaştığı ve beklenen yararın sağlanamadığı görülmektedir. Öğretide; medeni yargı ile idari yargı arasında işlevsel ve amaçsal farklılık olduğu, bu nedenle yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idari yargının içtihatla gelişmesini negatif olarak etkileyeceği, yargı organlarında alenilik ilkesi olmasına karşın alternatif uyuşmazlık çözme usullerinin gizlilik içinde yürütüldüğü,<sup>7</sup> bütün bu gerekçelerin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idari yargıda uygulanmasını zorlaştırdığı ve hatta engel teşkil ettiği ileri sürülmektedir.<sup>8</sup> Bununla birlikte, idari yargının iş yükünün sürekli artması nedeniyle giderek daha yavaş işler hale gelmesi, pahalı olması ve yargı denetiminin sınırlılığı sebebiyle yeterince tatmin edici olmaması gibi nedenlerle idari uyuşmazlıklar bakımından da söz konusu müesseselerin işletilmesi gerekliliği doğmuştur.<sup>9</sup> Bu anlamda diğer ülkelerde de örneğin Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere, Fransa, Almanya, Belçika, Estonya Litvanya gibi ülkelerde de gerek arabuluculuk gerekse diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri idari uyuşmazlıklar bakımından da uygulanmaktadır.

Mevzuatımızda idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi niteliğinde çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bunların başında 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki

---

güven ilkesi, idari işlemlerin hukuka uygunluğu karinesi, idarenin varlık sebebine ilişkin teoriler dikkate alındığında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin oldukça dar ve sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Oğuz Sancakdar, *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*, sorubankasi.net Yayınları, Güncellenmiş 3. baskı, İzmir, 2019, s.354; Aynı yönde bkz. Nilay Arat, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Hali Önündeki Engeller" *İÜHFİM* (Prof. Dr. İl Han Özay' Armağan), C. LXIX, S.1-2, Y.2011, s. 892 vd.

<sup>6</sup> Özbek'e göre, Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını, kamu hukuku-özel hukuk bölümlerinden birine tamamen yerleştirmek mümkün değildir. Bununla birlikte, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları her ne kadar yapısı gereği medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, idare hukuku gibi pek çok hukuk dalı ile irtibatlı olsa da, asıl ve öncelikli olarak medenî usûl hukukunun uğraş alanına girmektedir. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.235.

<sup>7</sup> Doktrinde, her ne kadar "şeffaflık" ilkesi idare hukukunda oldukça önemliyse de, bazı durumlar için gizlilik ilkesinin uygulanması gerekebileceği ifade edilmektedir. Zehra Odyakmaz/Serkan Çınarlı/Ezgi Avcıoğlu Aksoy, *İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*, Seçkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara, 2018, s.60.

<sup>8</sup> Arat, s.901, 904, 905.

<sup>9</sup> A. Ülkü Azrak, *İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri*", *Danıştay Başkanlığı* 141. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2009, Ankara, s.71.

Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname<sup>10</sup> ile öngörülen idarelerin<sup>11</sup> taraf olduğu adli ve idari uyuşmazlıkların “sulh” yoluyla halli müessesesi yer almaktadır.

2018 yılında Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanan ve kurumların önerisine sunulan “İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı”<sup>12</sup> incelendiğinde, 659 sayılı KHK’nın kapsamı genişletildiği görülmektedir. Ancak 2021 yılı itibarıyla söz konusu Tasarı Taslağı halen yasalaşma imkânı bulamamıştır. Mart 2021 tarihinde yayınlanan İnsan Hakları Eylem Planı<sup>13</sup> kapsamında, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Etkinliğinin Artırılması ve Yaygınlaştırılması” başlığı altında “Gerçek ve tüzel kişiler ile devlet arasındaki uyuşmazlıkları en hızlı ve en az maliyetle çözmek amacıyla idari sulh usulü getirilecek, böylece alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri daha adalet hizmetlerine kazandırılacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu Taslak metninin yasalaşması yönünde bir iradenin olduğu açıktır ve yakın zamanda yasalaşarak yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

Yine 659 sayılı KHK öncesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun<sup>14</sup> 11. ve 13. maddeleri kapsamında yapılan idari başvurular, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun<sup>15</sup> kapsamında yapılan başvurular, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun<sup>16</sup> 8. maddesi kapsamında malikin

<sup>10</sup> R.G. 2.11.2011/28103.

<sup>11</sup> Genel bütçe ve özel bütçe kapsamı dışında kalan diğer idarelerin uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözüme konusunun 659 sayılı KHK kapsamında olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu KHK kapsamına giren idareler 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvelde belirtilen kamu idareleridir. Bu sebeple, mahalli idareler, sosyal güvenlik kurumları, düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar ile özerk bütçeli KİT’ler bu KHK kapsamına girmemektedir.

<sup>12</sup> <https://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/12112019152932659%20say%C4%B1%C4%B1%20KHK%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20D%C3%BCz%20Metin.pdf>, E.T.06.04.2021.

<sup>13</sup> <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>, E.T.06.04.2021.

<sup>14</sup> R.G. 20.1.1982/17580.

<sup>15</sup> R.G. 15.12.1984/18606.

<sup>16</sup> R.G. 8.11.1983/18215.

anlaşmaya davet edilmesi usulü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu<sup>17</sup> kapsamında zorunlu idari itiraz usulü olarak düzenlenen itirazın şikâyet müessesesi ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun<sup>18</sup> çerçevesinde zarar tazmin komisyonlarına yapılan başvurular idari uyuşmazlıklar bakımından mevzuatımızda yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir.

İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak<sup>19</sup> tahkim de sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 125. maddesine göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası<sup>20</sup> tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Ayrıca Anayasa'nın 59. maddesine 2011 yılında eklenen fıkra uyarınca, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilmektedir.<sup>21</sup>

Belirtmek gerekir ki, idari uyuşmazlıklar bakımından mevzuatımızda yer alan bu müesseseler genellikle; idarelerce yeterli kaynağın ayrılmaması,<sup>22</sup> başvuru ve anlaşma usulünün yeterince açık düzenlenmemesi<sup>23</sup> ve zararın tespiti hususunda uygulanacak usulün belirlenmemiş olması gibi eksiklikler yanında, bu yöntemlerin uygulan-

<sup>17</sup> R.G. 22.1.2002/24648.

<sup>18</sup> R.G. 27.7.2004/25535.

<sup>19</sup> Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz (Editörler), *Medeni Usul Hukuku, Cilt III, On İki Levha Yayıncılık*, 15. bası, İstanbul, 2017, s.2809'da, tahkimin alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olmadığı diğer bir ifadeyle yargısal çözümler içinde sayıldığı ifade edilmiştir. Benzer yönde bkz. Süha Tanrıver, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi ve Tahkim", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.1069. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, tahkim alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak değerlendirilmelidir. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.211. Doktrinde Ejder Yılmaz da Özbek'in görüşüne katılmaktadır. Ejder Yılmaz, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m.35/A)", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 845.

<sup>20</sup> Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Anayasa m.125, (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.).

<sup>21</sup> Anayasa m.59 (Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.).

<sup>22</sup> Dilşat Yılmaz, "Yılmaz, Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.7, S.70, Haziran 2012, s.98.

<sup>23</sup> Aynur Hasoğlu, "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, 2016, s.1990.

masının bürokratlar için büyük bir sorumluluk riski<sup>24</sup> ifade etmesi nedeniyle uygulamada pek etkin olamamıştır. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda, söz konusu boşluğu doldurmak için 659 sayılı KHK ile getirilen sulh usulünün uygulamasında olduğu gibi<sup>25</sup> arabuluculuk uygulamasında da yukarıda belirtilen sebeplerle beklenen fayda elde edilememektedir.

## II. ARABULUCULUĞUN İDARENİN TARAF OLDUĞU UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANMA ALANI

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında en yaygın olarak kullanılan<sup>26</sup> arabuluculuk, ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, tarafların iradi müracaatı üzerine arabulucu olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla tarafların üzerinde anlaştıkları usul ve esaslar çerçevesinde iki tarafın da menfaatini esas alarak çözümlenmesi faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.<sup>27</sup>

Arabuluculuk müessesesi, 6325 sayılı Kanun m.1/2 uyarınca, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan “özel hukuk uyuşmazlıklarının” çözümlenmesinde uygulanmaktadır. Bu sebeple, idarenin kamu gücüne dayanarak tesis ettiği işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların bu kapsamda

<sup>24</sup> Mustafa Özbek, “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005, s.94.

<sup>25</sup> Gürsel Özkan, “Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü”, *Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı*, 29-31 Ağustos 2016, <https://www.avekon.org/papers/1544.pdf>, E.T.07.04.2021, s.265,

<sup>26</sup> Şükran Şıpka, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.6, S.12, Güz 2007/2, s.163.

<sup>27</sup> Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s.2813; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.97; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s.592; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.23-25; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayınları*, İstanbul, 2013, s.8-9. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2/b. maddesinde de yapılmıştır. Buna göre: Arabuluculuk: “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.



değerlendirilemeyeceği açık olup, bu alandaki uyuşmazlıklar, kamu hukuku kurallarına tabi olarak, idari yargıda çözümlenecektir. Bu nedenle ülkemizde, idarenin taraf olduğu idari uyuşmazlıklarda 6325 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün olmamaktadır. Ancak karşılaştırmalı hukuk bağlamında, arabuluculuğun, sadece özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için değil, idari uyuşmazlıkların ve hatta devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde dahi uygulanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu görülmektedir.<sup>28</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde bu alanda temel düzenlemeleri ihtiva eden 1996 İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu (Administrative Dispute Resolution Act of 1996) idari uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulamasının öncü örneklerinden birisidir.

Belçika'da da arabuluculuk kurumu, özel hukuk uyuşmazlıklarının yanı sıra kamu hukuku uyuşmazlıklarında da uygulama alanı bulmaktadır. Arabulucuların sorumlulukları ve müdahale yetkilerinin kapsamı olaydan olaya değişmekle birlikte, bütün arabulucular bağımsız kişiler olup, devlet kurumlarından ve mahkemelerden farklı yetkilere sahiptirler. Arabulucuların görevi, yalnızca taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için çaba göstermek değil; ayrıca taraflara bilgi sunmak, onlar için araştırma yapmak ve onlara tavsiyelerde bulunmaktır. Estonya'da ise arabuluculuk, kamu hukuku alanında kamulaştırma konusu ile sınırlı olarak uygulanmaktadır. Bu kapsamda, kamulaştırılan taşınmazın bulunduğu ilçenin mülki amiri, en fazla iki hafta içinde, ödenecek kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşılmasını sağlamak amacıyla tarafları arabuluculuğa davet edebilmektedir.<sup>29</sup>

Fransa'da, idari uyuşmazlıklar, 2008/52 sayılı Avrupa Birliği direktifinin 2011 yılında Fransa tarafından iç mevzuatla uyumlaştırılması<sup>30</sup> ile, taraflardan birinin Avrupa Birliği vatandaşı olması durumunda

<sup>28</sup> Karşılaştırmalı hukukta İdari uyuşmazlıkların yargılamaya alternatif yöntemlerle çözümü hakkında ayrıca bkz. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (2. Cilt), s.914 vd; Özbek, *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller* (I), s.99 vd; Dilşat Yılmaz, ss.92-100; Murat Asiltürk, "Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S.95, s.30 vd.

<sup>29</sup> Mustafa Özbek, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *TBB Dergisi*, Sayı 57, 2005, s.124

<sup>30</sup> Avrupa Birliği'ne üye devletler direktifleri ulusal hukuklarına aktarmakla yükümlü olup, bunun için ulusal ayrı bir uygulama işlemi gerekmektedir. Lale

arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebilmekteydi. Ancak Fransız yurttaşları ile Fransız idaresi arasındaki idari uyumsuzluklar hususunda arabuluculuk usulüne başvurulamamakta idi. Fransız vatandaşı olmayan Avrupa Birliği vatandaşı bir kişinin, Fransız İdaresi ile arasında meydana gelebilecek bir uyumsuzluğu, arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturması mümkün iken, Fransız vatandaşı bir kişi ile kendi idaresi arasında meydana gelen bir uyumsuzlukta arabuluculuğa gidilememesi çelişki yaratan bir durum olduğundan eleştirilmekte idi.<sup>31</sup> Nihayet 18 Kasım 2016 tarih ve 2016-1547 sayılı “21’inci Yüzyılda Adaletin Modernizasyonu Hakkında Yasa”<sup>32</sup> ile Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu’na eklenen “Arabuluculuk” başlıklı 213. madde<sup>33</sup> ile idari uyumsuzluklarda arabuluculuk konusunda söz konusu çelişki giderilmiştir.

Yasanın “Genel hükümler” başlıklı kısmına göre; arabuluculuk, iki veya daha fazla tarafın kendileri tarafından veya kendilerinin onayıyla mahkeme tarafından belirlenen üçüncü bir kişi tarafından yönetilen süreci ifade etmektedir (m.213-1). Arabulucu, görevini tarafsızlık, yetkinlik ve titizlikle yerine getirir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk gizlilik ilkesine tabidir. Arabulucunun bulguları ve arabuluculuk sırasında toplanan ifadeler, tarafların mutabakatı olmaksızın üçüncü kişilere açıklanamaz, adli veya tahkim yargılaması çerçevesinde ileri sürülemez veya üretilemez. Ancak, kamu düzeninin ağır basan nedenlerinin veya çocuğun yüksek yararının korunması veya bir kişinin fiziksel veya psikolojik bütünlüğüyle bağlantılı nedenlerin varlığında veya arabuluculuktan kaynaklanan anlaşmanın açığa çıkarılması veya içeriğinin açıklanması, uygulanması için gerekli olduğunda gizlilik ilkesine istisna teşkil eder (m.213-2). Tarafların akdedeceği anlaşma, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hakları ihlal edici nitelikte olamaz (m.213-3). Kanun hükümleri çerçevesinde yürütülen

Burcu Önüt, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.172.

<sup>31</sup> Erdinç Yılmaz, Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları Yurt Dışı Ziyaret Raporu, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2016, s.34.

<sup>32</sup> LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, legifrance, gouv.fr.

<sup>33</sup> Code de justice administrative: Chapitre III: La médiation (Articles L213-1 à L213-10), legifrance.gouv.fr.

arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma, mahkemece onaylanabilir ve uygulanabilirlik kararı verilebilir (m.213-4).

Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun arabuluculuğun uygulama alanını detaylı şekilde belirlememiş olması, sadece arabuluculuğun uygulanamayacağı durumu tek cümle ile ifade etmiş olması uygulayıcılar tarafından eleştirilmektedir. Bu maddenin yorumu uygulamada örneğin bir temel hak ve özgürlükten vazgeçme niteliğinde anlaşma tutanağı hazırlanamayacağı şeklinde yapılmaktadır. Bu noktada kamusal yetkilerin kullanımıyla ilgili konularda arabuluculuğun sınırlı uygulama alanı bulabileceği, örneğin kamu hizmetine tahsis edilmiş bir kamu malının bir özel hukuk kişisine arabuluculuk kapsamında devredilemeyeceği veya kolluk kuvvetlerinin kullanımı kapsamında, bir yabancıya oturma izni verilmesi gibi bir uygulamanın arabuluculuk çerçevesinde mümkün olmadığı ifade edilmektedir.<sup>34</sup>

Yasanın "Tarafların inisiyatifiyle arabuluculuk" başlıklı kısmında; tarafların yasal prosedürler dışında özgürce arabuluculuk süreci organize edebilecekleri, ancak arabuluculuğun organize edilmesinden mahkeme başkanı veya temsilcisi sorumlu olduğunda ve bunu mahkeme dışındaki bir kişiye emanet etmeyi seçtiğinde, ücretin ödenmesi gerekip gerekmediğini ve miktarını kendisinin belirleyeceğini; yasa ya da düzenleyici işlemle arabuluculuğa başvuru zorunlu hale getirilmiş ise, arabuluculuğun taraflar için ücretsiz olacağı düzenlenmiştir (m.213-5). Aynı kısımda yer alan altıncı fıkrada ise, yargılamaya ilişkin sürelerin tarafların arabulucuya başvuruyu kabul ettikleri tarihten veya yazılı bir beyanları yoksa ilk toplantıyı yaptıkları tarihten itibaren duracağı, taraflardan birinin veya her ikisinin veya arabulucunun arabuluculuğun sona erdiğini beyan ettiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacağı ancak bu sürenin altı ayı aşamayacağı düzenlenmiştir. Yasanın 213-7 numaralı maddesinde ise, "Yargıç girişimiyle arabuluculuk" başlığı altında, idari yargıcın ya da idari yüksek mahkeme yargıcının yargılama sürecinde tarafların mutabakatını aldıktan sonra, aralarında bir anlaşmaya varmaları için arabuluculuğa yönlendirebileceği düzenlenmiştir.

<sup>34</sup> David Taron, "Pourquoi et Comment Recourir à la Médiation Administrative ?", <https://www.village-justice.com/articles/pourquoi-comment-recourir-mediation-administrative,36131.html>, E.T.05.04.2021.

18 Aralık 2019 tarihinde, kamu yöneticileri, idari yargıçlar, avukatlar ve arabulucuların katılımıyla, Fransız Danıştay tarafından düzenlenen “Ulusal İdari Arabuluculuk Konferansı”nda, idari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemine ilginin arttığı ifade edilmiştir. Fransız Danıştay Başkan Yardımcısı, 2019 yılı itibariyle idari arabuluculukta anlaşma oranının yüzde 68 olduğunu, ancak anlaşmalar bakımından nicelik değil niteliğin daha önemli olduğunu ifade etmiştir.<sup>35</sup>

Ülkemizde arabuluculuk müessesesinin, idari uyuşmazlıklar bakımından, konusunu belli bir paranın oluşturduğu uyuşmazlık türlerinde, örneğin tazminat istemlerinde, idari cezalara ilişkin uyuşmazlıklarda, vergi, harç, resim ve benzeri mali yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumunun daha kolay çözüm getirebileceği gerekçesiyle uygulama alanı bulması önerilen görüşler<sup>36</sup> arasında yer almaktadır. Ancak mevcut durumda arabuluculuk ancak idarenin bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Kanaatimizce, idari uyuşmazlıklarda sulh müessesesi etraflıca bir düzenleme ile yasalaşırsa, sözü edilen boşluk dolmuş olacağından, arabuluculuğun idari uyuşmazlıklar alanını da kapsayıcı şekilde uygulama alanının genişletilmesine ihtiyaç olmayacaktır. Ancak eğer arabuluculuğun bir takım idari uyuşmazlıklar bakımından da uygulanmasına imkân tanıyan bir düzenleme yapılacaksa, mevcut kanunlara bir madde eklemek suretiyle değil, ayrı bir kanun ile etraflıca düzenlenmesi yerinde olacaktır. Bu anlamda, Fransız İdari Yargılama Usulü Kanunu’na eklenen tek cümlelik bir düzenleme örneğinde olduğu gibi bir düzenleme kargaşaya yol açacaktır. Örneğin, kamusal hakların kullanımının sınırlanması niteliğinde olmayan her konuda anlaşma yapılabilir gibi bir düzenleme oldukça olumsuz sonuçlar yaratmaya müsaittir. Bunun yerine sayma yoluyla, hangi uyuşmazlıklar bakımından uygulanabileceğinin açıkça belirtilmesi faydalı olacaktır. Ancak bu yönde bir adım için dahi, hukuk sistemimiz bakımından oldukça yeni bir kurum olan arabuluculuğun yerleşmesi bakımından henüz erken olduğu belirtilmelidir.

<sup>35</sup> Konferansta tartışılan konular arasında yer alan kamu hizmetlerinde, kolluk ihtilaflarında, şehir planlamasında, sağlık hizmetlerinde arabuluculuk ve zorunlu ön arabuluculuk deneyimleri konusunda konferans kitapçığı için bkz. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/premieres-assises-nationales-de-la-mediation-administrative>, E.T.05.04.2021.

<sup>36</sup> Asiltürk, s.37.

Her ne kadar idare, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme akdederken dahi, özel hukuk kişileri gibi bir serbestiye sahip olmasa da<sup>37</sup> ve bu anlamda sözleşmeci tarafı belirlerken belli kamu hukuku kurallarına tabi olarak bir süreci takip ediyor olsa da, bu durum sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini etkilememektedir.<sup>38</sup> Bu anlamda uygulamada idare de, özel hukuk alanında kira sözleşmesi, satım sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, her çeşit yaptırma, bayındırlık sözleşmeleri ve abonman sözleşmeleri akdetmekte ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir. Yine, kamulaştırma işlemi sonrasında bedele ilişkin uyuşmazlıklar da adli yargının görev alanına girdiğinden arabuluculuk müessesesine elverişli olduğu söylenebilir. İşte adli yargının görev alanına giren ve konusu belli bir miktar paranın ödenmesi olan bu tür uyuşmazlıklarda yargı öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk müessesesi uygulama alanı bulacaktır. Hatta örneğin idarenin iş sözleşmesi ile işçi çalıştırdığı durumlarda, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk, 4857 sayılı İş Kanunu<sup>39</sup> gereği, yargılama öncesinde tüketilmesi gereken ihtiyari değil dava şartı niteliğinde zorunlu bir yöntem olarak uygulanacaktır. Belirtmek gerekir ki, uygulamada idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari arabuluculuğa başvuru oranı oldukça düşük iken, bazı alanlarda<sup>40</sup> dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk uygulamasına geçilmesi ile birlikte son birkaç yılda idareler bakımından arabuluculuk müessesesinin önemi de artmış bulunmaktadır.

<sup>37</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2020, s.467; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. baskı, Ankara, 2020, s.580-581.

<sup>38</sup> Meltem Kutlu Gürsel, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997, s.40.

<sup>39</sup> R.G. 10.6.2003/25134. Söz konusu zorunlu başvuru usulü, İş Kanunu m.20'ye 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca 12/10/2017 tarihi itibarıyla eklenmiştir.

<sup>40</sup> İşçi işveren uyuşmazlıkları haricinde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na 06/12/2018 tarihinde eklenen 5/A maddesi ile ticari davalarda ve son olarak 28.07.2020 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesi ile belli bir parasal sınırın üzerindeki tüketici hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk zorunlu hale gelmiştir.

### III. İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK ÇÖZÜM YÖNTEMİNİN UYGULANIŞI

#### A. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Temsile Yetkili Komisyonun Yapısı ve İşleyişi

6325 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 8. fıkrası uyarınca "Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder." Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin<sup>41</sup> "İdarelerin Temsili" başlıklı 18. maddesinde ise; "Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir. Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez." hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, idareyi arabuluculuk sürecinde üç üyeden oluşan bir komisyon temsil edecek ve komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremeyecektir.

Yönetmelikte yer alan "Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir" hükmü uyarınca, arabuluculuk toplantılarına aralarında hiç hukukçu bulunmayan bir komisyonun katılması imkân dâhilinde olabilecektir. Bu durum ise, müzakerelerine katıldığı uyuşmazlıkta yargılama yapılsa nasıl bir sonuç elde edilebileceğini öngöremeyen komisyonun çekimser davranmasına yol açarak olumsuz bir sonuç yaratabilecektir.

Komisyonunda görev alan asil ve yedek üyelerin görev süresine ilişkin bir düzenleme Kanunda yer almamakla birlikte Yönetmeliğin 18. maddesinin üçüncü fıkrasında bu süre iki yıl olarak belirlenmiştir. Yine söz konusu maddenin dördüncü fıkrasında süresi biten üyenin yeniden seçilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca komisyon kararlarının oy birliği ile alınacağı aynı fıkrafta düzenlenmiştir.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> R.G. 02.06.2018/30439.

<sup>42</sup> Bu durum doktrinde tartışılmış olup, oybirliği ile karar almanın arabuluculuk sürecini zora sokacağı görüşüne karşılık, bir üyenin diğer iki üyeden farklı düşüncesi durumunda, neden idarenin menfaatine olan bu seçeneği tercih etmediği,



Yönetmeliğin m.18/5. fıkrasında, belirlenen komisyon üyelerinin arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkili olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, arabuluculuk sürecinde komisyonlar, müzakerelerde bağımsız şekilde karar alabilecek ve bu kararlarını idarelerinin en üst amirine onaylatmak veya olur almak zorunda kalmayacaklardır. Ancak bu hareket serbestisinin arabuluculuk sürecini başlatmak bakımından da geçerli olduğunu söylemek mevcut düzenlemeler bakımından mümkün görünmemektedir. Zira İdare Hukukunda temel prensiplerden biri olan “asıl olanın yetkisizlik olduğu” kuralı uyarınca, mevzuatta açıkça böyle bir yetki verilmediği sürece komisyonların arabuluculuk müessesine re’sen başvurmaları imkân dâhilinde değildir. İhtiyari ve dava şartı arabuluculuk bakımından ikili bir ayırım yapılarak ifade etmek gerekirse; ihtiyari arabuluculukta idarenin en üst amirinin bu yönde talimat vermesi halinde arabuluculuk müessesine başvurulabilecek iken, dava şartı arabuluculukta şayet davayı idare açacaksa, hukuk müşavirliğinin ya da hukuk biriminin arabuluculuğa başvurulması gerekliliğine dair yazı ve ilgili amirin onayı üzerine arabuluculuk süreci başlatılabilecektir. Belirtmek gerekir ki, dava şartı arabuluculuk kapsamında yürütülen süreç yasal süreler içerisinde tamamlanamaz ise, tarafların iradesiyle süreç ihtiyari arabuluculuk şeklinde devam edebilecek olup, bu durumda, yeni bir süreç başladığından müzakerelere devam edilebilmesi için komisyonun temsil ettiği idarenin en üst amirinin bu konuda olur vermesi gerekecektir.<sup>43</sup>

Yönetmeliğin m.18/2. fıkrası uyarınca, idare, arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde internet sitesinde yayınlar. Arabulucular görüşmeler kapsamında yapacakları davetlerde öncelikle bu bilgileri esas alır. Uygulamada, kimi zaman arabulucuların ilgili birime ulaşmakta zorluk yaşadığı bilinmektedir. Söz konusu düzenleme bu sorunun önlenmesine yöneliktir. Ancak gerekli iletişim bilgilerini yayınlamayan idareler bakımından bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda, genel hüküm-

---

idareyi zarara uğratıp uğratmadığı hususu tartışma yaratabileceğinden, oy birliği ile karar alınmasının bir gereklilik olduğu ifade edilmiştir. Gül Fiş Üstün, “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.1, Haziran 2020, s.19.

<sup>43</sup> Fiş Üstün, s.19-20.



ler uyarınca şikâyet üzerine başlatılacak disiplin soruşturması ile ilgili personele yaptırım uygulanması mümkün olabilecektir.

Yönetmeliğe göre, Komisyonun ve sekretaryasının çalışma usul ve esasları idareler tarafından belirlenecek olup, Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekretarya aracılığıyla yazışma yetkisine sahiptir. Bu kapsamda yapılan yazışmalarda, ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilir (m.18/10-11). Yönetmeliğin m.18/6. fıkrası uyarınca ise, Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenlemek ve bu raporları beş yıl boyunca saklamak ile yükümlü kılınmıştır.

## **B. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Temsile Yetkili Komisyonun Sorumluluğu**

6325 sayılı Kanun m.15/9 ve Yönetmelik m.18/8 uyarınca, “Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.”

Yönetmelik m.18/7’de ayrıca Komisyon üyelerinin, bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu düzenleme, idarelerin arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin verdikleri kararlar bakımından sorumsuz kabul edildiklerini göstermektedir. Bu sorumsuzluğun tek istisnası ise, komisyon üyelerince yargı kararı ile tespit edilmiş görevi kötüye kullanma suçunun<sup>44</sup> işlenmiş olmasıdır.

Kanundaki düzenlemede, komisyon üyelerinin *arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle ancak Devlet*

<sup>44</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Görevi kötüye kullanma” başlıklı 257. maddesi uyarınca; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

*aleyhine* açılacağı belirtilen tazminat davaları, doktrinde görev kusuru<sup>45</sup> olarak tanımlanan kusur türü kapsamında idari yargı kolunda açılması gereken tam yargı davalarını ifade etmektedir. Zira komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar, hizmetin görülmesi sırasında ve hizmetin görülmesi amacıyla yürütülen faaliyetlerdir. Burada örneğin, komisyon üyelerinin arabuluculuk kapsamında olağan tutarın çok üstünde bir bedel ödemeyi kabul ederek karşı taraf ile anlaşma sağladığı varsayımında, zarara uğrayan taraf ilgili idare olacaktır. Bu durumda, zararın tazmini için idari yargıda, Kanun'da "devlet aleyhine" dava açılacağı düzenlendiğinden husumetin Hazine ve Maliye Bakanlığı'na karşı yöneltildiği, tam yargı davası açılması gündeme gelecektir. Ancak bu durumda, özellikle genel bütçeye tabi idareler bakımından Hazine ve Maliye Bakanlığı'na karşı dava açmanın uygulamada ne tür bir pratik sonuç sağlayacağı ve işlerliğinin nasıl olacağı akıllarda soru işareti bırakmaktadır. Zararı tazmin eden Bakanlık ise, ancak komisyon üyelerinin görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri yargı yerlerince sabit görülürse, komisyon üyelerine karşı adli yargıda rücu davası açabilecektir.

Uygulamada idarelerin Sayıştay denetiminden çekindikleri ve bu sebeple komisyon üyelerine arabuluculuk sürecinde anlaşmama yönünde talimat verdikleri gözlemlenmektedir. Bunun önüne geçilmesi için, Sayıştay denetiminin arabuluculuk anlaşma belgeleri bakımından bir sınırlamaya tabi tutulması yasa koyucu tarafından öngörülmelidir. Bu noktada Sayıştay denetimlerine esas olan "kamu zararı" kavramının tam olarak neyi ifade ettiğinin belirlenmesi faydalı olacaktır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun<sup>46</sup> 71. maddesinde kamu zararını kavramı; "kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır" şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>47</sup> Bu çerçevede, kamu

<sup>45</sup> Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. baskı, Ankara, 2019, s.473.

<sup>46</sup> R.G. 24.12.2003/25326.

<sup>47</sup> Benzer bir tanımlama 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesine dayanılarak çıkarılan (R.G. 19.10.2006/26324) Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği'nde de yapılmıştır. Buna göre kamu zararı; "Mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıyla doğan zarar" olarak

zararı kavramı, kamu görevleri tarafından verilen tüm zararları değil, idari faaliyetleri çerçevesinde kusurları ile verdikleri zararları kapsamaktadır.<sup>48</sup> Ayrıca kamu görevlisinin kamu zararına sebebiyet veren eylem, işlem ya da kararı hukuka aykırı olmalıdır. Bu kapsamda, arabuluculuk faaliyeti kapsamında, idareyi temsil eden komisyonun müzakere sürecinde inisiyatif kullanarak belirlediği anlaşma tutarı ve anlaşma belgesi uyarınca idarece ödenen tutarın kamu zararı olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Ancak yine de bu anlamda çekincelerin giderilmesi için, açık bir kanuni düzenleme ile Sayıştay denetiminin sınırlandırılması faydalı olacaktır.

Belirtelim ki, 6325 sayılı Kanun m.15/4 ve Yönetmelik m.17/4 uyarınca; niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamamaktadır. Bu kapsamda arabulucu tarafından keşif, tanık ve bilirkişi incelemesi yapılamayacağı sonucu çıkarılabilir. Kanaatimizce, kanun koyucu nazarında, hâkim tarafından münhasıran kullanılması gereken yargısal yetkiler olarak görülen bu faaliyetlerden keşif ve tanık konusunda getirilen kısıtlamalar yerinde olmasına karşın bilirkişi konusunda getirilen kısıtlama isabetli değildir. Nitekim taraflar arasında ortaya çıkan ihtilafta, zarar ve kusur durumunun tarafsız bir bilirkişi tarafından belirlenmesi anlaşmanın sağlanması bakımından son derece faydalı olacaktır. Çünkü idare adına hareket eden kamu görevlileri, bilirkişi tarafından kusur ve zarar miktarının tespiti ile olası bir davanın sonuçlarını daha doğru değerlendirebilecek ve bu rapordaki verilere göre daha kolay sorumluluk alabileceklerdir.<sup>49</sup>

Son olarak, ifade edilmelidir ki, komisyon üyelerinin sorumsuzluğu, *arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar* ile sınırlıdır. Örneğin, komisyon üyelerinin HUAK m.18/A gereği dava şartı arabuluculuk sürecine geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması nedeniyle, daha sonra açılan davada, İdare haklı çıkmış olsa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulmuş ise, burada artık idarenin uğramış olduğu zarar nedeniyle komis-

---

tanımlanmıştır.

<sup>48</sup> Bahtiyar Akyılmaz, "Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Rücu", *İÜHFİM*, C.LXIX, S.1-2, Y.2011, s.62.

<sup>49</sup> Mehmet Karaarslan, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Giderilmesi", *TBB Dergisi*, 2019 (140), s.80.

yon üyelerinin sorumsuzluğundan söz etmek mümkün değildir. Bu noktada 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12/2. maddesinde yer alan “*Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmâl veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.*” hükmü uyarınca, sebep olunan zararın komisyon üyesinden tahsili ve ayrıca 125. madde kapsamında disiplin cezası verilmesi gündeme gelecektir. Belirtelim ki, komisyon üyelerinin hizmetin görülmesi ile ilgili olmayan, salt kişisel kusurlarından<sup>50</sup> kaynaklanan tazminat sorumluluklarını da ayrı tutmak gerekmektedir. Zira bu nitelikteki davranışlar ile hizmetin görülmesi arasında illiyet bağı kopmuş kabul edilir. Örneğin, komisyon üyesinin arabuluculuk görüşmeleri sırasında, haksız fiil niteliğindeki davranışları onun şahsi sorumluluğunu doğuracak, bu fiil ve davranışları için adli yargıda ilgili kişiye karşı tazminat davası açılabilecektir.

## SONUÇ

Arabuluculuk, 6325 sayılı Kanun uyarınca, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan “özel hukuk uyuşmazlıklarının” çözümlenmesinde uygulanma imkânı olan bir müessese olup, idarenin kamu gücüne dayanarak tesis ettiği işlem ve eylemlerden doğan idari uyuşmazlıklar bakımından bu yönetime başvurulamamaktadır. Bu anlamda, yalnızca idarenin özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanan arabuluculuk müessesesinin uygulamasında ise bazı problemlerle karşılaşmaktadır. Bu problemlerin başında ise şüphesiz, uyuşmazlığa taraf olan idarelerin ve idareyi temsil eden komisyon üyelerinin

<sup>50</sup> Onar'a göre; kişisel kusuru hizmet kusurundan ayıran kriter, subjektif bir kriterdir. Bu bakımdan kusurlu fiilin objektif bakımdan hizmetle ilgisinin olup olmaması, safhalarından birini oluşturup oluşturmaması önemli değildir. Kamu görevlisinin kötü niyeti ve kasıtı, kusurunun kişisel kusur sayılması için yeterlidir. Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İstanbul, 1966, s.1699-1702; Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979, s.296-297; İl Han Özay, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004, s. 867-868; Metin Günday, İdare Hukuku, 10. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.374-376. Bu tür fiiller, kamu hizmeti veya kamu görevlisinin görevi ile ilgili olmayan fiillerdir. Kamu görevlisi, bu fiilleri sebebiyle özel hukuk hükümlerine göre, haksız fiil sebebiyle sorumlu olacaktır. Burada idari faaliyet ile zarar arasındaki nedensellik bağı kopmuş olduğundan, idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyecektir. Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 7. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s.303.

sorumluluklarının doğması endişesi taşımaları ve bu sebeple ihtiyari arabuluculuğa başvurmaktan kaçınmaları, dava şartı arabuluculuk usulünde ise doğrudan anlaşmama iradesi sergileyerek uyuşmazlığın yargı kararıyla çözümlenmesini istemeleri gelmektedir. Bu durum ise arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanamamasına yol açmaktadır.

Her ne kadar mevzuatta görevi kötüye kullanma suçunun işlenmesi haricinde arabuluculuk komisyonlarının sorumsuz olacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olsa dahi uygulamada idareler kamu zararı olarak kabul edilir endişesi ile, uyuşmazlık konusu tutar üzerinde müzakerelere yanaşmayıp komisyon üyelerine anlaşmamaları yönünde talimat verebilmektedir. Halbuki kamu zararı kavramı 5018 sayılı Kanun uyarınca ancak kamu görevlisinin hukuka aykırı olan eylem veya işlemleri sebebiyle söz konusu olmaktadır. Bu anlamda 6325 sayılı Kanun kapsamında müzakereler sonucu imzalanan anlaşma belgesi uyarınca ilgili idarece ödeme yapılmasını, yargı yoluna gidilmesi durumunda ödenecek yargılama giderleri de göz önünde bulundurulduğunda kamu zararı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu noktada, komisyon üyeleri arasında mutlaka hukuk biriminden bir görevlinin de yer alması, bu imkân dâhilinde değil ise, toplantılara katılmadan önce söz konusu uyuşmazlık hakkında yargılama yoluna gidilse muhtemel giderin ne olacağı konusunda görüş alınması tereddütleri azaltarak sürece olumlu katkı sağlayacaktır. 6325 sayılı Kanun'a, arabuluculuk sürecinde bilirkişiye başvuru imkânı tanıyan bir hüküm eklenmesi de faydalı olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. baskı, Ankara, 2020.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. baskı, Ankara, 2019.
- Düren Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1979.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Ildır Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Kaplan Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 7. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Kekeç Elif Kismet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- Kutlu Gürsel Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997.
- Odyakmaz Zehra/Çınarlı Serkan/Avcıoğlu Aksoy Ezgi, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, Seçkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara, 2018.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İstanbul, 1966.
- Önüt Lale Burcu, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004.
- Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya (Editörler), Medeni Usul Hukuku, Cilt III, On İki Levha Yayıncılık, 15. bası, İstanbul, 2017.
- Sancakdar Oğuz/Önüt Lale Burcu/Us Doğan Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. baskı, Ankara, 2020.
- Sancakdar Oğuz, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, sorubankasi.net Yayınları, Güncellenmiş 3. baskı, İzmir, 2019.
- YAZICI Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Yılmaz Erdinç, Fransız İdari Yargı Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları Yurt Dışı Ziyaret Raporu, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2016.

## Makaleler

- Akyılmaz Bahtiyar, "Kamu Zararı Kavramı ve Kamu Zararında Rücu", *İÜHFİM*, C. LXIX, S.1-2, Y.2011, s.61-78.
- Arat Nilay, "İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Hali Önündeki Engeller" *İÜHFİM* (Prof. Dr. İl Han Özay' Armağan), C. LXIX, S.1-2, Y.2011, ss.891-906.
- Asiltürk Murat, "Arabuluculuk Müessesesinin İdari Yargılama Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümlemesinde Uygulanabilirliği", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S.95, ss.29-40.
- Azrak A. Ülkü, "İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri", *Danıştay Başkanlığı* 141. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2009, Ankara, ss.71-85.
- Fiş Üstün Gül, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.6, S.1, Haziran 2020, ss.13-23.
- Hasoğlu Aynur, "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.65, S.4, 2016, ss.1981-1996.
- Ildır Gülgün, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, ss.385-401.

- Karaarslan Mehmet, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *TBB Dergisi*, 2019 (140), ss.71-113.
- Özbek Mustafa, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *TBB Dergisi*, Sayı 56, 2005, ss.90-132.
- Özbek Mustafa, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)", *TBB Dergisi*, Sayı 57, 2005, ss.82-134.
- Özkan Gürsel, "Tazminat Uyuşmazlıklarının İdari Yargı Öncesi Sulh Yoluyla Çözümü", Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı, 29-31 Ağustos 2016, <https://www.avekon.org/papers/1544.pdf>, E.T.07.04.2021, ss.260-267.
- Pekcanitez Hakan, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005/5, ss.12-16.
- Şıpka Şükran, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.6, S.12, Güz 2007/2, ss.163-175.
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 65, 2006, ss.151-177.
- Tanrıver Süha, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi ve Tahkim", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, ss.1061-1089.
- Yılmaz Ejder, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m.35/A)", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, ss.843-856.
- Yılmaz Dilşat, "Yılmaz, Türk ve Alman İdare Hukukunda Arabuluculuk ve Sulhe İlişkin Düzenlemeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.7, S.70, Haziran 2012, ss.92-100.





# KARŞILAŞTIRMALI HUKUKA GÖRE BİRLİKTE VELAYET KARARLARINDA HAKİMİN DİKKATE ALABİLECEĞİ BAZI ESASLAR VE TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ

SOME PRINCIPLES THAT THE JUDGE MAY  
CONSIDER IN DECISIONS ON JOINT CUSTODY  
ACCORDING TO COMPARATIVE LAW AND THEIR  
APPLICABILITY IN TURKISH LAW

Özge BÖLÜKBAŞI\*

**Özet:** Hukuk tarihine bakıldığında, uzun yıllar velayette baba hakimiyetinin sürdüğü görülmektedir. Ancak toplumların gelişmesi, kadının ve çocuğun toplumdaki rollerinin değişmesiyle birlikte, önce ananın, ardından da çocuğun üstün yararı gözetilerek, her iki ebeveynin de velayette söz sahibi olması mümkün hale gelmiştir. Bu süreç karşılaştırmalı hukukta, özellikle ana ve babanın çocuk üzerinde eşit haklara sahip olması bakımından, uzun bir zamana yayılmaktadır. Evlilik birliği içinde velayetin birlikte kullanılmaya başlaması daha eski tarihlerde gerçekleşirken, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ya da evlilik dışı ilişkilerde birlikte velayete imkan tanıyan düzenlemelerin aşama aşama, günümüzdeki halini aldığı söylenebilir. Bu anlamda birlikte velayetin kabul edildiği ilk ülke, 1973 yılında Indiana eyaleti olmak üzere, Amerika Birleşik Devletleri'dir. Ancak birlikte velayetin yaygınlaşması 1990'lı yılların sonlarından itibaren başlamıştır.

Ülkemizde de evlilik birliği içinde birlikte velayet uzun yıllardır uygulanmaktadır. Evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ise birlikte velayet kararları, 2016 yılından itibaren, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No'lu Protokol'ün "eşler arasında eşitlik" başlıklı 5. maddesinin kabulüyle beraber verilmeye başlamıştır. Buna rağmen yasal bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla kanun koyucunun birlikte velayet kurumunu ve birlikte velayet kararlarında dikkate alınması gereken hususları bir an evvel açıklığa kavuşturması, buna bağlı olarak da TMK'nın velayet hükümlerinde birlikte velayete ilişkin revizyona gitmesi gerekir. Bu nedenle çalışmamızda, karşılaştırmalı hukukta esas alınan hususlar ve bu hususların Türk hukukunda uygulanabilirliği konusu ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Birlikte (ortak/müşterek) Velayet, Çocuğun Yüksek Yararı, Birlikte Velayet Anlaşması

\* Dr., Öğr. Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, obolukbasi@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6382-1437, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.05.2021, Kabul Tarihi: 26.05.2021

**Abstract:** In our Civil Code, the benefits of the child are taken as a basis while making regulations on custody. Despite this, according to the article 336/1 of the Turkish Civil Code, custody is used together and equally by the mother and the father only while the marital union continues. In cases where the marriage union ends or in extramarital relationships, there is no clear regulation regarding joint custody. Therefore, the issue of the applicability of joint custody has been on the agenda in our country for many years. As of 2016, it is seen that the Supreme Court has started to make positive decisions regarding joint custody. The legal basis of the decisions is the 5th article of the Additional Protocol No. 7 to the ECHR. Because the article in question contains the provision that the spouses have equal rights over their children after the marriage union ends. According to art. 90/5 of the Constitution considering that the international conventions to which we are a party are accepted by law, it becomes possible to make a joint custody decision according to the aforementioned provisions of the Convention.

While the number of decisions regarding joint custody is increasing day by day, it is not clear whether joint custody will be applied as a rule or exception in our country, and which principles will be taken into account in the decisions to be made accordingly. In our study, solutions are sought for these problems that cause controversy.

**Keywords:** Joint Custody, The Best Interest of the Child, Joint Custody Agreement

## GİRİŞ

Medeni Kanunumuzda evlilik birliğinin devam ettiği haller dışında, özellikle boşanma ya da evlilik dışı ilişkilerde, birlikte velayete ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, uzun yıllardır ülkemizde birlikte velayetin uygulanabilirliği sorunu gündemdedir. 2016 yılında AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile tartışmaların ivme kazandığı görülmektedir. Zira söz konusu Protokol'ün 5. maddesine göre eşler, evlilik birliği sona erdikten sonra çocukları üzerinde eşit haklara sahiptir. Hükümde her ne kadar açıkça boşanmada velayetin birlikte ve eşit şekilde kullanılacağı zikredilmese de *"eşlerin evlilik birliği sona erdikten sonra çocukları üzerinde eşit haklara sahip olduğu"* ifadesi ile akla ilk olarak *"velayet"* kurumunun gelmesi olağandır. Bu itibarla birçok mahkemenin, TMK'nın 336. maddesinin birlikte velayete imkan vermediği hallerde, Anayasa m. 90/5 hükmüne göre, Protokolün 5. maddesini gerekçe göstererek birlikte velayete karar verdiği bilinmektedir. Zira velayet, ana ve babanın temel hak ve özgürlükleri arasında kabul edilmekte ve Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne

uygun olarak yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleri, kanun hükmü ile çatıştığı takdirde sözleşme hükümleri üstün tutulmaktadır. Böylece, ülkemizde ilk kez 20.02.2017 tarihinde Yargıtay'ın 2. H.D. tarafından, İngiliz vatandaşı olan tarafların, birlikte velayete ilişkin tenfiz taleplerini reddeden ilk derece mahkemesi kararı bozularak, birlikte velayetin Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil etmediği ortaya koyulmuştur. Ardından Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin 1. H.D. tarafından, 10.05.2017 tarihinde verilen birlikte velayet kararı da iç hukukta emsal olarak gösterilen ikinci önemli karar olmuştur. Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemeleri ve diğer yerel mahkemelerin birlikte velayet kararlarında Ek 7 No'lu Protokol'ün 5. maddesini esas aldığı görülmektedir. Kararlar şimdilik tarafların anlaşması ya da gönüllülük esasına dayanmaktadır.

Birlikte velayete ilişkin kararların sayısı her geçen gün artarken, birlikte velayetin ülkemizde kural ya da istisna olarak mı uygulanacağı, buna bağlı olarak da verilecek kararlarda hangi esasların dikkate alınacağı hususları açık değildir. Bu nedenle, öncelikle ülkemizde boşanmadan sonra ve evlilik dışı ilişkiler bakımından, birlikte velayetin kural mı yoksa istisna olarak mı uygulanması gerektiğine yönelik karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerin ve hukukumuzda yer alan görüşlerin ortaya koyulması; ardından ise, birlikte velayete ilişkin bir düzenleme yapıldığı takdirde, hakimin karar verirken hangi esasları gözetilebileceği hususunun ele alınması gerekir.

## I. BOŞANMADA VEYA EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLERDE BİRLİKTE VELAYET DÜZENLEMELERİNİN KURAL YA DA İSTİSNA OLARAK UYGULANMASI

### 1. Boşanmada veya Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin "Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması" Bakımından Değerlendirilmesi

Karşılaştırmalı hukukta velayetin birlikte kullanılmasına ilişkin düzenlemelere son 20 yıldır yer verildiği görülmektedir. Örneğin Almanya'da 1997, İsviçre'de 2000, Avusturya'da ise 2001 yıllarında birlikte velayet kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Söz konusu düzenlemelerin ilk halle-

<sup>1</sup> Natalie Nikolina, "Divided Parents, Shared Children", United Kingdom 2015, s.

rinde birlikte velayete istisna olarak yer verilmiştir. Birlikte velayetin, kural olarak ve ebeveynlerin medeni hallerinden bağımsız bir şekilde kabul edilmesi sırasıyla, 2013'te Almanya ve Avusturya, 2014'te ise İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleşmiştir<sup>2</sup>. Görüldüğü üzere, Alman hukuk çevresinde birlikte velayet hemen kural olarak benimsenmemiş; başlangıçta istisna olarak düzenlenmiş ve eksiklikleri tespit edilerek zaman içinde günümüzdeki halini almıştır.

Esasen birlikte velayetin kural ya da istisna olarak uygulanması arasındaki fark, ebeveynler tarafından yerine getirilmesi gereken bazı koşulların varlığı ile ilgilidir. Önceleri birlikte velayeti istisna olarak benimseyen Almanya, İsviçre gibi bazı ülkelerde, boşandıktan sonra ebeveynlerin velayeti birlikte kullanabilmeleri; *“ortak talepte bulunmaları”*, *“çocuğun bakımı ve bakım giderleri hakkında anlaşma yapmaları”* ve *“çocuğun üstün yararına uygunsuz anlaşmanın hakim tarafından onaylanması”* gibi koşullara bağlıydı. Başka bir deyişle, evlilik birliği devam ederken velayeti birlikte kullanan ebeveynler, evlilik birliği sona erdiği takdirde, velayeti birlikte kullanabilmek için söz konusu koşulları yerine getirmeliydi.<sup>3</sup> Avrupa'da birlikte velayetin kural olarak benimsenmesi,

126 vd.; Fulya Erlüle, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara 2019, s. 159 vd.

<sup>2</sup> Philippe Meier, “L'autorité parentale conjointe- L'arrê de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne- quels effets sur le droit suisse?”, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze, ISSN. 1664-2007, s. 254; Bahar Öcal Apaydın, “İsviçre Medeni Kanunu'nun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi HFD, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s.643; Erlüle, s. 159; Messaggio concernente una modifica del Codice civile svizzero (Autorità parentale), FF 2011 8025, (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/1580/it>, E.T. 01.11.2021). s. 8038.

<sup>3</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004, s. 15; Martin Widrig, “Elterliche Sorge- ein Grundrecht? Das Diskriminierungsverbot, der Anspruch auf Achtung des Familienlebens und die Revision Law, Jusletter, 23. Juli 2012, s. 1-12, s. 2; Jérôme Delabays, “Autorité Parentale, Droit de Visite et Procédures, Quelques Jurisprudences Récentes”, Symposium zum Familienrecht, Droit de la Famille et Nouvelle Procédure 6e Symposium en Droit de La Famille, Y. 2012, s. 9; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Ingeborg Schwenger/Tomie Keller, “New Rules on Parental Responsibility in Switzerland (New Rules)”, The International Survey of Family Law, Yıl. 2014, s. 460; Sarah Schläppi, “Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall”, s.1 ([https://bracherpartner.ch/fileadmin/user\\_upload/bracherpartner/publikationen/ Gemeinsame\\_elterliche\\_Sorge\\_als\\_Regelfall.pdf](https://bracherpartner.ch/fileadmin/user_upload/bracherpartner/publikationen/Gemeinsame_elterliche_Sorge_als_Regelfall.pdf), E.T. 01.11.2021); Fischer Rechtsanwältin, “Rechtsanwältin, Aus Dem Themengebiet: Scheidungsrecht Merkblatt Einführung Der Gemeinsamen Elterlichen Sorge Als Regel- Fall (AB 1. Juli 2014)”, s. 1 ([www.fischer-rechtsanwaelte.ch](http://www.fischer-rechtsanwaelte.ch), E.T. 01.11.2021); Andrea Büchler/

velayetin evlilik birliğinin devamıyla doğrudan ilgili olmadığı düşüncesinin yaygınlaşması ve söz konusu koşullardan bazılarının AİHM tarafından AİHS'nin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulunması ile gerçekleşti.<sup>4</sup>

Birlikte velayeti kural olarak benimseyen ülkelerin düzenlemelerinde farklı yöntemlerin kabul edildiği görülmektedir. Örneğin İsviçre'de ebeveynler evli olsun ya da olmasın, ZGB'nin 296. maddesi gereği, kural olarak birlikte velayet, her iki ebeveyn için de geçerlidir.<sup>5</sup> Ancak, birlikte velayetin kural olarak benimsenmesi, onun kendiliğinden gerçekleşmesi için yeterli değildir. Ayrıca bir mahkeme kararına da ihtiyaç vardır.<sup>6</sup> Zira mahkeme, boşanan eşler bakımından birlikte velayete karar verirken; velayetin kapsamını, çocuğun yerleşim yerini, ana ve babanın çocuğun bakımına katkı oranlarını ve çocukla kişisel ilişki kurulması gibi hususları da düzenlemektedir (ZGB m. 133/1).<sup>7</sup> Söz konusu düzenlemelerde çocuğun üstün yararı öncelikli gözetilmek koşuluyla<sup>8</sup> (ZGB m. 133/2) ebeveynlerin ortak önerisi ve mümkünse çocuğun görüşleri de dikkate alınmaktadır (ZGB m. 133/2 c. 2).<sup>9</sup>

---

Sandro Clausen, "Die elterliche Sorge- Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung", *FamPra*, (1): 1-35; 2018, s. 2; Nurten İnce, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet", *TAAD*, Y. 9, S. 34, Nisan 2018, s. 204; Linus Cantieni/Yvo Biderbost, "Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) - Erste Erfahrungen und Klippen", *FamPra.ch* 2015, S. 771, s. 771-796, s. 772; Urs Gloor/Barbara Umbricht Lukas, "Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen Für die Praxis", *FHB - Fachhandbuch*, s. 486; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 643; Erlüle, s. 208- 211; Özge Uzun Kazmacı, "Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması", *Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı- III, KHÜHFD*, 1 Haziran 2018, C.6, S., s. 178.

<sup>4</sup> Federal Mahkeme kararlarında da söz konusu koşullar eleştirilmekteydi (BGer 5C\_11/ 2006, T. 09.02.2007). Ayrıca bkz. Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 2; İnce, s. 204; B. Apaydın, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 638.

<sup>5</sup> Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9092; Kudret Güven, "Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişki-de Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, Ocak 2018, s. 19; İnce, s. 205; B. Apaydın, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 635; Schwenger/Keller, *New Rules*, s. 459.

<sup>6</sup> Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 2.

<sup>7</sup> Schwenger/Keller, *New Rules*, s. 460.

<sup>8</sup> Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011), s. 9078; Schwenger/Keller, *New Rules*, s. 460; Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 2.

<sup>9</sup> Schwenger/Keller, *New Rules*, s. 460; Delabays, s. 179.

Buna rağmen, çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa mahkeme, velayeti ana veya babadan birine verebilir (ZGB m. 298/1).<sup>10</sup>

Evli olmayan ebeveynler bakımından ise, birlikte velayet “kural olarak” benimsenmemiştir. Bunun için birtakım koşulların varlığı aranır. Öncelikli olarak, çocuk ve babası arasında tanıma ya da babalık hükmü ile yasal bir soybağı kurulması gerekir.<sup>11</sup> Ardından ana ve babanın ortak iradelerine yani anlaşmalarına dayalı olarak, birlikte velayet sorumluluğu oluşturulabilir (ZGB m. 298a/1).<sup>12</sup> Ana ve baba anlaşmalarında; çocuğun ortak sorumluluğunu üstlenmeye hazır olduklarını, çocuğun bakımına ve velayete ilişkin görevlerin paylaşımına olan katkılarını beyan ederler (ZGB m. 298a/2).<sup>13</sup> Bu koşulların yerine getirilmemesi halinde ana, velayeti tek başına kullanır (ZGB m. 298a/5). Ebeveynlerin anlaşamaması ihtimalinde ise, birlikte velayetin tek başına baba tarafından da talep edilebilmesi mümkündür (ZGB m. 298b/1).

Alman hukukunda ise, kural, boşanmadan sonra velayetin birlikte kullanılması iken; tek başına velayet istisnadır.<sup>14</sup> Eşler, İsviçre hukukundan farklı olarak, mahkeme kararı gerekmeksizin, boşandıktan sonra kendiliğinden velayeti birlikte kullanmaya devam ederler.<sup>15</sup> Ayrıca, çocuğun üstün yararı varsa mahkeme, taraflardan birinin sonradan başvurması üzerine de birlikte velayete karar verebilir.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 2; Martin, s. 3; Ünsal Dönmez/Taylan Barın, “Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 185.

<sup>11</sup> Andrea Büchler/Luca Maranta, “Das neue Recht der elterlichen Sorge Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden”, in: *Jusletter* 11, August 2014, s. 4, 5; Martin, s. 3; Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, “Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Eheschliessung, Scheidung, allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht”, *Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft*, 2010, s. 297; Tuba Birinci Uzun, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, *Hacettepe HFD*, C. 6, S. 1, Y. 2016, s. 160; Schwenzner/Keller, *New Rules*, s. 462.

<sup>12</sup> Gloor/Lukas, s. 488; Martin, s. 3; Uzun, s. 160; Schwenzner/Keller, *New Rules*, s. 462; Andreas Bucher, “Autorité Parentale Conjointe Dans Le Contexte Suisse Et International / III.-Bibliographie”, *Symposium Zum Familienrecht, La famille Dans Les 2013 Elterliche Sorge*, s. 20.

<sup>13</sup> Gloor/Lukas, s. 488; B. Apaydın, *İsviçre Medeni Kanunu*, s. 645; Uzun, s. 160.

<sup>14</sup> Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, B. 2, Ankara 2012, s. 231; Andreas T. Hanke, “Custody and Visitation Rights in Germany after the Decisions of the European Court on Human Rights”, *45 Fam. L.Q.* 353 (2011), s. 356.

<sup>15</sup> Uzun, s. 155.

<sup>16</sup> Luise Hauschild, “Reforming the Law on Parental Responsibility, The Internatio-



Evli olmayan ebeveynler bakımından ise, kural olarak velayet anaya aittir. Ana ve babanın velayeti birlikte kullanabilmeleri, BGB § 1626a/1'de yer alan koşulların varlığına bağlıdır.<sup>17</sup> Hükme göre ebeveynler, anlaşmaları, birbirleriyle evlenmeleri ya da aile mahkemesi tarafından birlikte velayete karar verilmesi hallerinde, velayeti birlikte kullanabilirler. Burada da aslolan çocuğun üstün yararadır (BGB § 1626/2).<sup>18</sup>

Almanya'da olduğu gibi; Fransa, Hollanda, İtalya, İngiltere, İspanya, İsveç, Norveç, Danimarka, Belçika ve Rusya'da da kural olarak birlikte velayet kendiliğinden devam etmektedir.<sup>19</sup> Bu ülkelerde "*ortak talep*", "*ebeveynlerin anlaşması*" gibi geçmişte zorunlu olarak düzenlenen koşullardan vazgeçilmiştir. Örneğin, Fransız hukukunda, söz konusu koşullar, "*göz önüne alınması gereken esaslar*" şeklinde yer almaktadır. Hollanda hukukunda ise koşulların yerini, yalnızca ebeveynlik planı yapılması gereği almıştır. İngiltere'de de "*ebeveynlerin anlaşması*" ya da "*mahkemeye birlikte başvurma*" gibi koşullar yalnızca evlilik dışı ilişkiler bakımından kabul edilmiştir.<sup>20</sup>

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, boşanmada birlikte velayeti kabul eden çoğu ülkenin, günümüzde birlikte velayeti kural olarak uyguladığı, geçmişte istisna olarak kabul ettiği düzenlemelerden vazgeçtiği ve ebeveynler bakımından zorunlu koşulları kaldırarak, yalnızca bazı hususların dikkate alınması gerektiğine ilişkin düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. Birlikte velayetin istisna olarak uygulanması, başka bir deyişle, birlikte velayet kararı verilebilmesi için bazı zorunlu koşulların aranması ise, çoğunlukla evlilik dışı doğan çocuklar bakımından söz konusu olmaktadır.

nall Survival Family Law (2014), s. 149.

<sup>17</sup> J. Von Staudingers, "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts" (Dr. Reinhard Voppel Rechtsanwalt in Köln), Berlin 2008, s. 1116; Hanke, s. 356; Hauschild, s. 148.

<sup>18</sup> Staudingers, s. 1116.

<sup>19</sup> Erlüle, s. 180.

<sup>20</sup> Common Law hukuk sisteminde yer alan bir diğer ülke, ABD'de ise bazı eyaletler hariç birlikte velayet için ortak talepte bulunma ya da anlaşma yapma gibi koşullar aranmamaktadır. Çocuğun geleceğini korumak ve iş birliğini sağlayabilmek için ebeveynleri plan yapmaya teşvik söz konusudur. Avustralya'da da anlaşma koşulu yer almazken, çocuğun yararı gözetilerek hakime birlikte velayet yerine alternatif olarak eşit zaman geçirilmesine karar verme yetkisi tanınmaktadır.

## 2. Türk Hukukunda Boşanmadan Sonra veya Evlilik Dışı İlişkilerde Birlikte Velayetin “Kural ya da İstisna Olarak Uygulanması” Hakkında İleri Sürülen Görüşlerin Değerlendirilmesi

Evlilik birliğinin sona erdiği hallerde ve evlilik dışı ilişkilerde henüz birlikte velayete ilişkin yasal bir düzenlemenin olmayışı, birlikte velayetin Türk hukukunda kural mı yoksa istisna olarak mı düzenlenmesi gerektiği hakkında farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır.

Karaca, Türk hukukunda birlikte velayetin, İsviçre Medeni Kanunu’nda önceden olduğu gibi, istisna olarak kabul edilmesini, hakim ancak ana ve babanın ortak talebi bulunduğu takdirde birlikte velayete karar verilebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>21</sup>

Gençcan’a göre, boşanmada birlikte velayet asıl, velayetin ebeveynlerden birine verilmesi ise istisnadır.<sup>22</sup>

Doktrinde Koçhisarlıoğlu ise, birlikte velayetin kural, tek başına velayetin ise istisna olarak düzenlenmesini savunmaktadır. Başka bir deyişle, evliliğin sona erdiği hallerde ebeveynler kural olarak, velayeti birlikte kullanmaya devam etmelidir. Ancak hakim, çocuğun yararına daha uygun olduğu kanaatindeyse velayeti eşlerden birine de bırakabilir.<sup>23</sup>

Erlüle’ye göre, gerek uluslararası sözleşme maddeleri (AİHS m.8, ÇHS m. 18/1, 7/1), gerekse de Anayasa’nın ilgili 20. ve 41. maddelerinde yer alan “*aile hayatına saygı*”, “*eşitlik*”, “*ayrımçılık yasağı*” ve “*çocuğun yararı*” gibi ilkeler gereği, birlikte velayetin kural olarak kabul edilmesi daha uygundur.<sup>24</sup>

Güven, AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesine göre, eşler çocuk üzerinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğundan, evliliğin sona ermesi halinde de kural olarak (re’sen) birlikte velayete hükmedilmesi gerektiğini ifade eder. Yazara göre, taraflar arasında anlaş-

<sup>21</sup> Hilal Karaca, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, Ankara 2015, s. 81.

<sup>22</sup> Ömer Uğur Gençcan, “Ortak Velayet”, *İzmir Barosu Dergisi* 8 Mart 2017 Özel Sayısı, (<http://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozelbulten20173813332417.pdf>), E.T. 29.07. 2018), s. 26.

<sup>23</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 45.

<sup>24</sup> Erlüle, s. 338- 340.

mazlık çıkması ihtimalinde; istisna olarak velayetin ana veya babadan birine verilmesi söz konusu olabilir.<sup>25</sup>

Türk hukuk doktrininde Kurt, birlikte velayette kural ya da istisna ayırımına gidilmesi halinde, hakimin takdir yetkisinin sınırlanacağına işaret etmektedir. Yazara göre, boşanmada birlikte velayet, ana ve baba arasında şiddetli bir çatışmanın ya da aile içi şiddetin söz konusu olmadığı hallerde, tek başına velayete nazaran çocuğun daha fazla menfaatindedir. Bu nedenle boşanmada birlikte velayetin kural, tek başına velayetin ise istisna olarak uygulanması gerektiğinin peşinen söylenmesi doğru olmaz. Buna rağmen, tek başına velayete kolaylıkla hükmedilmemesi, bu konuda titiz davranılması da şarttır. Ancak bu durum velayet türleri arasında kural ya da istisna ilişkisi kurulmasını da gerektirmez. Hakim, somut olayın özelliklerine göre, birlikte velayete ya da tek başına velayete karar verebilmelidir.<sup>26</sup>

Öte yandan Kurt, kanuni düzenlemelerin her ülkenin kendi sosyo-kültürel şartların göz önünde tutularak yapılması gerektiğine, birlikte velayetin sağlıklı bir biçimde uygulanmasına engel olabilecek etkenlerin (özellikle de aile içi şiddet, ebeveynlerin çatışmayı sonlandıramama veya medeni ilişki sağlayamama gibi faktörlerin) ülkeden ülkeye değişiklik arz edebileceğine ve bu nedenle, çoğu Avrupa ülkesinin birlikte velayeti kural, tek başına velayeti ise istisna olarak düzenlemesinin, Türk hukuku açısından da aynı sonuca varılmasını gerektirmeyeceğine işaret etmektedir. Yazara göre, boşanmada birlikte velayet ile tek başına velayet arasında kural ya da istisna ilişkisi kurulmaksızın, somut olayda birlikte velayetin mümkün olduğu durumlarda, bu imkanın ana-babadan ve özellikle de çocuktan esirgememesi gerekir.<sup>27</sup>

Biz de Kurt'un görüşüne katılarak, ülkemizde birlikte velayetin nasıl uygulanacağı konusunda "*kural*" ya da "*istisna*" ayırımı yapılmaksızın, somut olaya göre karar verme yetkisinin hakimin takdirine bırakılması gerektiği kanaatindeyiz.<sup>28</sup> Kastedilen, hakimin sınırsız bir

<sup>25</sup> Aydın Güven, "Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet (Ortak Velayet)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 3, Y. 2017, s. 119-131, s. 127.

<sup>26</sup> Leyla Müjde Kurt, "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet", İnönü Üniversitesi HFD, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 175.

<sup>27</sup> Kurt, s. 175.

<sup>28</sup> Bilge Öztan, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", Prof. Dr.

takdir yetkisine sahip olması değildir. Hakim, çocuğun üstün yararını gözetmek kaydıyla ve mümkünse ana-baba ve çocuğu da dinleyip görüşlerini aldıktan sonra, her somut olayın özelliğine göre, velayetin birlikte ya da tek başına kullanılmasına karar verebilmelidir.

Kurt'un da ifade ettiği gibi, karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerin Türk hukukunda da aynen benimsenmesi hakkaniyete uygun sonuçlar vermeyebilir. Bu noktada her ülkenin örf ve adetlerinin, hukuk düzeninin, sosyo-kültürel yapısının ve gereksinimlerinin birbirinden farklı olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında, birlikte velayetin kural olarak kabul edilmesi, Türk Medeni Kanunu bakımından bir zorunluluk doğurmaz. Hakim, aile içi şiddet, madde bağımlılığı, ahlaksız yaşam sürdürülmesi, ebeveynler arasında sürekli bir çatışmanın varlığı gibi olguları göz önünde bulundurarak tek başına velayete karar verebilmelidir. Ancak bu durum ne birlikte velayetin kural ne de tek başına velayetin istisna olduğunu gösterir. Zira hakim her olayı ayrıca değerlendirip velayetin ne şekilde kullanılacağına karar vermelidir. Yine de hakimin birlikte velayete karar verirken dikkate alması gerektiği bazı esasların kanun koyucu tarafından belirlenmesi, uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından önemlidir.

## II. BOŞANMADAN SONRA VEYA EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLERDE BİRLİKTE VELAYETE KARAR VERİRKEN HAKİMİN DİKKATE ALABİLECEĞİ BAZI ESASLARIN BELİRLENMESİ

### 1. Genel Olarak

Yukarıda da izah edildiği üzere, karşılaştırmalı hukukta birlikte velayeti benimseyen bazı ülkelerin düzenlemelerinde, birlikte velayet kararı verilebilmesi için birtakım koşulların varlığı aranırken, bazı ülkelerde herhangi bir koşulun gözetilmediği, diğerlerinde ise koşullardan ziyade "göz önünde tutulması gereken esaslar" gibi başlıklarla birlikte velayet kararlarında hakime yol gösterici bazı hususlara yer verildiği görülmektedir. Ülkemizde ise, revizyona gidildiği takdirde, birlikte

---

Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 251- 260, s. 259, 260; Uzun, s. 158; Yeliz Yücel, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, İstanbul 2018, s. 132.

velayet kararı verilebilmesi için koşullar getirmek yerine, bizce “*dikkate alınması gereken esaslar*” gibi başlıklarla, bazı hususların ön plana çıkarılması uygun olabilir. Aşağıda bu esasların neler olabileceği yönünde önerilerimiz yer almaktadır.

## 2. Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin ve Birlikte Velayete Hakim Olan Diğer İlkelerin Gözetilmesi

### a) Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Gözetilmesi

Çoğu ülkede, velayete hakim olan ilkelerin başında, çocuğun üstün yararı ilkesi gelir. Üstün yarar ilkesi, çocuk hukuku bakımından temel ve çocuğun korunmasında en üst noktada yer alan bir kuraldır.<sup>29</sup> Buna rağmen, üstün yarar ilkesi ne ÇHS’de ne de kanunlarımızda tanımlanmıştır.<sup>30</sup> İlkenin tanımlanmamış olması, esasen sosyal bilimlerin değişen ve gelişen verilerine göre yorumlanmasına ve içeriğinin oluşturulmasına imkan vermektedir.<sup>31</sup> Doktrinde ise çocuğun üstün yararı çeşitli şekillerde açıklanmaktadır. Genel olarak tanımlarsak; üstün yarar ilkesinden, çocuklarla ilgili kararlar alınması veya eylemler yapılması gerektiğinde, çocuğun menfaatlerinin üstün tutulması, korunması gerektiği anlaşılmalıdır.<sup>32</sup> Başka bir deyişle, küçüğün yararının korunması ve geleceğinin güvence altına alınmasıdır.<sup>33</sup> Nitekim çocuğun üstün yararı, kısa vadede çıkarlarının gözetilmesi değil, uzun

<sup>29</sup> Sera Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, İstanbul 2020, s. 123. Ayrıca bkz. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1979; s. 430; Elif Naz Köse, “Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenilmesine Kısa Bir Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 6, Y. 2017, s. 152; Öztan, Aile Hukuku, s. 1137; Özder Özer Taşkın, Velayette Çocuğun Üstün Yararı, (Danışmanı: Doç. Dr. Nuri Erişgin), Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2006, s. 13 vd.

<sup>30</sup> Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair BMMYK Kılavuzunda “Çocuğun yüksek yararı” terimi “genel olarak bir çocuğun esenliğini ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır (BMMYK Kılavuz İlkeleri, s. 11).

<sup>31</sup> Emine Akyüz, “Çocuk Güvenliği İlkesi Işığında Korunmaya Muhtaç Çocuklar”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Y. 1980, S. 2, C. 24, s. 710.

<sup>32</sup> Nikolina, s. 40. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 67; Öztan, Aile Hukuku, s. 1137; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, B. 1, İstanbul 2010, s. 272; Gülçin Elçin Grassinger, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s. 823- 846, s. 827.

<sup>33</sup> Yarg. HGK. E. 2011/2-547, K. 2011/695, T. 23.11.2011 (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=34787>, E.T. 15.11.2018). Sevgi Usta, Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s. 137; Köseoğlu/Kocağa, s. 443.

vadede gelişimini ve çıkarlarına uygun yetiştirilmesini garanti altına almayı amaçlar.<sup>34</sup> Bu hususta üstün yarar dikkate alınırken, çocuğun uzun vadede bedeni, fikri, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacı gözetilmelidir.<sup>35</sup> Nitekim çocuğun, huzurlu ve düzenli bir aile ortamında, ana ve babanın ilgi ve şefkatiyle yetiştirilmesi menfaatinedir.<sup>36</sup> Bu kapsamda ana ve babanın birincil görevi, çocuğu güvenilir, fiziki ve psikolojik bir zarara uğramayacağından emin olduğu bir aile<sup>37</sup> ortamında yetiştirmektir.<sup>38</sup>

Çocuğun üstün yararı ilkesi, velayet düzenlenirken, velayetin kullanılmasından, çocuğun eğitime, temsiline, velayetin ana veya babadan birine ya da her ikisine de tevdi sorunundan, kişisel ilişkinin düzenlenmesine kadar daha birçok çekişmede öncelikle göz önüne alınması gereken temel bir ilkedir.<sup>39</sup> TMK'da, boşanmada, ayrılık

<sup>34</sup> Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 48; Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2017, s. 26; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 66; Erdem, s. 172; Karaca, s. 84; Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", Prof. Dr. Şener Akyola'a Armağan, İstanbul 2011, s. 1- 75, s. 3.

<sup>35</sup> Yarg. 2. H.D. E. 2015/624866, K. 2017/3581, T. 30.03.2017 (Ruhi/Ruhi, s. 25); ayrıca bkz. Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 48; Öztan, Aile Hukuku, s. 1081; S. Çelikel, Boşanma, s. 36; Şimşek, s. 11; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 65, 66; Karaca, s. 84; Usta, s. 138; Yeşim Öztürkmen İcan, Hakimın Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, (Danışmanı: Prof. Dr. Erkan Perşembe), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi Samsun 2015, s. 72.

<sup>36</sup> Baygın, s. 272; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 412.

<sup>37</sup> Aile, mutlaka evlilik birliği ile kurulmamaktadır. Aile, evli olsun ya da olmasın ebeveynlerin çocuklarıyla aralarında kurdukları ilişki, başka bir ifadeyle kurdukları bir bağıdır. Bu bağ aynı evin içinde yaşamayı gerektirmez, ancak evlilik birliği ve bir evin içindeki yaşam, ailenin tanımı için bir karedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Anne Reiser, "Autorité Parentale, Garde, Relations Personnelles, Comment Obtenir L'exécution Des Jugements, De Lege Lata? / I.-II.", Symposium Zum Familienrecht, Droit de La Famille Et Nouvelle Procédure 6e, Symposium En Droit de La Famille, 2012, s. 197-219.

<sup>38</sup> Reiser, s. 213; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20.

<sup>39</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1; TMK m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b. Ayrıca bkz. Serozan, Çocuk Hukuku, s. 66; Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", Prof. Dr. Şener Akyola'a Armağan, İstanbul 2011, s. 1- 75, s. 11, 12. "Müşterek çocuk 14.10.2002 doğumludur. Velayetin tevdiinde çocuğun yararının öncelikle göz önünde bulundurulması gerekir." (Yarg. 2. H.D. T. 28.04.2010, 6837/8472, Gençcan, Velayet Hukuku, s. 159). Bunun yanında, TMK'da velayete ilişkin düzenlemelerde salt çocuğun yararı değil, ana ve babanın çocuk üzerindeki hakimiyetine ya da haklarına da yer verilmektedir.



ya da evlilik dışı birlikteliklerde velayetin yalnızca ana veya babadan birine bırakılacağı düzenlenmektedir (TMK 335 vd.). Bu düzenleme, her durumda çocuğun üstün yararına uygun düşmeyebilir. Nitekim velayet tevdi edilirken, ana ve babanın menfaatlerinden çok, çocuğun uzun vadedeki gelişimi ve yetiştirilmesi dikkate alınmalıdır.<sup>40</sup> Bu hususta çocuğun yararı, ana ve babasının isteklerinden ya da ana babalık duygularından daha önce gelir.<sup>41</sup> Muhakkak, ana ve babanın yararı da önemlidir. Ancak, ana ve babanın yararı; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur.<sup>42</sup> Nitekim çocuğun üstün yararının gözetilmesine ilişkin düzenlemeler, ana veya babanın cezalandırılmasını değil, çocuğun korunmasını amaçlar.<sup>43</sup> Önemli olan, çocuğun gelişimi ve geleceğinin tehlikeye düşmesini engellemektir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda, velayetin ana veya babadan birine bırakılmasına ilişkin düzenlemelerde çocuğun yararının yeteri kadar gözetilmediği gerekçesiyle, 2014 yılında reforma gidilmiştir.<sup>44</sup> Reformun gerekçesinde, temel amacın çocuğun üstün yararının korunması olduğu açıkça zikredilmektedir.<sup>45</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de bir ka-

---

Örneğin, TMK m. 339/ II de çocuğun ana ve babasının sözünü dinleme yükümlülüğünde ya da aynı maddenin son fıkrasında yer alan çocuğun adını koyma hakkında durum böyledir.

<sup>40</sup> Öztan, Aile Hukuku, s. 779; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 48; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 65.

<sup>41</sup> Yarg. 2. H.D, T. 08.10.2015, E. 2015/16656, K. 2015/17893, "Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün yararı dikkate alınmalıdır. Küçük Furkan 1999 doğumludur. Kendisinde zekâ geriliği de bulunmaktadır. Hala ana bakım şefkatine de muhtaçtır. Ananın velayet görevini de kötüye kullandığına dair bir delil bulunmamaktadır. Baba küçüğü Erzincan'da ailesi yanına bırakıp Fatsa'ya gitmiştir. Furkan'a gerekli ilgiyi gösteremeyeceği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (Yarg. 2 H.D., T. 29.05.2007, 13787/9038, Gençcan, Velayet Hukuku, s. 159); "Velayet düzenlenirken, analık babalık duygularından önce çocuğun bedeni ve fikri gelişimi dikkate alınmalıdır." (Yarg. 2. H.D. 04.05.2010, 7300/889, Gençcan, Velayet Hukuku, s. 159). Ayrıca bkz, Feyzioğlu, s. 430; Gülgösteren, s. 159; Abik, s. 18, 19.

<sup>42</sup> Nikolina, Shared Children, s. 40; Şimşek, s. 73; Taşkın, s. 109. Yarg. HGK, T. 23.11.2011, E. 2011/2-547, K. 2011/695, ayrıca bkz. (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=34787>, E.T. 21.11.2018).

<sup>43</sup> Öztan, Aile Hukuku, s. 1137; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 434; Akkışla, s. 29.

<sup>44</sup> B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 636; Schwenzler/Keller, New Rules, s. 458; Bucher, Elterliche Sorge, s. 12.

<sup>45</sup> FF 2011 8025, s. 8040



rarında, velayetin düzenlenmesindeki esas gayenin, çocuğun fiziksel ve psikolojik yararı olduğunu ifade etmektedir.<sup>46</sup> Bu nedenle, İsviçre’de velayetin birlikte kullanılması kural, tek başına velayet ise istisna olarak kabul edilmektedir. Burada kastedilen, birlikte velayetin her durumda çocuğun yararına uygun olduğu değildir.<sup>47</sup> Somut olay titiz bir şekilde incelenerek, birlikte velayette çocuğun yararı hususu ayrıca araştırılmalıdır.<sup>48</sup> Zira velayete ilişkin düzenlemelerde en önemli ölçüt çocuğun yararının dikkate alınmasıdır.<sup>49</sup> Bu yararın nerede veya hangi çözümde olduğunun tespiti, gerekli ve yeterli bir araştırmanın sonucunda hakimın takdirindedir.

Geçmişte velayetin ana veya babadan birine verilmesinin çocuğun üstün yararına daha uygun bir çözüm olduğu düşünülürken, günümüzde duruma göre birlikte velayetin çocuğun daha yararına olduğu görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir.<sup>50</sup> Akıntürk’ün de ifade ettiği üzere, mevcut düzenlemede dikkate alınabilecek yazılı bir kriter bulunmamakla beraber, bilinen tek kriter çocuğun üstün yararı kriteridir.<sup>51</sup> Bu nedenle, çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde hakim, birlikte velayete ya da tek başına velayete karar verebilmelidir. Hakim bu konuda takdir yetkisi bulunmalıdır.<sup>52</sup> Ülkemizde ilk kez 2009 yılında, çocuğun üstün yararı gerekçe gösterilerek, İzmir Aile Mahkemesi tarafından birlikte velayete karar verilmiştir.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> Ayrıca, Federal Mahkeme’nin aynı kararında, velayetin yalnızca ana veya babadan birine verilmesinin de diğer ebeveyn açısından aile hayatına saygı ilkesinin ihlali anlamına geldiği ifade edilmektedir. BGer 5P\_103 / 2004, 07.07.2004 (Reiser, s. 211, 212.). Ayrıca bkz. Meier, s. 250.

<sup>47</sup> İsviçre Federal Mahkemesi’nin ebeveynler arasında iletişim kopukluğunun ve anlaşmazlığın devam ettiğini ve bu anlaşmazlığın çocuğun çıkarlarını zedelediğini tespit ettiği davalarda, velayetin taraflardan birine tevdisine karar verildiği görülmektedir. BGer 5A\_923/2014, 27.08.2015 Nr. 4. 4, 4. 6, 4. 7, (Swisslex, E.T. 08.08.2018).

<sup>48</sup> Hatta, anlaşmalı boşanmada hazırlanan protokolde yer alan hükümler de hakim tarafından denetlenmeli, çocuğun yararı ilkesine aykırı düşüyorsa hakim sözleşmeyi onaylamamalı, bu hükümler değiştirilmedikçe anlaşmalı boşanmaya hükmetmemelidir (Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, B. 5, İstanbul 2016, s. 129).

<sup>49</sup> Öztan, Aile Hukuku, s. 778; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 212; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 24, 25.

<sup>50</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 39.

<sup>51</sup> Akıntürk/Ateş, s. 311.

<sup>52</sup> Çocuğun menfaatleri gerektiriyorsa, velayeti talep etmeyen tarafa bile velayetin bırakılabileceği ileri sürülmektedir (Öztan, Aile Hukuku, s. 779).

<sup>53</sup> İzmir 4. Aile Mahkemesi T. 27.05.2009, E. 2009/448, K. 2009/470.

Çocuğun üstün yararı, çocuk bakımından bir hak değil, çocuk haklarının uygulanabilmesi bakımından bir yol göstericidir.<sup>54</sup> Bu itibarla, boşanmalarda her zaman sonuç çocuğun üstün yararına en uygun çözüm olmalıdır.<sup>55</sup> Hakim, birlikte velayet kararının çocuk açısından doğuracağı avantaj ve dezavantajları birlikte değerlendirerek en uygun kararı vermelidir.<sup>56</sup> Örneğin, çocuğun ciddi bir hastalık geçirdiği ve maddi-manevi bakıma muhtaç olduğu bir dönemde birlikte velayete karar vermesi çocuğun yararınıdır.<sup>57</sup> Bunun yanında, çocuğun ana ve babası arasında bir çekişme aracı olarak kullanıldığı, ebeveynlerin savaşlarını çocuk üzerinden sürdürdüğü durumlarda birlikte velayetin reddedilmesi söz konusu olabilir. Aynı zamanda, ana ve babanın birlikte velayeti talep etmelerine rağmen, çocuğun yetiştirilmesi konusunda farklı bakış açılarına sahip olmaları, çocuğun geleceğine ilişkin farklı planları yürütmeleri ya da ebeveynlerden birinin çocuğu yetiştirme kabiliyetine sahip olmaması gibi durumlarda da birlikte velayetin çocuğun yararına olmadığı söylenebilir.<sup>58</sup> Bu nedenle, ana ve babanın birlikte velayete ilişkin talepleri, çocuğun yararına hizmet ettiği ölçüde önemlidir.<sup>59</sup>

Çocuğun üstün yararı, velayetin birden fazla kardeş için söz konusu olduğu hallerde, her çocuk için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.<sup>60</sup> Hakim, velayetin tevdiine ve çocuğun üstün yararının tespitine ilişkin karar verirken, bilimsel verilerden ve uzmanlardan destek almalıdır.<sup>61</sup>

### **b) Birlikte Velayete Hakim Olan Diğer İlkelerin Gözetilmesi**

Birlikte velayete hakim olan ilkelerin başında çocuğun üstün yararı gelir. Ancak, çocuğun görüşünün alınması ve çocuğun güvenliği ilkeleri de çocuğun yararı ilkesi kadar önemlidir. Bu nedenle hakim,

<sup>54</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 66.

<sup>55</sup> Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 3; Büchler/Clausen, *Art. 298*, s. 418, 419.

<sup>56</sup> Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 3.

<sup>57</sup> K. Güven, *Son Nokta: Ortak Velayet*, s. 54.

<sup>58</sup> Erlüle, s. 215.

<sup>59</sup> Ariel Ayanna, "From Children's Interests to Parental Responsibility: Degendering Parenthood Through Custodial Obligation", 19 *UCLA Women's L.J.* 1, 60 (2012), s. 22; K. Güven, *Son Nokta: Ortak Velayet*, s. 20.

<sup>60</sup> Gülgösteren, s.165; Usta, s. 142.

<sup>61</sup> Oğuz Polat/Evin Göldoğan, "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 118, Y. 2015, s. 243-254.

birlikte velayete karar verirken çocuğun görüşlerini dikkate almalı ve onun güvenliği için hangi kararın daha iyi olacağı kanaatindeyse, ona uygun karar vermelidir.

Çocuğun görüşlerinin alınması, aynı zamanda çocuğun üstün yararı ilkesinin de bir gereğidir. Hakim, birlikte velayete karar vermeden önce, çocuğu dinlemeli ve olgunluğu ölçüsünde görüşlerini dikkate almalıdır.<sup>62</sup> Çocuğun yaşının büyüklüğü ve fikirlerindeki olgunluk, çocuğun kararlarına değer verilmesi bakımından önemlidir.<sup>63</sup> Çocuğun muhakeme gücü geliştikçe, hakimın onun üstün yararını gözetmesi gereği azalacaktır.<sup>64</sup> Çünkü çocuk, kendisi için neyin daha iyi olduğunu karar verebilecektir.

Hukukumuz bakımından çocuğun görüşünün alınması ilkesinin düzenlendiği tek hüküm TMK'nın 339/3. maddesidir. Anılan hükümdede, ana ve babanın olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanımları ve önemli konularda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, velayetin kullanılmasında çocuğun katılımının sağlanması; haya-

<sup>62</sup> Çocuğun görüşünün alınması ilkesi, tıpkı çocuğun üstün yararı ilkesi gibi, uluslararası belgelerde kabul edilen temel bir ilkedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi, "Taraflar 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. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır" şeklinde düzenlenmiştir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinde ise, "Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğa bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir: a) İlgili tüm bilgileri almak; b) Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek; c) Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek." hükmü ile çocuğa, davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkı tanınmaktadır. Ayrıca, aynı Sözleşme'nin 6. maddesinde, "b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, .....çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir. c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir." hükümleri yer alır.

<sup>63</sup> Büchler/Clausen, *Die elterliche Sorge*, s. 4; Baygın, s. 273; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 354; S. Çelikel, Boşanma, s. 86, 87, K. Güven, *Son Nokta: Ortak Velayet*, s. 46, 47; Köse, s. 143; Delabays, s. 180; Şimşek, s. 14; Özmen, s. 36; Usta, s. 158.

<sup>64</sup> Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 53.

tını düzenleme bakımından okul seçimi, mesleki ve dini eğitimi gibi önemli konularda, olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşüne başvurulması ve görüşlerinin dikkate alınması gerekmektedir.<sup>65</sup>

Yaşı ve idrak kabiliyeti düşük bir çocuğun her ne kadar görüşleri alınsa, fikri sorulsa da hakim her zaman çocuğun arzusu yönünde bir karara varmayabilir. Ancak, yaşı büyük ve olgun bir çocuğun isteklerinin karara esas alınması gerekir.<sup>66</sup> Çocuğun gerçek yararı, istek ve arzularına göre verilecek cevapla doğru orantılıdır. Diğer koşulların da varlığı halinde, ana ve babası arasında seçim yapamayan, her ikisinin de eşit oranda bakımına ihtiyacı olduğunu ortaya koyan bir çocuğun, buna rağmen velayetinin tek bir tarafa tevdi edilmesi, bizce çocuğun yararına uygun değildir. Çocuğun görüşlerini serbestçe ifade etmesi ve karşılığında o ifadesine değer verildiğini görmesi, onun gelişimi ve geleceği bakımından büyük bir öneme sahiptir.<sup>67</sup>

Velayetin tevdiinde gözetilmesi gereken bir diğer ilke ise, çocuğun güvenliği ilkesidir. Zira velayette çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunması ile temsili konularına yönelik hakların kullanılması güvenlik ilkesine göre gerçekleşir.<sup>68</sup> Ayrıca, çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki yönden güvenliği, onun onur ve haysiyeti ile sağlıklı ve normal bir şekilde gelişmesini ve yetiştirilmesini temin edecek imkan ve kolaylıkların sağlanması anlamına gelir.<sup>69</sup>

Çocuğun güvenliğini sağlamak, başta ana ve babanın görevidir. Bu görev, çocuğun bedeni, fikri, sosyal ve ahlaki güvenliğinin sağlanması ile olur.<sup>70</sup> Bu nedenle, velayet düzenlenirken hakim çocuğun gü-

<sup>65</sup> Baygın, s. 273; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 354; S. Çelikel, Boşanma, s. 86, 87, ayrıca bkz.; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 46, 47; Köse, s. 143; Delabays, s. 180; Şimşek, s. 14; İsmail Özmen, Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri, B. 3, Ankara 2013, s. 36; Usta, s. 158; Abik, s. 33.

<sup>66</sup> Yarg. 2. H.D. T. 08.10.2015, E. 2015/16656, K. 2015/17893, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2015-16656.htm>, E.T. 21.11.2018).

<sup>67</sup> Erdem, s. 173.

<sup>68</sup> Gençcan, Velayet Hukuku, s. 101; Şimşek, s. 70.

<sup>69</sup> Gençcan, Velayet Hukuku, s. 101.

<sup>70</sup> "Müşterek çocuklar, 1991 ve 1996 doğumludur. Velayet hakkının düzenlenmesinde aslanan küçüklerin sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6. madde hükümleri nazara alınarak davacı annenin mesleği ve davranışları da değerlendirildiğinde küçükler Hakan ve İpek'in velayetlerinin davalı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."; Yarg. 2. H.D., T. 16.06.2005, E. 2005/8216, K. 2005/9351, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104). Ayrıca bkz. Solak, s. 11.

venliğini göz önünde bulundurmalı; ona göre tek başına velayete ya da birlikte velayete karar vermelidir. Hakimın birlikte velayete karar vermesinden sonra durum değişir ve çocuğun güvenliğinin tehlikeye girdiği anlaşılırsa hakim, velayet kararının değiştirilmesine ve hatta TMK'nın 347. maddesine göre çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir. Bu defa çocuğun güvenliğini sağlama ve onu koruma görevi, devletin yetkili kurum ve kuruluşları tarafından yerine getirilecektir.<sup>71</sup> Örneğin ana ve babanın evsiz kalması, çocuğa karşı görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi, ana ve babanın ahlaksız bir yaşam sürmesi çocuğun güvenliğini tehlikeye düşüren haller arasında sayılabilir. Ancak, bu halde dahi, çocuğun güvenliğinden ana ve baba sorumludur. Buna rağmen, çocuğun bedeni ve fikri gelişimi tehdit altındaysa ve çocuğu korumak için başkaca bir çare bulunmamışsa hakim, çocuğun ana ve babanın yanından alınarak bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir.<sup>72</sup> Manen terkedilmiş çocuklar hakkında da bu tedbire başvurulabilir. Zira manen terkedilmiş çocuk, fiziksel ve psikolojik olarak ana ve baba ilgisinden, merhametinden ve onların korumasından mahrum kalmaktadır.<sup>73</sup> Örneğin, küçük yaşta bir çocuğun gecenin geç saatlerinde tek başına dışarıda dolaşması, temizlik ve beslenme gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmaması onun manen terkedilmiş olduğunu gösterir.<sup>74</sup> Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 20. maddesine göre, geçici ya da sürekli olarak aile çevresinden yoksun bırakılan her çocuğun, güvenliği gereği, Devletin özel yardım ve korumasından yararlanmayı isteme hakkı vardır.

Tekrar belirtmek isteriz ki velayetin kaldırılması kararına derhal başvurulması, ana ve/veya baba için ağır sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle velayetin kaldırılması kararı verilmeden önce velayetin değiştirilip, örneğin birlikte velayete karar verildiyse tek başına velayete dönüştürülmesi ya da çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan tarafa verilmesiyle yetinilip yetinilemeyeceği konusunda gerekli tüm araştırmaların yapılması, başka bir çözüm kalmadığı takdirde koruma tedbirleri veya velayetin kaldırılması yoluna başvurulması gerekir.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Akyüz, Çocuk Güvenliği İlkesi, s. 710.

<sup>72</sup> Feyzioğlu, s. 582; Akyüz, Çocuk Güvenliği İlkesi, s. 710; Usta, s. 450.

<sup>73</sup> Usta, s. 451.

<sup>74</sup> Baygın, s. 335; Usta, s. 452; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 282.

<sup>75</sup> "Velayetin kaldırılması kararı ana ve/ veya baba için ağır sonuçlar doğuran bir karardır. Bu nedenle velayetin kaldırılması kararı verilmeden önce velayetin değiştirilip, diğer tarafa verilmesiyle yetinilip yetinilemeyeceği konusunda gerekli

### 3. Ana ve Babanın Ortak Talebi

Birlikte velayetin “*istisna olarak*” kabul edildiği ülkelerde, “*ana ve babanın ortak talebi*” koşulu velayetin müştereken kullanılabilmesi için şarttır. Buna rağmen, boşanmada birlikte velayetin “*kural olarak*” benimsendiği ülkelerde, ana ve babanın velayeti birlikte kullanmaları için mahkemeye ortak bir başvuruda bulunmaları gerekmez.<sup>76</sup> Örneğin, Alman hukukunda ana ve baba, ister ayrı, isterse de ortak bir taleple birlikte velayet başvurusunda bulunabilirler.<sup>77</sup> İsviçre hukukunda da ebeveynlerin velayeti birlikte kullanabilmeleri için ortak talep koşulu aranmamaktadır. İsviçre’de 2014 yılındaki revizyondan önce, hakim birlikte velayete karar verebilmesi için “*ana ve babanın birlikte başvuru yapması*” gerekmekteydi. Ancak revizyondan itibaren bu koşul kaldırıldı.<sup>78</sup> Böylece ZGB’nin 133/2. maddesi, mahkemenin velayeti tevdi ederken “*çocuğun yararını, ebeveynlerin ortak taleplerini ve olanak bulundukça çocuğun görüşlerini de dikkate alarak*” karar vermesi gerektiği, şeklinde düzenlendi. Bu bağlamda, söz konusu hükümde “*ana ve babanın ortak talebi*” zorunlu bir koşul olarak değil, hakim tarafından dikkate alınması gereken bir husus olarak düzenlemiş oldu.<sup>79</sup> Böylece birlikte başvuru yaparak, velayet konusunda iş birliği içinde olduklarını gösteren ebeveynlerin mevcut davranışları, koşul olmaktan çıkarılsa da en azından hakim tarafından göz önünde tutulması gereken bir esas olarak kabul edildi.

Öte yandan, ZGB’nin 298a maddesine göre, evlilik dışı ilişkiler bakımından velayetin birlikte kullanılabilmesi için “*ana ve babanın birlikte başvuru yapması*” koşulu aranmaya devam etmektedir. Ancak birlikte velayet hakkındaki talebin haksız yere ana tarafından reddedilmesi halinde tek başına babaya Çocuk Koruma Makamına (Kindes- und

---

tüm araştırmaların yapılması, başka çözüm kalmadığı takdirde velayetin kaldırılması gerekir.” Yarg. 2. H.D. T. 22.01.2014, E. 2013/15601, K. 2014/1162, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104).

<sup>76</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 3.

<sup>77</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 25.

<sup>78</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 15; İnce, s.204; Delabays, s. 9; B. Apaydın, İsviçre Medeni Kanunu, s. 635; Schwenzler/Keller, New Rules, s. 460; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 2; Erlüle, s. 249.

<sup>79</sup> Erlüle, s. 249.



Erwachsenenschutzbehörde- kısa adıyla KESB'e) başvuruda bulunabilme imkanı tanınmaktadır (ZGB m. 298b).<sup>80</sup>

Türk hukuk doktrinde baskın görüş, birlikte velayet düzenlemelerinde, ebeveynlerin mahkemeye birlikte başvurmaları ya da anlaşmaları koşulunun zorunlu olarak aranmaması yönündedir.<sup>81</sup>

Koçhisarlıoğlu, boşanmadan sonra re'sen de hakimin birlikte velayete karar verebilmesi ve bu velayetin istisna değil, kural olarak tasarlanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>82</sup>

Serdar ise, taraflarca birlikte velayet hakkında bir talep olmasa da hakimin Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında, çocuğun yararına uygun ise, boşanmadan sonra velayeti ana ve babanın her ikisine birden verebileceğini ifade etmektedir.<sup>83</sup>

Kurt da taraflardan birinin velayete tek başına sahip olmak istemesinin birlikte velayete engel olmaması gerektiğine dikkati çekmektedir. Yazara göre, velayet için esas olan çocuğun yararadır, bu nedenle çocuk için ilişkilerini medeni bir şekilde ve bilinçli olarak yürütebilecek yetenekteki ebeveynler hakkında hakim resen birlikte velayete hükmedebilmelidir.<sup>84</sup>

Bizce de birlikte velayete ilişkin düzenlemeler yapılırken, başvuruların ebeveynler tarafından ortak bir şekilde ya da tek bir ebeveyn tarafından yapılması zorunlu olmamalıdır. Esas olan çocuğun menfaatleridir. Bu nedenle, ebeveynlerin asgari düzeyde de olsa birbirleriyle işbirliği ve uyum içinde olmaları gerekli ve hatta yeterlidir. Dolayısıyla birlikte velayetin ebeveynlerden yalnızca biri tarafından talep edilmesi, birlikte velayet kararı verilmesine engel olmamalıdır.<sup>85</sup> Hatta halin icabına göre, hakimin resen birlikte velayete karar vermesi dahi mümkün olmalıdır.

<sup>80</sup> Cantieni/Biderbost, s. 772.

<sup>81</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 239; İlknur Serdar, "Birlikte Velayet", *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 10, S. 1, 2008, s. 155-197, s. 185; Kurt, s. 177.

<sup>82</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 239.

<sup>83</sup> Serdar, s. 185.

<sup>84</sup> Kurt, s. 177.

<sup>85</sup> Kurt, s. 177.



#### 4. Ana ve Babanın Çocuğun Bakımı ve Bakım Giderlerine Katılma Payı Hakkında Anlaşmaları ve Hakim Anlaşmayı Uygun Bulması

##### a) Ana ve Babanın Çocuğun Bakımı ve Bakım Giderlerine Katılma Payı Hakkında Anlaşmaları

Hakimi birlikte velayet kararında etkileyebilecek en önemli unsur, ana ve babanın velayetin düzenlenmesine ilişkin verdikleri ortak bir kararın, başka bir ifadeyle, ana ve baba arasında bir anlaşmanın var olmasıdır. Zira velayete ilişkin yapılan bir anlaşma, tarafların çocuğun bakım ve yetiştirilmesi konusundaki isteklerinin önemli bir göstergesidir.<sup>86</sup> Nitekim velayette gönüllülük esastır.<sup>87</sup> Böylece çocuk daha sakin bir ortamda ve olabildiğince az hasarla bu süreci atlama imkanı bulmaktadır. En azından, anlaşmanın varlığı ile çocuğun savaş unsuru olmaktan çıkarıldığı söylenebilir.<sup>88</sup> Öte yandan, bir anlaşmanın bulunduğu durumlarda, mahkemenin anlaşmaya uygun olarak verdiği karar, çocuğun yararına da uygun olacaktır.<sup>89</sup> Zira hakim, çocuğun ihtiyaçlarını daha kolay tespit edebilecek, onun için hangi kararın daha iyi olacağını görebilecektir.<sup>90</sup>

Hemen belirtelim ki, ana ve baba arasında *çocuğun bakımı ve bakım giderlerine katılma payı hakkında bir anlaşma yapılmasının*, birlikte velayet düzenlemelerinde, zorunlu bir koşul olarak kabul edilmesi, bizce uygun değildir. Nitekim İsviçre ve Almanya'nın da içlerinde olduğu birçok Avrupa ülkesi, anlaşma yapılması koşulunu, sadece evlilik dışı birliktelikler bakımından zorunlu bir koşul olarak kabul etmektedir. Örneğin, İsviçre'de 2014 tarihli revizyondan itibaren, boşanan ebeveynler bakımından anlaşma koşulu kaldırılmıştır. Hakim, çocuğun

<sup>86</sup> Serdar Çelikel, *Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları*, Ankara 2012, s. 96, 97; Schwenzer/Keller, *New Rules*, s. 462; Bucher, *Elterliche Sorge*, s. 21. Bununla beraber, tarafların velayet konusunda anlaşmış olmaları, bundan sonra her konuda anlaşacakları hakkında kesin bir kanı oluşturmamalıdır. Bkz. Karaca, s. 80.

<sup>87</sup> Gençcan, *Ortak Velayet*, s. 27.

<sup>88</sup> S. Çelikel, *Boşanma*, s. 96, 97.

<sup>89</sup> Büchler/Maranta, s. 13; Andrea Büchler/Linus Cantieni/Heidi Simoni, "Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda-Ein Vorschlag 1", *FamPra.ch* 2/2007 vom 07.05.2007, s. 216.

<sup>90</sup> Merle H. Weiner, "Thinking outside the Custody Box: Moving beyond Custody Law to Achieve Shared Parenting and Shared Custody", *University Of Illinois Law Review*, Vol. 2016/4, s. 1535- 1580, s. 1538.

üstün yararına uygun olmak koşuluyla, ana-baba ve çocuğun görüşlerini de dikkate alarak, birlikte velayete karar verebilir.<sup>91</sup> Nitekim birlikte velayet, çocuğun yararı için ebeveynlerin birlikte çalışmak zorunda oldukları ve onlara beraberce bakıp, onları eğitmeleri gerektiği anlamına gelir.<sup>92</sup> Bu yükümlülük sadece çocuğun velayeti kendisine bırakılan tarafa ait değildir. Her iki ebeveynin de çocuğa bakma yükümlülükleri çocuğun ergin olmasına ve eğitimini tamamlamasına kadar devam eder.<sup>93</sup> Ayrıca çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi sadece boşanan ebeveynleri değil, evli olmayan ebeveynleri de kapsamaktadır.<sup>94</sup> Dolayısıyla ana ve baba anlaşma olsun ya da olmasın, çocuğun fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini velayetin bir gereği olarak korumak zorundadırlar.<sup>95</sup> Yine de birlikte velayette ebeveynlerin, önemli ölçüde uyumlu, özverili, işbirliği ve uzlaşma içinde çalışma becerisine sahip, bunun yanında belirli bir olgunluğa erişmiş olmaları gerektiği göz ardı edilmemelidir.<sup>96</sup>

Türk hukukunda ana ve babanın çocuğun bakımı ve bakım giderlerine katılma payı hakkında bir anlaşma yapmaları ve yapılan bu anlaşmanın şartları düzenlenmemektedir. Karşılaştırmalı hukuk ve özellikle ülkenin sosyo-demografik yapısı göz önüne alınarak, yasal bir düzenlemeye gidilmesi gerekir. Ancak, bir düzenleme yapılmıncaya kadar, mahkemelerin boşanma sonrası birlikte velayete karar vermeye başladıkları da düşünüldüğünde, bu anlaşma, kıyasen anlaşmalı boşanmada yapılan protokol gibi kabul edilebilir. Buradan

<sup>91</sup> Aynı görüş için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 85; Erlüle, s. 253; Kurt, s. 177.

<sup>92</sup> Ingeborg Schwenzer/Tomie Keller, "The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Switzerland", European Family Law Volume II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law, (Edited by Jens M. Scherpe University Senior Lecturer, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College), Cambridge, UK, s. 329.

<sup>93</sup> Schwenzer/Keller, Family Law, s. 329; Gloor/Lukas, s. 487; Bucher, Elterliche Sorge, s. 12.

<sup>94</sup> Schwenzer/Keller, Family Law, s. 330.

<sup>95</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 19; Gloor/Lukas, s. 485; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 48; Öztan, Aile Hukuku, s. 1081; S. Çelikel, Boşanma, s. 36; Canan Şimşek, "Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları", (Danışmanı: Prof. Dr. Demet Özdamar), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Özel Hukuk Programı, İzmir 2012, s. 11; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 65, 66; Karaca, s. 84.

<sup>96</sup> John G. Jr. Taussig/John T. Carpenter, "Joint Custody", North Dakota Law Review, Vol. 56, Y. 1980, s. 223- 238, s. 234; Weiner, s. 1538.

hareketle yapılan anlaşmanın yazılı<sup>97</sup> ya da sözlü olarak yapılması mümkündür.<sup>98</sup> Ancak sözlü olarak yapılan anlaşmanın, çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin karşılanması hususunu içermesi, hakim tarafından uygun bulunması ve anlaşmanın bir tutanağa geçirilmesi gerekebilir.<sup>99</sup>

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ülkemizde birlikte velayet kararları bakımından, ebeveynlerin anlaşması koşulu, zorunlu değil, yine hakimin dikkat etmesi, göz önünde bulundurması gereken bir esas olarak kabul edilmelidir. Esas alınacak anlaşmada ise; ana ve baba, başta birlikte velayet ve birlikte velayetin hak ve yükümlülüklerinin ne şekilde uygulanacağı hususunda anlaşmaya varmış olmalıdır. Anlaşmanın, ana ve babanın katkı oranlarını ya da oranların miktarını, katkının süresini, çocukla kişisel ilişkilerini, çocuğun yerleşim yerini ve bireysel ihtiyaçlarına göre oluşturacakları detaylı bir listeyi içermesi önemlidir.<sup>100</sup> Zira bu anlaşma, ana ve baba bakımından, çocuğun menfaatlerine uygun olarak kendi bakım ve diğer yükümlükleri hakkında bir rehber niteliğinde olacaktır.<sup>101</sup> Bu nedenle, çocuğun hangi ebeveyn ile birlikte ikamet edeceği, her bir ebeveynin çocukla geçireceği süreyi, eğitim, sağlık vb. günlük ve önemli ihtiyaçlarının kim tarafından ve hangi oranlarda giderileceği gibi hususların detaylıca belirlenmesi iyi olur. Ana ve baba, çocuğun ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, kendi mali güçleri ve kabiliyetleri çerçevesinde bir anlaşmaya varmalıdır.<sup>102</sup>

Yapılacak anlaşmada, ebeveynlerin beklenen temel sorunlar dışında, gerçekleşmesi muhtemel sorunlar üzerinde de anlaşmaları mümkün olabilir. Burada kastedilen, çocuğun hayatını değiştirebilecek önemli etkenlerdir. Bunlar, yanında yaşadığı ebeveyn ile birlikte çocuğun şehir dışına ya da yurt dışına taşınması veya bu ebeveynin yeni-

<sup>97</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20; Gloor/Lukas, s. 506; Bucher, Elterliche Sorge, s. 22.

<sup>98</sup> Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Aile Hukuku B. 20, Ankara 2017, s. 271.

<sup>99</sup> Akıntürk/Ateş, s. 271; K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 45.

<sup>100</sup> Gloor/Lukas, s. 507. Ayrıca bkz. Schwenzer/Keller, New Rules, s. 462; Bucher, Elterliche Sorge, s. 18; Met Morgenbesser/Nadine Nehls, Joint Custody, B. 2, USA, California 1981, s. 99 vd.

<sup>101</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 5; Yücel, s. 98.

<sup>102</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 5; Gloor/Lukas, s. 487; Morgenbesser/Nehls, s. 101.

den evlenmesi gibi durumlar olabilir.<sup>103</sup> Bu ihtimaller gerçekleşmeden önce ebeveynlerin anlaşmasına konu olması, onları anlaşmaya uygun bir şekilde yaşamaya sevk edecek, bir nevi geleceklerini planlamada onlara rehber niteliğinde olacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan birlikte velayet düzenlemelerinde, zorunlu olarak bir anlaşma yapılması şart koşulmasa dahi, çocuk hakkında alınacak tüm kararlarda, kural olarak, ana ve babanın beraberce hareket etmesi beklenmektedir<sup>104</sup> Burada kastedilen, ana ve babanın aynı anda hareket etmesi gerektiği değildir<sup>105</sup> Velayetin, diğer ebeveynin izin veya onamı şeklinde de birlikte kullanılması mümkündür. Ancak ana ve babanın velayeti birlikte kullanabilmeleri için en azından karşılıklı anlaşmaya varabileceklerini ve çocuğun çıkarlarını kendi çıkarlarının önüne getirerek, çatışmadan uzak bir şekilde hareket edebileceklerini göstermeleri gerekir.<sup>106</sup>

Bilindiği üzere, velayet yüküm-hakkı bölünemez niteliktedir.<sup>107</sup> Bu kuraldan da hareketle İsviçre’de ebeveynler, çocuğun bakımı ve bakımına sağlayacakları katkı oranlarını belirlerken, yaptıkları anlaşmada sadece çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşılmasından bahsedebilir. Örneğin, ana ve babanın çocuğun okul, sağlık, yiyecek, giyim, barınma gibi günlük veya bunların dışında kalan önemli giderlerinin nasıl ve hangi ebeveyn tarafından ne oranla (%30 vb.) karşılanacağı noktasında bir anlaşmaya varmış olmaları gerekir.<sup>108</sup> Buna

<sup>103</sup> Morgenbesser/Nehls, s. 103.

<sup>104</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 20.

<sup>105</sup> Öztan, Aile Hukuku, s. 1082; Baygın, s. 263; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 225; Usta, s. 107; Yücel, s. 72.

<sup>106</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 6.

<sup>107</sup> Zeynep Ayza Gülgösteren, “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi HFD, C. 2, S.2, Ekim 2017, s. 163; Ayşegül Karabacak, “Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı”, (Danışman: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk ABD, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 25; Şimşek, s. 66, 67; Özder Özer Taşkın, Velayette Çocuğun Üstün Yararı, (Danışmanı: Doç. Dr. Nuri Erisgin), Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2006. s. 34; Müge Kiremitçi, Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, İstanbul 2015, s. 12; Hasibe Sena Akkışla, Velayetin Tevdi, Ankara 2017, s. 35; Ahmet Cemal Ruhi/Canan Ruhi, Velayet Hukuku, Ankara 2017, s. 28; Begüm Süzen, “Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, *Bahçeşehir Üniversitesi HFD*, Y. 2015, C. 10, S. 133- 134, s. 27- 49, s. 30; Yücel, s. 66 vd.

<sup>108</sup> David Miller, “Joint Custody, Family Law Quarterly, Vol. XIII, Number 3, Fall

karar verirken, çocuğun anlaşmaya katılımının sağlanması da önemsenmektedir. Zira, çocuğun katkısı, günlük yaşamdaki ilgi ve ihtiyaçlarını daha iyi karşılayan bir anlaşmanın yapılmasına da yardımcı olacaktır.<sup>109</sup> Bunun yanında, geçirdiği psikolojik travmanın da etkilerinin hafifleyeceği söylenebilir.<sup>110</sup>

Ülkemizde, çocuğun velayeti hakkında bir anlaşma yapılması hakim için bağlayıcı değildir. Ancak, velayet kendisine bırakılan tarafın çocuk ile ilgili kararlarda diğer tarafa danışarak hareket etmesi, onu velayete katması, yararı tehlikeye düşmedikçe çocuğun diğer tarafla daha sık görüşebilmesi vb. davranışlar iki taraf da anlaşığı müddetçe mümkündür ve buna hukuken bir engel yoktur.<sup>111</sup> Başka bir ifadeyle, velayet yalnızca bir tarafa tevdi edilse dahi ana ve baba onu fiilen birlikte yürütmekte serbesttir.<sup>112</sup> Bu fiili serbestliğin, birlikte velayetin kabul edilmesi suretiyle hukuken de tanınması yerinde olacaktır.

### **b) Hakimin Anlaşmayı (Onaylaması) Uygun Bulması**

Karşılaştırmalı hukukta zorunlu bir koşul olarak düzenlensin ya da düzenlenmesin farketmez, ana ve baba, çocuğun bakımı ve bakım giderlerinin paylaşılması hakkında bir anlaşma yapmışlarsa, yaptıkları anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması gerekir.<sup>113</sup> Hakim, yapılan düzenlemelerin nedenlerini ve taraflarca ne kadar anlaşıldığını belirleyerek, ana ve babanın ortak bir sorumluluk almaya hazır olduklarını ve bu sorumlulukların çocuğun menfaatine uygun olduğunu tespit ettiği takdirde anlaşmayı kabul eder.<sup>114</sup> Çünkü ana ve babanın velayet anlaşmaları hakime yapılan tekliften başka bir şey

1979, s. 391; Cantieni/Biderbost, s. 772; Gloor/Lukas, s. 494. Bunun yanında yapılacak olan katkıda, çocuğun bireysel ihtiyaçlarının göz önüne alınması ve katkı oranının her çocuk için ayrı ayrı belirlenmesi de önemlidir (Gloor/Lukas, s. 497).

<sup>109</sup> Büchler/Cantieni/Simoni, s. 219.

<sup>110</sup> Büchler/Cantieni/Simoni, s. 219.

<sup>111</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 53; Karaca, s. 72; Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011, s. 443.

<sup>112</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 54; Karaca, s. 72.

<sup>113</sup> Taussig/Carpenter, s. 235; Şeyda Şanlı Yalın, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, (Danışmanı: Doç. Dr. Ebru Ceylan), İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2017, s. 39; Köseoğlu/Kocaağa, s. 444.

<sup>114</sup> Büchler/Cantieni/Simoni, s. 217, 218; Schwenzler/Keller, New Rules, s. 460; Bucher, Elterliche Sorge, s. 21; Şimşek, s. 8; Akkışla, s. 49; Koçhisarlıoğlu, s. 170, 171; Yücel, s. 98.

değildir.<sup>115</sup> Dolayısıyla böyle bir teklifin hakimi bağlaması söz konusu olamaz. Hatta hakim, çocuğun yararına uygun olacak şekilde anlaşmayı tamamen veya kısmen değiştirebilir ya da anlaşmayı uygun bulmayarak, hiçbir talebe gerek olmaksızın ana veya babadan birine de velayeti bırakabilir.<sup>116</sup>

Ülkemizde de Türk Medeni Kanunu'nda boşanmanın asli ve ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hakim tarafından onaylanması gerektiği, aksi halde anlaşmaların geçerli olmadığı belirtilmektedir (TMK m 184/5).<sup>117</sup> Boşanmanın ferî sonuçlarından birisi de kuşkusuz velayetin tevdididir.<sup>118</sup> Karşılaştırmalı hukukta yer alan birlikte velayet anlaşmaları, hukukumuzdaki velayet anlaşmalarına usulen benzetilebilir. Bu noktada hakim, velayete ilişkin anlaşmanın çocuğun yararına uygun olup olmadığını incelemekle yükümlüdür.<sup>119</sup> Hakimın uygun bulma kararı olmaksızın anlaşmanın hüküm ve sonuçlarını doğurması beklenemez.<sup>120</sup> Diğer taraftan, velayet anlaşmasının kesin hükümsüz olduğu hallerde hakimın sözleşmeyi onaylayıp onaylamadığı da önemli değildir. Böyle bir durumda ancak, hakim tarafından hükmün baştan itibaren kendiliğinden geçersiz olduğuna ilişkin bir tespit kararı verilmesi mümkündür. Örneğin, ana ve babanın anlaşma ile ileride taraflardan birinin velayetin yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvuru hakkını kaldıran ya da buna benzer bir düzenleme yapması halinde bu hüküm, kişilik haklarının ihlali bakımından kesin hükümsüzdür.<sup>121</sup> Böylece hakim bu hükmün dışında kalan hükümler bakımında uygun bulma kararı verebilecektir.

<sup>115</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 77.

<sup>116</sup> Schwenger/Keller, New Rules, s. 461; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Ankara 2018, s. 176; Akkışla, s. 53.

<sup>117</sup> Taraflar anlaşmalı boşanmada ya da çekişmeli boşanma davalarında boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilirler. Böylece tazminat, nafaka gibi mali sonuçlara ilişkin olabileceği gibi, velayet gibi çocuklara ilişkin sonuçlar hakkında anlaşma yapabilirler. Hiç şüphesiz bu anlaşmanın geçerliliği hakimın anlaşmayı onamasına bağlıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karaca, s. 71; Koçhisarlıoğlu, s. 86; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 116.

<sup>118</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 45; Taşkın, s. 110; Karaca, s. 71; Hande Atmaca Ülkü, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, (Danışmanı: Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce), Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2017, s. 62.

<sup>119</sup> K. Güven, Son Nokta:Ortak Velayet s. 45; Şimşek, s. 83; Schwenger/Keller, New Rules, s. 461

<sup>120</sup> Seçer, 276.

<sup>121</sup> Seçer, s. 271, 272.



Ülkemizde birlikte velayete ilişkin bir düzenleme yapılırken, bizce, ana ve babaya, velayet anlaşmasını diledikleri gibi yapabilme özgürlüğü verilmelidir. Bu konuda ana ve baba sadece çocuğun üstün yararının gözetilmesi sınırına tabi olmalıdır.<sup>122</sup> Yine de hakimın takdir yetkisinin saklı olduğu, başka bir ifadeyle, tarafların yapacağı anlaşmanın hakimi bağlamadığı hususu unutulmamalıdır.<sup>123</sup> Nitekim velayet anlaşmalarında da hakim anlaşmanın aksine bir karar verebilir ya da tarafların ve çocuğun yararını göz önünde bulundurarak gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir.<sup>124</sup> Hakimın değişiklik yaptığı hallerde ise, söz konusu değişikliklerin, ana ve baba tarafından da aynen kabulü gerekir.<sup>125</sup>

Medeni Kanunu'muzda birlikte velayet kabul edildiği takdirde, hakim, önüne gelen anlaşmayı öncelikle hukuka uygunluk yönünden denetlemelidir.<sup>126</sup> Örneğin, anlaşmanın velayet kapsamındaki hak ve yükümlülüklerin bölünmesi şeklinde yapılması ya da anlaşmada ahlaka aykırı hükümlerin yer alması durumlarında anlaşmanın onaylanmaması gerektiği söylenebilir. Öte yandan anlaşmada tarafların iradelerinin uyuşup uyuşmadığı, irade sakatlığı hallerinin mevcut olup olmadığı ve anlaşmanın açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınıp alınmadığı da incelenmelidir.<sup>127</sup> Bu incelemelerin temelinde yine çocuğun yararı bulunmaktadır. Nitekim örneklerde sayılan anlaşmaların, başta çocuğun yararını ağır bir şekilde ihlal ettiği söylenebilir.<sup>128</sup>

Bundan başka hakim, anlaşma sonucunda birlikte velayetin uygulanıp uygulanamayacağı hakkında da gerekli incelemeleri yapmalıdır. Örneğin, aile içi şiddete maruz kalan bir çocuk için birlikte velayetin uygulanabilirliği tartışılır. Hakim bu durumda, çocuğun doğrudan

<sup>122</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 37; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 218; Akkışla, s. 53; Grassinger, s.831.

<sup>123</sup> aErdem, s. 176; Schwenger/Keller, New Rules, s. 460; Bucher, Elterliche Sorge, s. 21; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 218; Şimşek, s. 82; Akkışla, s. 52.

<sup>124</sup> Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 271; Seçer, s. 276; Gülgösteren, s. 166; Gloor/Lukas, s. 511; Taşkın, s. 111; Akkışla, s. 53; Yalın, s. 40; Esra Pınar Yılmaz Bilgin, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Ocak 2016, s. 88.

<sup>125</sup> Ayrıca bkz. Akıntürk/Ateş, s. 271; Seçer, s. 278; Yalın, s. 40; Yılmaz Bilgin, s. 88.

<sup>126</sup> S. Çelikel, Boşanma, s. 98; Yılmaz Bilgin, s. 83.

<sup>127</sup> Seçer, s. 277; Yalın, s. 41. TBK m. 27 gereği, anlaşmanın konusu emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmamalıdır.

<sup>128</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 38.



şiddet mağduru olup olmadığına veya aile içi şiddete tanık olup olmadığına bakmalı, ona göre birlikte velayete ya da tek başına velayete karar vermelidir.<sup>129</sup>

Birlikte velayete karar verirken, hakimın tarafların samimi ve istekli olduğuna kanaat getirmesi, ahlaki değerlerinin ve psikolojik durumlarının yeterli olduğunu tespit etmesi önemlidir.<sup>130</sup> Amerika'da yapılan bir araştırmada aile içi şiddetin ya da madde bağımlılığının olduğu ailelerde birlikte velayetin yürütülemediği ya da sorunlu bir şekilde yürütüldüğü gözlemlenmiştir.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> Büchler/Maranta, s. 14, 15; Usta, s. 113.

<sup>130</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 55; Miller, s. 369; Taussig/Carpenter, s. 235, 236; Usta, s. 112. Akkışla çalışmasında, velayetin tevdiinde ana ve baba açısından göz önünde tutulacak hususları şu başlıklar altında toplamaktadır: Ana ve babanın çocuğa bakma olanakları, çocuğu ihmal etme ihtimallerinin olması, çocuğun kaçırılma ihtimalinin varlığı, çocuğu terketme olasılığının varlığı, çocuğun taraflarla arasındaki ilişki, ana ve babanın ayrı ayrı sosyal ve ekonomik durumları, yaşam tarzları, çocuğa karşı duyarlılıkları, çocuğu yönlendirmeleri, çocuğa şiddet uygulamakta olması, velayeti istememesi olasılığı, ana ve babanın meslekleri, hastalığı ve sorumluluğu... Akkışla, s. 109-124.

<sup>131</sup> Margaret F. Brinig, "Result Inequality in Family Law", Akron Law Review, Vol. 49/471, 2016, s. 505. Karşılaştırmalı hukukta birlikte velayet kararı verilebilmek için belli kriterlerin düzenlendiği hükümlere pek rastlanılmamaktadır. Ancak doktrinde Miller tarafından, birlikte velayet kararı için aranması gereken kriterler şöyle sıralanmaktadır: "1. Tarafların istekli olması: Tarafların anlaşmaya varmış olmaları veya bir uzlaşma içinde bulunmaları gerekir. 2. Esnek çalışma saatleri: Taraflardan en az birinin çocuğun yararı bakımından rahat bir çalışma temposuna sahip olması şarttır. İşkolik ebeveynlerin birlikte velayeti yürütebilmeleri zordur. 3. Benzer çevrenin varlığı: Her iki tarafın da çocuğun yetiştirilmesinde ve bakımında benzer çevreye sahip olması önemlidir. Sık sık ikamet değişikliği gerektiren işlerde birlikte velayetin uygulanabilmesi zorlaşır. 4. Tarafların mali güçlerinin yakın olması: Tarafların çocuğun odası, oyuncakları ve bakımını birlikte paylaşabilmesi ve bunları her iki evde de aynı oranda karşılayabilmeleri çocuğun yararınadır. 5. Coğrafi yakınlık: Tarafların coğrafi olarak birbirine yakın olması hem velayet konusundaki kararların hızlı alınmasında hem de çocukla gelececek fiziki velayetin rahat uygulanmasına yardımcı olacaktır. Böylece ebeveynlerin de diyaloglarının ve güvenlerinin artması söz konusu olabilir. Diğer taraftan coğrafi yakınlık, çocuk için uzun yolculukları önleyen, kendi mahallesinden ve arkadaş çevresinden ayrılmadan kişisel ilişkisini devam ettiren bir faktördür. 6. Çocukların sayısı ve yaşı: Çocukların yaşı küçüldükçe ve sayısı azaldıkça birlikte velayetin uygulanabilirliği artar; birlikte velayet kararının yürütülmesiyle, çocuğun yaşı ve sayısı ters orantılıdır. Bunun aksini düşünenler de mevcuttur. Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin, çocuğun yaşının ve çocuk sayısının birlikte velayet kararı verilirken dikkat edilmesi gereken bir kriter olduğunu söylemek gerekir." Miller, s. 372; Benzer kriterler için bkz. Sybille Gassner/Nadja Majid, "Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht/ IV. Kindesrecht/ A-F.", Symposium zum Familienrecht, Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge-Güterrecht-Unterhalt 8. Symposium Zum Familienrecht, 2015, s. 272; Taşkın, s. 97 vd; Usta, s. 112, 113; Nicholas Bala, "Bringing Canada's Divorce Act

Taraflar arasında yapılacak bir velayet anlaşmasının hakim onayıyla birlikte daha güvenilir bir hal alacağı tartışma götürmez bir gerçektir. Bununla beraber, anlaşmanın varlığı, ana ve babaya, uzlaşamadıkları bir konuda ortaklaşa karar verme hakkına dayanma ve bir tarafın keyfiyetini kabul etme zorunluluğundan kurtulma imkanı da sağlayacaktır.<sup>132</sup> Ayrıca, hakim onayından geçmeyen bir anlaşmanın özel hukuk sözleşmesinden farkı olmayacak, tarafların anlaşmayı feshetmesi mümkün olacaktır. Böylece hâkim onayıyla anlaşmaya verilen güç, aynı zamanda tarafların ona uyma ve iş birliği yapma iradelerini de büyük oranda etkileyecektir.<sup>133</sup> Tarafların sözleşmede değişikliğe gitmek istemeleri halinde ise, yine aynı koşulların gerçekleşmesi aranmalıdır.<sup>134</sup>

## 5. Mahkeme Kararında Velayetin Kapsamı Hakkındaki Düzenlemelere Yer Verilmesi

### a) Çocuğun Kişiliği ve Malvarlığı Üzerindeki Hak ve Ödevlerin Düzenlenmesi

Velayet, kapsamında bir takım hak ve yükümleri içermektedir. Bu hak ve yükümlülükler, TMK ve bunun dışında ana ve babanın ortak iradesiyle şekillenir. Velayetin ana veya babadan birine verildiği hallerde, velayete tabi hak ve yükümlülükler, yalnızca çocuğun velayeti kendisine bırakılan ana veya babaya ait olur. Birlikte velayette ise, tüm hak ve yetkiler ana ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır. Başka bir ifadeyle, ana ve baba çocuğun adını koyma, dini ve mesleki eğitimini belirleme, onu temsil etme ya da çocuğun mallarını yönetme gibi hak ve yükümlükler üzerinde müşterek şekilde söz hakkına sahiptir.<sup>135</sup>

---

into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law”, 40 Queen’s L.J. 425 (2015), s. 425-482, s. 472, 473; N. V. Lowe, “The Allocation of Parental Rights and Responsibilities -The Position in England and Wales”, Family Law Quarterly, Volume 39, Number 2, Summer 2005, s.267- 299,, s. 280; Gençcan, Velayet Hukuku, s. 119 vd.

<sup>132</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 56.

<sup>133</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 60; Meier, s. 249.

<sup>134</sup> Philippe Meier/Thomas Häberli, “Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Juli bis Oktober 2015)”, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze, s. 464; BGer 5A\_513 / 2014, T. 1 Ekim 2015, (<https://www.bger.ch>, E.T. 21.11.2018).

<sup>135</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 57; Gülgösteren, s. 168; Serdar, s. 162; FF

Boşanmadan sonra birlikte velayetin uygulandığı hallerde, ebeveynlerin günlük hayatta çocuk ile ilgili her konuda kararları birlikte vermeleri mümkün değildir.<sup>136</sup> Bu nedenle, İsviçre’de ZGB m. 301/1 gereğince, çocuğu himayesinde bulunduran ana veya babaya “günlük” veya “acil” olan konularda ya da “diğer ebeveyne ulaşma imkanı olmadığı hallerde” tek başına karar verebilme yetkisi tanınmaktadır.<sup>137</sup> Kanun koyucu bu konuların neler olduğunu kasıtlı olarak saymamıştır.<sup>138</sup> Ancak bu hallerin objektif kriterlere bağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>139</sup> Örneğin, yüksek dağlara tırmanmak gibi sporlar riskli spor grubuna girmektedir. Bu konuda ana ve babanın ortak iradesi esas alınır. Ancak baba bir dağcı, bu hususta bir uzman ya da bir rehber ise, onun için bu karar günlük işlerden sayılabilir.<sup>140</sup> Bu durumda ananın da karara katılması gerekli değildir.

Günlük olarak görülebilecek bir kararın diğer ebeveynin haklarına zarar vermeksizin alınması şarttır. Örneğin, çocuğun müzik kursuna kaydettirilmesi günlük sayılabilecek bir kararken, kurs günleri çocuğun diğer ebeveyni ile vakit geçireceği zamanlarda ise o ebeveynin de karara katılması ve ebeveynlerin kurs günlerini birlikte kararlaştırmaları daha uygundur.<sup>141</sup> Ancak diğer ebeveyne ulaşamıyor, diğer ebeveyn telefon ya da iletişim adresi bırakmaksızın sürekli seyahat ediyorsa, bu halde kararın birlikte verilmesi zorunluluğundan bah-

---

2011 8025, s. 8053.

<sup>136</sup> Federal Adalet Ofisine göre, çocuğun yaşayacağı ebeveyn “Faktischen Obhut” denilen fiziki velayete sahip olur. Bu velayet, aynı hanede çocukla beraber fiziksel, zihinsel ve manevi olarak birlikte yaşamak anlamına gelir ve giyim, gıda, bakım ve eğitim gibi konularda fiziki velayete sahip ebeveyn birincil sorumludur. Fiziki velayete sahip olmayan ebeveyn ise, kişisel ilişki kapsamında kullanabileceği velayete ilişkin bir takım hak ve yetkilerden sorumludur (EPJD, Elterliche Sorge, s. 6). Ayrıca bkz. Cantieni/ Biderbost, s. 778; Kyla Ebels-Duggan, “Awarding Custody: Children’s Interests And The Fathers’ Rights Movement”, Public Affairs Quarterly, Vol. 24, No. 4 (October 2010), s. 257-278, s. 265; Erlüle, s. 192, 193.

<sup>137</sup> Büchler/Maranta, s. 5, 6; Ayanna, s. 23; İnce, s. 208; Cantieni/Biderbost, s. 789; Bucher, Autorité Parentale, s. 41; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 468; Meier/ Häberli, s. 459; Noam Shambicco, “Die Neuregelung Der elterlichen Sorge”, (<https://www.studer-law.com/files/studerlaw/publikationen/moegazette/die-neuregelung-der-elterlichen-sorge.pdf>, E.T. 01.11.2021). Bucher, Elterliche Sorge, s.41; Usta, s. 109; Staudingers, s. 1117. Günlük ve önemli iş ayrımı İtalya, Fransa, Belçika gibi ülkelerde de geçerlidir (İnce, s. 208).

<sup>138</sup> Büchler/Maranta, s. 5, 6; Schwenzer/Keller, New Rules, s. 468.

<sup>139</sup> FF 2011 8025, s. 8053.

<sup>140</sup> Cantieni/Biderbost, s. 790.

<sup>141</sup> Bucher, Autorité Parentale, s. 43; Büchler/Maranta, s. 24.

sedilemez.<sup>142</sup> Aynı şekilde ilgisiz, sürekli çatışma içinde olan, bireyleri aile içi şiddete maruz bırakan ebeveynin de sürekli bilgilendirilmesi, bilgi alma hakkını kullanmak istemesi kabul edilemez.<sup>143</sup>

Bir konunun önemli sayılıp sayılmayacağı hususu her somut olayda ayrı ayrı tespit edilmelidir.<sup>144</sup> Alman BGB'si § 1687/3 hükmünde, günlük yaşama ilişkin kararların genellikle sıkça ortaya çıkan ve çocukların yaşamları üzerinde ağır şekilde etkisi olmayacak kararlar olduğu belirtilmektedir. Böylece isim değişikliği, çocuğun yurt dışında uzun süreli ikamet etmesi ve belirli tıbbi müdahalelerin yapılması gibi konular önemli kabul edilebilir.<sup>145</sup> Böyle durumlarda her iki ebeveynin de onayı alınmalıdır.<sup>146</sup> Bu nedenle, ebeveynlerin iletişim kurma ve iş birliği yapma konusunda belirli bir yetkinlik ve uzlaşmak için asgari düzeyde istekli olmaları şarttır.<sup>147</sup>

İsviçre'de, bir ebeveynin tek başına aldığı kararlarda diğer ebeveyn alınan kararların KESB tarafından çocuğun menfaatine uygun olup olmadığı hususunda bir inceleme yapılmasını talep edebilir. Örneğin, okul ve kariyer seçimleri, yurt içi ikamet değişiklikleri, tehlikeli sporları yapma, dini topluluklara katılma<sup>148</sup> gibi. Aynı şekilde ortak bir karara varamadıkları hallerde de taraflar, KESB'e (ya da mahkemeye) başvuruda bulunabilir (ZGB m. 307).<sup>149</sup> KESB, anlaşmazlığı ortak bir karara bağlayabilmek bakımından ebeveynlerin bir arabulucu huzurunda uzlaşmasını sağlayabilir ya da karar verme yetkisini tek bir ebeveyne tahsis edebilir.<sup>150</sup>

KESB'in veya hakimın müdahalesinden ziyade, ana ve babanın iradesi ön planda tutulduğundan, ana ve babaya tek başına karar ve-

<sup>142</sup> Schwenzler/Keller, *New Rules*, s. 468.

<sup>143</sup> Gassner/Majid, s. 271; Erlüle, s. 195.

<sup>144</sup> Cantieni/Biderbost, s. 790; Erlüle, s. 195.

<sup>145</sup> Büchler/Cantieni/Simoni, s. 214; Cantieni/Biderbost, s. 789; Erlüle, s. 189; Staudingers, s. 1117.

<sup>146</sup> Büchler/Cantieni/Simoni, s. 214; Cantieni/Biderbost, s. 789; Erlüle, s. 189; Staudingers, s. 1117.

<sup>147</sup> Cantieni/Biderbost, s. 789; Büchler/Clausen, Art. 298, s. 412; Louis Iseli, "Aus der Rechtsprechung des Kantonsgerichts des Kantons Luzern, 3H 14 12, 1B 14 53, 3H 15 45, 1B 15 28", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 152/2016, S. 575, s. 577; Bucher, *Elterliche Sorge*, s. 21.

<sup>148</sup> FF 2011 8025, s. 8053; Büchler/Cantieni/Simoni, s. 207; Ebels-Duggan, s. 268.

<sup>149</sup> Cantieni/Biderbost, s. 789; Erlüle, s. 196.

<sup>150</sup> Cantieni/Biderbost, s. 791; Iseli, s. 578; Erlüle, s. 196.

rebilecekleri günlük ve birlikte karar verecekleri günlük olmayan/ önemli sorunlar üzerinde, önceden bir anlaşmaya varmaları tavsiye edilmektedir.<sup>151</sup> Ancak bu tür anlaşmaların hukuki anlamı kanun tarafından belirlenmemiştir. Bu anlaşma, ebeveynlerin tek başına karar verme yetkisini kısıtlayan bir anlaşma olabileceği gibi, ebeveynler tarafından sadece belirli sorunların müştereken onaylanması gerektiğinin kararlaştırılması şeklinde de olabilir.<sup>152</sup> Belirtilmelidir ki, günlük ve önemli karar ayırımının düzenlenmesindeki temel amaç, ebeveynlerin günlük meselelerde sık sık bir araya gelerek yaşanabilecek olası çatışmaların önlenmesi düşüncesidir.<sup>153</sup> Buna rağmen taraflar arasındaki anlaşmazlık devam ederse, KESB tarafından, çocuk da dinlendikten sonra, konu hakkında bizzat karar verilebilir (ZGB m. 307) ya da çocuğa bir kayyım atanabilir (ZGB m. 308/1). Son çare ise, velayetin ebeveynlerden birine tek başına bırakılmasına karar verilmesidir.<sup>154</sup>

Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde, birlikte velayet düzenlemeleri bakımından ülkemizde de ebeveynler anlaşırken ya da hakim velayet davasında karar verirken günlük ve günlük olmayan/önemli sayılabilecek kararların ayırımı yapılarak, velayet kapsamındaki hak ve yükümlerin belirlenmesi, çocuğun yararına uygun bir yöntem olacaktır.

### b) Çocuğun Yerleşim Yerinin Düzenlenmesi

Birlikte velayet, himaye hakkının da birlikte kullanılması anlamına gelmemektedir.<sup>155</sup> Bu nedenle karşılaştırmalı hukuka göre, velayetin birlikte kullanılmasına karar verilirken, çocuğun yerleşim yerinin de düzenlenmesi gerekir. Her şeyden önce, ana ve babanın çocuğun yerleşim yerine birlikte karar vermesi beklenir.<sup>156</sup> Ana ve baba bu konuda anlaşamaz ya da verilen karar çocuğun yararına aykırı olursa, çocuğun yerleşim yeri mahkeme tarafından belirlenmektedir.<sup>157</sup>

Mahkeme çocuğun yerleşim yerini belirlerken, onun günlük yaşamını etkilemeyecek şekilde, kardeşleriyle olan ilişkileri, yaşı, yeni çev-

<sup>151</sup> İnce, s. 208.

<sup>152</sup> Büchler/Maranta, s. 25.

<sup>153</sup> Erlüle, s. 191.

<sup>154</sup> Erlüle, s. 196, 197.

<sup>155</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4.

<sup>156</sup> FF 2011 8025, s. 8054; Erlüle, s. 189, 190.

<sup>157</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4.

reye uyumu ve ebeveynlerin çocuğu yetiştirme yetenekleri gibi kriterleri göz önünde bulundurmalıdır.<sup>158</sup> Ayrıca hakim çocuğu dinlemeli ve onun görüşünü dikkate almalıdır.<sup>159</sup> Nitekim çocuğun isteklerine ve daha iyi anlaşabildiğini düşündüğü ana ya da babasından birinin yanında kalma arzusuna uygun bir karar verilmesi, çocuğun üstün yararına da hizmet edecektir.

İsviçre hukukuna göre, birlikte velayette yerleşim yeri belirlenirken, ana ve babanın farklı illerde ya da ülkelerde yaşaması ihtimali de değerlendirilmelidir. Zira bu durumda velayetin birlikte kullanılması zorlaşabilir. Ebeveynlerin farklı yerlerde yaşamaları, velayetin birlikte kullanımını zorlaştıracak ya da çocuğun yararına aykırı olacaksa hakim bu durumu göz önüne alarak bir karara varması gerekir.<sup>160</sup> Ana ve babadan birinin, sonradan yerleşim yerini değiştirmesi halinde ise, ebeveynlerden biri velayet davası açarak, velayetin yeniden düzenlenmesini talep edebilir. Ancak bu durum, tek başına velayete hükmedebilmek için yeterli bir neden değildir.<sup>161</sup> Başka bir deyişle, ana veya babanın farklı bir şehre taşınmasının kendisi için atama, tedavi vb. gibi haklı bir nedene dayanması ya da o yerde geçici bir şekilde bulunması gibi ihtimallerde, velayetin kaldırılması için gereken koşulların varlığı

<sup>158</sup> Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4; Akıntürk/Ateş, s. 311; İnce, s. 218; Delabays, s. 182; Usta, s. 112; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 37; Kurt, s. 177; Yücel, s. 88. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, hakim yerleşim yeri hakkında karar verirken kardeşlerin ayrılmamasına özellikle dikkat etmesi gerektiğine ve ancak aralarında yaklaşık en az beş yaş olduğu takdirde kardeşlerin ayrılmasına karar verilebileceğine hükmetmiştir (BGer 5A-858/2008, T. 15.04.2009, <https://www.bger.ch, E.T. 11.12.2018> ). Taşkın, s. 110, 111; Erdem, s. 176. Ayrıca Yarg. 2. HD, E. 2003/5117, K. 2003/7292, 15.05.2003 tarihli bir kararı "kardeşlerin birbirinden ayrılması da onların bedeni ve fikri gelişimlerine olumsuz etki yapacağından 1991 doğumlu Z. ile 1992 doğumlu N. 'inde velayetinin de anneye verilmesi gerekir" şeklindedir (İcan, s. 114' ten naklen). Özdamar ise, hâkimin gerek görürse kardeşleri ana ile baba arasında paylaştrabileceğini savunmaktadır (Demet Özdamar, CEDAW Sözleşmesi, Ankara 2009s. 431).

<sup>159</sup> Akıntürk/Ateş, s. 311; Öztan, Aile Hukuku, s. 778 ve786, Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku (Cilt III) Aile Hukuku, B. 13, İstanbul 2018, s. 142; S. Çelikel, Boşanma, s. 83.

<sup>160</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 50.

<sup>161</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 50. Bu noktada hakim tutumu yer değişimini yasaklama değil, yeni koşullara velayeti uyarlamaya yöneliktir. Bununla beraber, çocuğun ağır hastalığı neticesinde uygulanması gereken tedavi yöntemlerinin yeni ikametinde uygulanamama riski gündemdeyse, ikamet değişikliğinin yasaklanması yerindedir (Cantieni/Biderbost, s.793). Ayrıca bkz. Delabays, s. 182.



ğından bahsedilemez.<sup>162</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, sadece çocuğun ikameti hakkında yaşanan bir çatışmanın, velayetin tek başına kullanılmasını talep için yeterli bir neden olmadığını belirtmiştir.<sup>163</sup> Yine de yerleşim yerinde yapılacak bir değişiklikten, prensip olarak, diğer ebeveynin haberdar edilmesi gerekir.<sup>164</sup> (ZGB m. 301a/2).<sup>165</sup> Ebeveynlerin önceden bir anlaşma yaparak, tek bir ebeveyn tarafından çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesine karar verilebileceğini düzenlemesi de mümkündür.<sup>166</sup>

Çocuğu himaye hakkına sahip olmayan ana veya babanın, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır.<sup>167</sup> Birlikte velayette ise, İsviçre Medeni Kanunu'na göre karar verilmesi gereken husus; himaye hakkı olmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı değil, ebeveynlerin çocuğa bakım oranlarının belirlenmesidir.<sup>168</sup> "Bakım oranı" ile; ebeveynler ve çocuk müşterek konutta yaşıyorsa birlikte geçirilen zaman, ayrı konutta yaşıyorlarsa çocuğun bir ebeveynin yanında geçirdiği zaman kastedilmektedir.<sup>169</sup> Bunun aksine, kişisel ilişki kurma hakkı ile sadece çocuğun beraber yaşamadığı ebeveyniyle geçirdiği

<sup>162</sup> K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 51; European justice, ([https://e-justice.europa.eu/content\\_lawful\\_removal\\_of\\_the\\_child-289-EW-en.do?clang=en](https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-EW-en.do?clang=en), E.T. 25.09.2018).

<sup>163</sup> BGer 5A-202/2015, T. 26.11.2015 (<https://www.bger.ch>, E.T. 11.12.2018).

<sup>164</sup> EJPD, Elterliche Sorge, s. 3; Bucher, Elterliche Sorge, s. 59; Cantieni/Biderbost, s. 792; Delabays, s. 181; Bucher, Autorite Parentale, s. 46, 47; Erlüle, s. 199; Schwenzner/Keller, New Rules, s. 468; Erlüle, s. 199. Çocuğun diğer ebeveynin rızası olmadan yurt dışına çıkarılması halinde, 1980 Lahey Sözleşmesi anlamında bir çocuk kaçırmanın varlığından bahsedilebilir (m. 3/1b, m. 13/1a). Bu durumda çocuğun taraf ülkelerden birine kaçırılması söz konusu ise, sözleşme gereği çocuğun iade prosedürü yürürlüğe girecektir (Bucher, Autorite Parentale, s. 48; Schwenzner/Keller, New Rules, s. 469; Bucher, Elterliche Sorge, s. 63).

<sup>165</sup> Fransız hukukunda, çocuğun yerleşim yerinin değiştirilmesi gerektiğinde diğer ebeveynin muhakkak haberdar edilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Çünkü yerleşim yerinin değiştiği her durumda velayetin kullanılmasında da değişiklikler yapılması gerekmektedir. Ayrıca hakim değişiklik için gereken masrafları da ana ve baba arasında paylaşır (K. Güven, Son Nokta: Ortak Velayet, s. 27).

<sup>166</sup> İnce, s. 209; Cantieni/Biderbost, s. 792; EJPD, Elterliche Sorge, s. 4; Bucher, Autorite Parentale, s. 32; Gassner/Majid, s. 270; Meier/Häberli, s. 460. İsviçre'de tarafların anlaşamadığı durumlarda, mahkeme veya KESB, çocuğun ikamet yerini değiştirme konusunda karar vermektedir (FF 2011 8025, s. 8054; Schwenzner/Keller, New Rules, s. 469; Bucher, Elterliche Sorge, s. 66, 67). Bu durumda çocuğun ilk ikamet adresinde ki KESB veya mahkeme yetkilidir (Büchler/Maranta, s. 30, 31).

<sup>167</sup> Schwenzner/Keller, Family Law, s. 329; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 4.

<sup>168</sup> Büchler/Maranta, s. 8.

<sup>169</sup> Büchler/Maranta, s. 8; Bucher, s. 34, 35.



süre anlaşılmaktadır.<sup>170</sup> Birlikte velayet düzenlemeleri yapıldığı takdirde, bizce, çocuğun yanında kalmadığı ebeveyni ile geçireceği süre, ülkemizde kişisel ilişki kurma hakkı kavramı ile anılmaya devam edilebilir. Bu durumda hakim, TMK m. 182/1 ve 2 kapsamında çocuk ile diğer ebeveyn arasındaki kişisel ilişkiyi düzenleyecektir.

İsviçre’de, yararı esas alınmak koşuluyla, çocuğun ebeveynlerden birinin yanında veya istemi halinde, her iki ebeveyninin de yanında (dönüşümlü olarak) yerleşmesine karar verilebileceği açıkça belirtilmektedir (ZGB m. 317).<sup>171</sup> Ayrıca, ana ve baba, velayeti birlikte kullandıkları hallerde çocuğun nerede yaşayacağı konusunda ortak bir karar da verebilir (ZGB m. 301a/1). Özellikle, çocuğun üçüncü şahıslarla (koruyucu ana-babalar gibi), her iki ebeveynle (örneğin her biriyle dönüşümlü olarak) ya da yalnızca bir tanesiyle yaşayıp yaşamayacağına karar verebilirler.<sup>172</sup> Anlaşamadıkları takdirde ise, hakim tarafından karar verilmektedir.<sup>173</sup>

Karşılaştırmalı hukukta İsviçre’den başka İtalya, Fransa, Avustralya, Kanada gibi birçok ülkede de “*shared residence*” ya da “*alternative custody*” gibi terimlerle anılan ve fiziki velayetin (himaye hakkının) kademeli veya parçalı olarak tevdiini mümkün kılan düzenlemelerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu kapsamda ebeveynler, çocuğu okula başlayana kadar biriyle, başladıktan sonra diğeriyle ya da yazın birinde, kışın ise diğesinde kalması gibi, farklı zaman dilimleri bakımından bir anlaşmaya varabilirler.<sup>174</sup>

Türk hukuku bakımından kademeli (dönüşümlü) tevdi mümkün değildir.<sup>175</sup> Zira TMK m. 19/2’ye göre “*bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz*” ve bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin

<sup>170</sup> Büchler/Maranta, s. 8; Bucher, s. 34, 35.

<sup>171</sup> İnce Makalesinde, bu ikamet seçeneği için “Değişken Model” kavramını kullanmaktadır. Bu modelde çocuk hayatının bir kısmını anasıyla, bir kısmını ise babasıyla geçirme fırsatı bulur. İnce, s. 211; EJP, Elterliche Sorge, s. 3.

<sup>172</sup> EJP, Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, s. 3; Büchler/Clausen, Die elterliche Sorge, s. 6. İnce, çocuğun ebeveynlerden birinin yanında ikamet etmesini “Tek Konut Modeli” olarak isimlendirmektedir. Bu modelde çocuk hayatını ana ya da babadan biri ile geçirmekte ve günlük işlerine yanında kaldığı ebeveyn tarafından tek başına karar verilebilmektedir (İnce, s. 210).

<sup>173</sup> EJP, Elterliche Sorge, s. 3; Bucher, Autorite Parentale, s.46, 47.

<sup>174</sup> Bratt, s. 283; Morgenbesser/Nehls, s. 100.

<sup>175</sup> Gençcan, Velayet Hukuku, s. 99.

edinilmesine bağlıdır (TMK m. 20/1). Diğer taraftan çocuğun sürekli yer değiştirmesi, onun yeni koşullara alışana kadar geçireceği süre, günlük yaşamında oluşacak değişkenlikler, kendini bir yere ait hissetmemesine veya toplumsal ilişkilerinin bozulmasına neden olabilir.

Birlikte velayette, çocuğun sırayla ana veya babasının yanında kalmasını öngören modelden başka, bazı ülkelerde çocuğun sabit bir evde kalmasını ve ebeveynlerin dönüşümlü olarak o eve yerleşmesini sağlayan bir model de kabul edilmektedir. Bu model, doktrinde “yuva” modeli olarak isimlendirilir.<sup>176</sup> Ancak, yuva modelinin uygulanabilmesi için ananın, çocuğun ve babanın olmak üzere toplam üç konuta ihtiyaç vardır.<sup>177</sup> Fazla masraflı olduğu gerekçesiyle bu modelin uygulanmasına pek rastlanılmamaktadır.<sup>178</sup>

Birlikte velayette en sık uygulanan yerleşim yeri modeli ise “merkez modeli”dir. Burada çocuk fiilen ebeveynlerinden birinin yanında bırakılır. Böylece çocuk sürekli olarak tek bir ebeveynin yanında yaşar.<sup>179</sup> Diğer ebeveynin ise, çocukla görüşme ve onu ziyaret hakkı saklıdır. İsviçre’de yapılan araştırmalarda ebeveynlerin en çok merkez modeli üzerinde anlaşmaya vardıkları görülmektedir.<sup>180</sup> Kanaatimizce merkez modeli, ülkemiz bakımından da uygun bir modeldir.

## SONUÇ

Son yıllarda, evlilik birliğinin sona erdiği hallerde, AİHS’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün “eşler arasında eşitlik” başlıklı 5. maddesi gerekçe gösterilerek, birlikte velayete karar verildiği görülmektedir. Doktrinde de yıllardır, gerek TMK m. 336 ve 337 hükümlerinin amaca uygun sınırlandırılarak, gerekse de ÇHS’nin 3., 18. ve 7/1. vd. hükümleri çerçevesinde (çocuğun yararına da uygun olmak koşuluyla) birlikte velayete karar verilebileceği çoğunlukla savunulmaktadır. Buna rağmen, birlikte velayeti talep eden ebeveynlere TMK’da bu hakkın tanınmamış olması, büyük bir eksikliktir. Aynı zamanda bu durum, ebeveynlerin temel hakkı olan ana ve babalık hakkının da ihlali anlamına gelir. Bu

<sup>176</sup> İnce, s. 212; Ertlüle, s. 185.

<sup>177</sup> İnce, s. 212.

<sup>178</sup> Ertlüle, s. 185.

<sup>179</sup> Ertlüle, s. 185.

<sup>180</sup> Ertlüle, s. 213.

nedence, İsviçre ve Almanya dahil birçok ülke kanunlarında olduğu gibi ülkemizde de birlikte velayete imkan tanıyan düzenlemelere yer verilmelidir.

Kanaatimizce, ülkemizde birlikte velayet düzenlenirken, “kural” ya da “*istisna*” tartışmalarına girilmeksizin, karar doğrudan hakimın takdirine bırakılmalıdır. Burada hakime sınırsız bir takdir hakkının verilmesinden bahsedilmemektedir. Hakim, çocuğun üstün yararını gözetmek kaydıyla ve mümkünse ana, baba ve çocuğu dinleyip görüşlerini de aldıktan sonra, her somut olayın özelliğine göre, velayetin birlikte ya da tek başına kullanılmasına karar verebilir. Burada önemli olan çocuğun yararadır. Öte yandan ana ve baba, çocuğun bakımı ve bakım giderleri hakkında bir anlaşma yapmış ise, hakimın anlaşmaya göre karar vermesi de mümkündür. Ancak, ülkemizde birlikte velayet için “*ortak başvuru*” veya “*ebeveynlerin anlaşması*” gibi koşulların, zorunlu olarak düzenlenmemesi gerekir. Şüphesiz birlikte velayette gönüllülük esastır. Ancak bu istek ve iradenin, zorunlu olarak, ebeveynlerin çocuğun bakımı ve bakım giderleri hakkında anlaşma yapması ve birlikte başvuruda bulunması gibi koşullara bağlanması da yerinde değildir.

Birlikte velayete ilişkin düzenlemeler yapıldığı takdirde, ZGB m. 301/1’de olduğu gibi, ülkemizde de çocuğu himayesinde bulunduran ana veya babaya, “*günlük*” ya da “*acil/önemli*” olan konularda veya “*diğer ebeveyne ulaşma imkanı olmadığı hallerde*” tek başına karar verebilme yetkisi tanınabilir. Böylece, ana ve baba arasında anlaşmazlık çıkma ihtimali de azalacaktır. Ayrıca her kararda, özellikle de acil konular hakkında verilmesi gereken kararlarda, diğer ebeveynin icazetini ararken geçecek zaman kaybı da önlenmiş olacaktır.

Yapılan bütün bu açıklamalar değerlendirildiğinde, kanun koyucu TMK’da birlikte velayeti düzenlerken, aşağıdaki esasların ya da benzerlerinin veyahut bu esaslardan bazılarının dikkate alınması gerektiği yönünde bir düzenlemeye yer verebilir. Bunlar;

- çocuğun üstün yararı,
- ana ve baba arasında kronik bir çatışma,
- aile içi şiddet;
- ana ve babanın çocuğu yetiştirme kabiliyetleri,

- ana ve babanın ortak talebi,
- ana ve baba arasındaki anlaşma hükümleri,
- çocuğun görüşü..... gibi esaslardır.

Ancak herhangi bir esasın, birlikte velayetin uygulanabilmesi için zorunlu bir koşul olarak kabul edilmesi, bizce hakim takdir yetkisini sınırlandıracaktır. Bu nedenle kanun koyucunun zorunlu koşullar yerine, birlikte velayet kararında dikkate alınabilecek esasları düzenlemesi, kanaatimizce daha uygundur.

Sonuç olarak, ülkemizde birlikte velayete ilişkin uygulamada açık ve yeknesak bir düzen kurulabilmesi bakımından kanuni düzenlemelere ihtiyaç olduğu yadsınmaz bir gerçektir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akkışla Hasibe Sena, Velayetin Tevdii, Ankara 2017.
- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Aile Hukuku B. 20, Ankara 2017.
- Akyüz Emine, Çocuk Hukuku, B. 2, Ankara 2012.
- Baygın Cem, Soybağı Hukuku, B. 1, İstanbul 2010.
- Bilgin Esra Pınar Yılmaz, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Ocak 2016.
- Çelikel Serdar, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku (Cilt III) Aile Hukuku, B. 13, İstanbul 2018.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018.
- Erlüle Fulya, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Ankara 2019.
- Feyzioglu Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1979.
- Hatemi Hüseyin/Oğuztürk Burcu Kalkan, Aile Hukuku, B. 5, İstanbul 2016.
- Karaca Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015.
- Kiremitçi Müge, Boşanma Sürecinde Müşterek (Ortak) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, İstanbul 2015.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara 2004.
- Köseoğlu Bilal/Kocağa Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.
- Morgenbesser Met/Nehls Nadine, Joint Custody, B. 2, USA, California 1981.
- Nikolina Natalie, Divided Parents, Shared Children, United Kingdom 2015.
- Özdamar Demet, CEDAW Sözleşmesi, Ankara 2009.

- Özdemir Hayrunnisa/Ruhi Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2017.
- Özmen İsmail, *Velayet Hukuku Davaları, Çocuk Hakları, Aile ve Çocuk Mahkemeleri*, B. 3, Ankara 2013.
- Ruhi Ahmet Cemal/Ruhi Canan, *Velayet Hukuku*, Ankara 2017.
- Usta Sevgi, *Velayet Hukuku*, İstanbul 2016.
- Yücel Yeliz, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, İstanbul 2018.
- Yüksel Sera Reyhani, *Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları*, İstanbul 2020.

### Makaleler

- Abik Yıldız, "Türk Medeni Kanunu'ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", Prof. Dr. Şener Akyola'a Armağan, İstanbul 2011.
- Akyüz Emine, "Çocuk Güvenliği İlkesi Işığında Korunmaya Muhtaç Çocuklar", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Y. 1980, S. 2, C. 24.
- Ayanna Ariel, "From Children's Interests to Parental Responsibility: Degendering Parenthood Through Custodial Obligation", 19 *UCLA Women's L.J.* 1, 60 (2012).
- Bala Nicholas, "Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law", 40 *Queen's L.J.* 425 (2015), s. 425-482.
- Begüm Süzen, "Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi", *Bahçeşehir Üniversitesi HFD*, Y. 2015, C. 10, S. 133-134, s. 27-49.
- Birinci Uzun Tuba, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", *Hacettepe HFD*, C. 6, S. 1, Y. 2016.
- Brinig Margaret F., "Result Inequality in Family Law", *Akron Law Review*, Vol. 49/471, 2016.
- Bucher Andreas, "Autorité Parentale Conjointe Dans Le Contexte Suisse Et International /III.-Bibliographie", Symposium Zum Familienrecht, La famille Dans Les 2013.
- Büchler Andrea / Clausen Sandro, "Die elterliche Sorge- Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung", *FamPra*, (1): 1-35; 2018.
- Büchler Andrea/Cantieni Linus/Simoni Heidi, "Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda-Ein Vorschlag 1", *FamPra.ch* 2/2007 vom 07.05.2007.
- Büchler Andrea/Maranta Luca, "Das neue Recht der elterlichen Sorge Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden", in: *Jusletter* 11, August 2014.
- Cantieni Linus/Biderbost Yvo, "Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindesund Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – Erste Erfahrungen und Klippen", *FamPra.ch* 2015, S. 771, s. 771-796.
- Delabays Jérôme, "Autorité Parentale, Droit de Visite et Procédures, Quelques Jurisprudences Récentes", Symposium zum Familienrecht, Droit de la Famille et Nouvelle Procédure 6e Symposium en Droit de La Famille, Y. 2012.

- Dönmez Ünsal/Barın Taylan, "Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 35, Temmuz 2018.
- Ebels-Duggan Kyla, "Awarding Custody: Children's Interests And The Fathers' Rights Movement", *Public Affairs Quarterly*, Vol. 24, No. 4 (October 2010), s. 257-278.
- Fischer Rechtsanwältin, "Rechtsanwältin, Aus Dem Themengebiet: Scheidungsrecht Merkblatt Einführung Der Gemeinsamen Elter-Lichen Sorge Als Regel-Fall (AB 1. Juli 2014)", ([www.fischer-rechtsanwaelte.ch](http://www.fischer-rechtsanwaelte.ch), E.T. 01.11.2021).
- Gassner Sybille/Majid Nadja, "Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht/ IV. Kindesrecht/ A-F.", Symposium zum Familienrecht, Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge-Güterrecht-Unterhalt 8. Symposium Zum Familienrecht, 2015.
- Gençcan Ömer Uğur, "Ortak Velayet", *İzmir Barosu Dergisi* 8 Mart 2017 Özel Sayısı, (<http://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozelbulten20173813332417.pdf>, E.T. 29.07. 2018).
- Gloor Urs/Lukas Barbara Umbricht, "Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen Für die Praxis", FHB – Fachhandbuch.
- Grassinger Gülçin Elçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s. 823-846.
- Gülgösteren Zeynep Ayza, "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet", Çankaya Üniversitesi HFD, C. 2, S.2, Ekim 2017.
- Güven Aydın, "Türk Hukukunda Ortak (Birlikte) Velayet (Ortak Velayet)", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 3, Y. 2017, s. 119-131, s. 127.
- Güven Kudret, "Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişki-de Velayet Hakkının Geldiği Son Nokta: Ortak Velayet", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, Ocak 2018.
- Hanke Andreas T., "Custody and Visitation Rights in Germany after the Decisions of the European Court on Human Rights", 45 Fam. L.Q. 353 (2011).
- Hauschild Luise, "Reforming the Law on Parental Responsibility, The Internationall Survival Family Law (2014).
- Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., "Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Eheschliessung, Scheidung, allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht", *Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft*, 2010.
- Iseli Louis, "Aus der Rechtsprechung des Kantonsgerichts des Kantons Luzern, 3H 14 12, 1B 14 53, 3H 15 45, 1B 15 28", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 152/2016, S. 575.
- İnce Nurten, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet", *TAAD*, Y. 9, S. 34, Nisan 2018.
- Köse Elif Naz, "Velayet Hakkına, Birlikte Velayet Kavramına, Velayet Davalarında Çocuğun Dinlenilmesine Kısa Bir Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 6, Y. 2017.

- Leyla Müjde Kurt, "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet", *İnönü Üniversitesi HFD*, C. 9, S. 2, Y. 2018.
- Lowe N. V., "The Allocation of Parental Rights and Responsibilities -The Position in England and Wales", *Family Law Quarterly*, Volume 39, Number 2, Summer 2005, s.267- 299.
- Widrig Martin, "Elterliche Sorge- ein Grundrecht? Das Diskriminierungsverbot, der Anspruch auf Achtung des Familienlebens und die Revision Law, Jusletter, 23. Juli 2012, s. 1-12.
- Meier Philippe, "L'autorite parentale conjointe-L'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne-quels effets sur le droit suisse?", Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze, ISSN. 1664-2007.
- Meier Philippe/Häberli Thomas, "Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Juli bis Oktober 2015)", *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz*, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES, Marco Zingaro, Estelle de Luze.
- David Miller, "Joint Custody, *Family Law Quarterly*, Vol. XIII, Number 3, Fall 1979, s. 345- 412.
- Öcal Apaydın Bahar, "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi HFD*, Y. 2016, C. 11, S. 145-146.
- Öztan Bilge, "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 251- 260.
- Polat Oğuz/Güldoğan Evin, "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velâyetin Saptanmasındaki Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 118, Y. 2015, s. 243-254.
- Reiser Anne, "Autorité Parentale, Garde, Relations Personnelles, Comment Obtenir L'exécution Des Jugements, De Lege Lata? / I.-II.", *Symposium Zum Familienrecht, Droit de La Famille Et Nouvelle Procédure 6e, Symposium En Droit de La Famille*, 2012, s, 197-219.
- Schwenzer Ingeborg/Keller Tomie, "New Rules on Parental Responsibility in Switzerland (New Rules)", *The International Survey of Family Law*, Yıl. 2014.
- Schwenzer Ingeborg/Keller Tomie, "The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Switzerland", *European Family Law Volume II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, (Edited by Jens M. Scherpe University Senior Lecturer, University of Cambridge and Fellow of Gonville and Caius College), Cambridge, UK.
- Seçer Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, Y.2016.
- Serdar İlknur, "Birlikte Velayet", *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 10, S. 1, 2008, s. 155-197.
- Taussig John G. Jr./Carpenter John T., "Joint Custody", *North Dakota Law Review*, Vol. 56, Y. 1980, s. 223- 238.



Uzun Kazmacı Özge, "Evlilik Dışında Velayetin Birlikte Kullanılması", *Prof. Dr. Mustafa Dural Anısına Özel Sayı- III, KHÜHFD*, 1 Haziran 2018, C.6.

Weiner Merle H., "Thinking outside the Custody Box: Moving beyond Custody Law to Achieve Shared Parenting and Shared Custody", *University Of Illinois Law Review*, Vol. 2016/4, s. 1535- 1580.

Lisansüstü Tezler

İcan Yeşim Öztürkmen, *Hakimin Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi*, (Danışmanı: Prof. Dr. Erkan Perşembe), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi Samsun 2015.

Karabacak Ayşegül, "Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı", (Danışmanı: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk ABD, Özel Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Staudingers J. Von, "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einf\_hrungsge-  
setz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts" (Dr. Reinhard Voppel Rechts-  
anwalt in Köln), Berlin 2008.

Şimşek Canan, *Türk Hukuku ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları*, (Danışmanı: Prof. Dr. Demet Özdamar), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Özel Hukuk Programı, İzmir 2012, s. 11; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

Taşkın Özder Özer, *Velayette Çocuğun Üstün Yararı*, (Danışmanı: Doç. Dr. Nuri Erişgin), Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Ağustos 2006.

Ülkü Hande Atmaca, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü*, (Danışmanı: Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce), Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2017.

Yalın Şeyda Şanlı, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, (Danışmanı: Doç. Dr. Ebru Ceylan), İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2017.

### **Mahkeme Kararları**

İzmir 4. Aile Mahkemesi T. 27.05.2009, E. 2009/448, K. 2009/470.

Yarg. 2. H.D, T. 08.10.2015, E. 2015/16656, K. 2015/17893, Yarg. 2 H.D., T. 29.05.2007, 13787/9038, Yarg. 2. H.D. 04.05.2010, 7300/889 (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 159).

Yarg. 2. H.D. E. 2015/624866, K. 2017/3581, T. 30.03.2017 (Ruhi/Ruhi, s. 25)

Yarg. 2. H.D. T. 08.10.2015, E. 2015/16656, K. 2015/17893, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2015-16656.htm>, E.T. 21.11.2018).

Yarg. 2. H.D. T. 14.1.1992, E. 1991/43779, K. 1992/130 (*İcan*, s. 90'dan naklen).

Yarg. 2. H.D. T. 22.01.2014, E. 2013/15601, K. 2014/1162, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104).

Yarg. 2. H.D., T. 16.06.2005, E. 2005/8216, K. 2005/9351, (Gençcan, Velayet Hukuku, s. 104).

Yarg. 2. HD, E. 2003/5117, K. 2003/7292 (*İcan*, s. 114'ten naklen).

Yarg. HGK, T. 23.11.2011, E. 2011/2-547, K. 2011/695, (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=34787>, E.T. 21.11.2018).

Yarg. HGK, E. 2011/2-547, K. 2011/695, T. 23.11.2011 (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=193&t=34787>, E.T. 15.11.2018).

### **İnternet Kaynakları**

BGer 5A\_513/2014, T. 1 Ekim 2015, (<https://www.bger.ch>, E.T. 21.11.2018).

BGer 5A\_923/2014, 27.08.2015 Nr. 4. 4, 4. 6, 4. 7, (Swisslex, E.T. 08.08.2018).

Europen justice, ([https://e-justice.europa.eu/content\\_lawful\\_removal\\_of\\_the\\_child-289-EW-en.do?clang=en](https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-EW-en.do?clang=en), E.T. 25.09.2018).

Schläppi Sarah, "Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall", ([https://bracherpartner.ch/fileadmin/user\\_upload/bracherpartner/publikationen/Gemeinsame\\_elterliche\\_Sorge\\_als\\_Regelfall.pdf](https://bracherpartner.ch/fileadmin/user_upload/bracherpartner/publikationen/Gemeinsame_elterliche_Sorge_als_Regelfall.pdf), E.T. 01.11. 2021).

Shambicco Noam, "Die Neuregelung Der elterlichen Sorge", (<https://www.studerlaw.com/files/studerlaw/publikationen/moegazette/die-neuregelung-der-elterlichen-sorge.pdf>, E.T. 01.11.2021).

### **Diğer Kaynaklar**

EJPD, Bundesamt für Justiz BJ Direktionsbereich Privatrecht, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht.

Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) (16. November 2011).

Messaggio concernente una modifica del Codice civile svizzero (Autorità parentale), FF 2011 8025, (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/1580/it>, E.T 01.11.2021).



# KADININ İNSAN HAKLARINDAN BİR SAPMA ÖRNEĞİ: KADININ CİNSEL SAKATLANMASI\*

## A DEVIATION EXAMPLE FROM WOMEN'S HUMAN RIGHTS: FEMALE GENITAL MUTILATION

Ayşen SEYMEN ÇAKAR\*\*

Kadının cinsel sakatlanması,  
uluslararası alanda tanınmış  
bir insan hakları ihlalidir.  
(UNICEF)<sup>1</sup>

**Özet:** Kadının cinsel sakatlanması, tıbbi olmayan nedenlerle kadının dış cinsel organının kısmen veya tamamen çıkarılmasını veya kadın cinsel organlarına başka bir şekilde zarar verilmesini içerir. Kadının cinsel sakatlanmasının başlıca dört tür uygulaması vardır. Kadının cinsel sakatlanması, geleneksel bir uygulamadır. Kadının cinsel sakatlanması, Afrika, Orta Doğu ve Asya'da uygulanmakla birlikte en yaygın uygulaması Afrika'dadır. Kadının cinsel sakatlanması çoğunlukla bebeklik ile on beş yaş arasındaki kız çocuklarına uygulanmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarih ve 48/104 sayılı kararıyla kabul edilen Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi'nin 2. maddesinde kadının cinsel sakatlanması ve kadına zarar veren diğer geleneksel uygulamalar, kadına yönelik şiddet eylemleri olarak açıkça sayılmıştır. Dünya Sağlık Örgütü, kadının cinsel sakatlanması uygulamasının, kadın ve kız çocukları üzerinde hiçbir sağlık yararına sebep olmadığı gibi birçok sağlık sorununa yol açtığını ve kadının cinsel sakatlanmasının, kadın ve kız çocuklarının insan haklarının bir ihlali olduğunu; cinsiyetler arasındaki köklü eşitsizliği yansıttığını ve kadınlara karşı aşırı bir ayrımcılık biçimi oluşturduğunu belirtmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kadının Cinsel Sakatlanması, Kadına Yönelik Şiddet, Kadının İnsan Hakları, Kültürel Görecelilik

\* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi, aysenseymencakar@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3843-6120, Makalenin Gönderim Tarihi: 05.05.2021 Kabul Tarihi: 06.05.2021

<sup>1</sup> UNICEF, "Female Genital Mutilation", September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

**Abstract:** Female genital mutilation involves the partial or total removal of external female genitalia or other injury to the female genital organs for non-medical reasons. Female genital mutilation is classified into four major types. Female genital mutilation is a traditional practice. Although female genital mutilation is practiced in Africa, the Middle East and Asia, its most common practice is in Africa. Female genital mutilation is mostly applied to girls between the ages of infancy and the age of fifteen. Female genital mutilation and other traditional practices that harm women are explicitly counted as acts of violence against women in Article 2 of the Declaration on the Elimination of Violence Against Women, adopted by the United Nations General Assembly's decision dated December 20, 1993 and numbered 48/104. The World Health Organization states that female circumcision does not cause any health benefits for women and girls, but also causes many health problems and that female circumcision is a violation of the human rights of women and girls; It states that it reflects the deep-rooted inequality between the sexes and creates an extreme form of discrimination against women.

**Keywords:** Female Genital Mutilation, Violence Against Women, Women's Human Rights, Cultural Relativity

## 1. GİRİŞ

Kadının cinsel sakatlanması, tıbbi olmayan nedenlerle kadının dış cinsel organının kısmen veya tamamen çıkarılmasını veya kadın cinsel organlarına başka bir şekilde zarar verilmesini içeren bir uygulamadır. Kadının cinsel sakatlanması, uygulama sonrası gerçekleşebilecek acil komplikasyonların yanı sıra daha uzun vadede ortaya çıkabilecek bazı komplikasyonlara da yol açabilir. Kadının cinsel sakatlanmasının ortaya çıkışı ile ilgili az miktarda bilgi bulunmakla birlikte ilk olarak milattan önce, Mısır'da uygulandığına ilişkin deliller elde edilmiştir. Afrika (Batı-Doğu ve Kuzeydoğu bölgelerinde), Orta Doğu ve Asya'da kadının cinsel sakatlanmasının yoğunlaştığı 30 ülkede bugün yaşayan 200 milyondan fazla kız çocuğu ve kadına, kadının cinsel sakatlanması uygulaması gerçekleştirilmiştir. Kadının cinsel sakatlanması çoğunlukla bebeklik ile on beş yaş arasındaki kız çocuklarına uygulanmaktadır. Kadının cinsel sakatlanmasının başlıca dört tür uygulaması vardır. Dünya Sağlık Örgütü, UNICEF (Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu), UNFPA (Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu), CEDAW (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi) gibi pek çok uluslararası organ, kadının cinsel sakatlanması uygulamalarının tümünü, kadının insan haklarının bir ihlali olarak nitelendirmektedirler. Kadının cinsel sakatlanması, ülkemizde uygulanmamakla birlikte özellikle ülkemize gelen göçmenler sebebiyle bilinir hale gelmiş

ve genellikle tıp alanında çalışan öğretim üyeleri tarafından inceleme konusu edilmiştir. Kadının cinsel sakatlanması geleneksel bir uygulamadır. Bu geleneksel uygulama ve kadına zarar veren diğer geleneksel uygulamalar, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarih ve 48/104 sayılı kararıyla kabul edilen Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi'nin 2. maddesinde kadına yönelik şiddet eylemleri olarak açıkça sayılmıştır. Konunun, ülkemizde, hukuki açıdan incelemesi ise sınırlı sayıda'dır. Bu çalışmada amaçlanan, kadının cinsel sakatlanması konusunun tanıtılması ve kadının insan haklarına aykırı bir uygulama olduğunun vurgulanmasıdır.

## 2. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Çalışma başlığında, insan hakları terimi yerine kadının insan hakları ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir. Kadının insan hakları terimi bazı düşünürlerce, "kadın, bir insan olduğuna göre, insanın insan hakları" şeklinde bir söylem anlamına gelir ve bu sebeple kullanılması doğru değildir, şeklinde eleştirilmektedir. Bu sebeple, bu çalışmanın daha başlangıç kısmında, söz konusu terimin seçilme nedenini açıklamak gerekli hale gelmiştir. Öncelikle, bu tür bir yaklaşımın, kadının insan hakları konusunu hafife indirdiğini belirtmek gerekir. Konuya bu tür bir yaklaşımla bakıldığında, çocuk hakları şeklinde bir inceleme alanının olması da eleştiri konusu edilebilir ki bu doğru bir tutum olmayacaktır. Aynı tartışmanın, engelli şahısların ya da yaşlıların insan haklarının incelenmesinde de ortaya çıkabilmesi mümkündür. Şüphesiz ki, anılan gruplar, belli özellikleriyle ayrılmış insan gruplarıdır. Dolayısıyla, sahip oldukları haklar da insan haklarıdır. Bu alanlar, insan hakları hukukunun ayrılmaz parçalarıdır. Dinçkol'un<sup>2</sup> da belirttiği gibi kadının insan hakları, insan haklarından ayrı bir kategoriye ya da insan haklarının alt kategorisini oluşturmaz. Kadınların insan hakları, evrensel insan haklarının vazgeçilmez, ayrılmaz ve bölünmez bir parçasıdır. Ama biliyoruz ki, sadece kadın olmalarından dolayı, kadınların insan hakları ağır ihlallere uğramaktadır, bu sebeple kadınların insan hakları ayrıca ele alınmayı gerektirmektedir.

<sup>2</sup> Bihterin Vural Dinçkol, "Kadının İnsan Hakları", İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Der. Bihterin Vural Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2003, s. 13.

Toplum içinde bazı gruplar kırılgan olarak nitelendirilmektedir. Bunun sebebi bazı özelliklerinden dolayı örselenmeye ve hasar görmeye daha açık olmalarıdır. İncinebilir kişi (vulnerable people) kavramı kendini korumaya gücü yetmeyen, çeşitli ihtiyaçlarını karşılama noktasında dışarıya bağımlı, istismar edilmeye daha açık bireyleri ifade etmektedir. Bu bireyler koruma ve pozitif ayrımcılığa daha fazla ihtiyaç duymaktadırlar.<sup>3</sup> Kırılgan gruplar olarak belirtilen bu grupların dezavantajlı gruplar olarak isimlendirilmesi de mümkündür. Doğuştan gelen veya kültürel faktörlere bağlı olarak toplumda mevcut kaynaklardan yeterli ölçüde yararlanamayan, sosyal dışlanma ve marjinalleşme ile birlikte çeşitli risk faktörlerine açık olan sosyal gruplar, savunmasız ve dezavantajlı grup olarak adlandırılmaktadır.<sup>4</sup> Yaşlılar, fiziksel ya da zihinsel engeli olan kişiler, çocuklar, suçlular, madde bağımlıları, gebe kadınlar, evsizler, mülteciler, öğrenme güçlüğü çekenler vs. bu grup içerisinde sayılabilir. İncinebilir gruplarda ifade edilen 'güçsüzlük' bireysel bir yetersizlik değil, toplumun geri kalanından ayrılan özellikleri sebebiyle onlara atfedilen imkânsızlıklarla ilişkilidir.<sup>5</sup> Sadece cinsiyetleri sebebiyle insan hakları yoğun bir şekilde ihlal edilen kadınların da kırılgan gruplar içerisinde sayılabilmesi mümkündür. Anayasamız da "Kanun Önünde Eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinde öncelikle herkesin ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu belirttiğinden sonra ikinci fıkrasında, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduklarını ve devletin bu eşitliği yaşama geçirme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiş; bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağını açıkça vurgulayarak pozitif ayrımcılık düzenlemesine yer vermiştir.

Konu ile ilgili yerli ve yabancı kaynak taraması yapıldığında da kadının insan hakları teriminin, günümüzde yaygın bir kullanımının olduğu görülecektir. Bu sebeple, çalışmada kadının insan hakları teriminin kullanımı tercih edilmiştir.

<sup>3</sup> Gizemnur Kordalı, "Pandemi Sürecinde Çalışanlara Yönelik Riskler Çalışana Destek ve Özbakım", <https://idealsosyalhizmet.com/icerik/uploads/2020/08/Pandemi-surecinde-calisana-yonelik-riskler-calisana-destek-ve-ozbakimmm.pdf/>, 09.02.2021, s. 17.

<sup>4</sup> Hatice Büşra Can, "Olağanüstü Durumlarda Geliştirilen Sosyal Politikaların Dezavantajlı Gruplar Üzerindeki Etkisinin Sosyal Hizmet Perspektifinden Değerlendirilmesi: Covid-19 Pandemisi Türkiye Örneği", Sosyal Hizmet, Temmuz-Aralık 2020, s. 47.

<sup>5</sup> Kordalı, a.g.m., s. 17.



Kadının cinsel sakatlanması, female circumcision (kadın sünneti), female genital mutilation (kadının cinsel sakatlanması), female genital cutting (kadının genital kesimi) gibi farklı isimlerle kullanılmakla birlikte, Dünya Sağlık Örgütü, UNICEF gibi uluslararası örgütler tarafından female genital mutilation yani kadının cinsel sakatlanması teriminin kullanıldığı görülmektedir. Kadının cinsel sakatlanması, dini bir kural olmamakla birlikte, uygulamanın kısmen Müslümanlar tarafından da gerçekleştirildiği bilinmektedir. Müslüman yazarlar tarafından, kadın sünneti kavramının tercih edildiği, ülkemizde, konu hakkında ve genellikle tıp alanında yapılan çalışmalarda da kadın sünneti isimlendirmesinin kullanıldığı görülmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, bu isimlendirme, uygulamanın dinsel bir uygulama olduğu yönünde yanlış bir algıya sebep olmaktadır. Kadın sünneti terimi, kadın cinsel organının dinsel gereklilikler sebebiyle kesilmesi şeklinde anlaşılmalıya uygundur. Kadının genital kesimi terimi ise dinsel gereklilikler vurgusu olmaksızın kadının cinsel organının kesilmesi olarak nitelendirilebilir. Oysaki, kadının cinsel sakatlanması, yalnızca kadının cinsel organının kesilmesi işleminden ibaret olmayıp, iğneleme, dağlama, delme, dikme gibi farklı uygulamalarla da yerine getirilmektedir. Bu sebeple, kadının cinsel sakatlanması, kadının genital kesimini kapsamakla birlikte ondan farklı türlerde işlemleri de bünyesinde barındıran daha geniş bir uygulamadır. Dinsel gerekliliklere dayanmaması sebebiyle de sünnet olarak adlandırılması doğru değildir. Oysaki cinsel sakatlama ifadesi, daha başlangıçta, bu uygulamanın insan haklarına aykırı olduğunu yansıtmaktadır. Bu sebeple bu çalışmada, kadın sünneti kavramı yerine daha kapsayıcı ve hukuken daha uygun bir kavram olan ve uluslararası literatürde de benimsenmiş olan kadının cinsel sakatlanması teriminin kullanımı tercih edilmiştir.

### 3. GENEL OLARAK KADININ CİNSEL SAKATLANMASI UYGULAMASI

Kadının cinsel sakatlanması (female circumcision, female genital mutilation, female genital cutting), eksternal genital organların kısmen veya tamamının alınması işlemidir. Kadının cinsel sakatlanması, Dünya Sağlık Örgütü tarafından “medikal sebepler dışında, eksternal kadın genital organlarının kısmen veya tamamen çıkarılması veya kadın genital organlarına başka şekillerde zarar verilmesini içeren tüm iş-

lemler” olarak tanımlanır.<sup>6</sup> Dünya Sağlık Örgütü, kadının cinsel sakatlanması uygulamasının, kadın ve kız çocukları üzerinde hiçbir sağlık yararına sebep olmadığı gibi şiddetli kanamaya ve idrar yapma sorunlarına ve daha sonra kistlere, enfeksiyonlara, ayrıca doğum komplikasyonlarına ve yeni doğan ölüm riskinde artışa neden olabileceğini, kadının cinsel sakatlanmasının, kadın ve kız çocuklarının insan haklarının bir ihlali olduğunu; cinsiyetler arasındaki köklü eşitsizliği yansıttığını ve kadınlara karşı aşırı bir ayrımcılık biçimi oluşturduğunu belirtmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, bu uygulamanın aynı zamanda bir kişinin sağlık, güvenlik ve fiziksel bütünlük haklarını, işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden uzak olma hakkını ve işlemin ölümle sonuçlanması durumunda yaşama hakkını ihlal ettiğini vurgulamaktadır.<sup>7</sup> Ayrıca kadının cinsel sakatlanması uygulamasına maruz kalan kız çocuklarının, çocuk gelin olma ve okulu bırakma riski artmakta, bu da kendileri ve toplumları için daha iyi bir gelecek inşa etme yeteneklerini tehdit etmektedir.<sup>8</sup>

### 3.1. Yol Açtığı Sağlık Sorunları

Kadının cinsel sakatlanması; şiddetli acı, aşırı kanama (kan kaybetme), genital doku şişmesi, ateş, tetanoz gibi enfeksiyonlar, idrar problemleri, yaraların iyileşme sorunları, çevreleyen genital dokuda yaralanma, şok ve ölüm gibi bazı acil komplikasyonlara sebep olabilir. Uygulama sonrası gerçekleşebilecek bu tür komplikasyonların yanı sıra daha uzun vadede ortaya çıkabilecek bazı komplikasyonlar da söz konusudur. Ağrılı idrara çıkma, idrar yolu enfeksiyonları gibi idrar problemleri; akıntı, kaşıntı, bakteriyel vajinoz ve diğer enfeksiyonlar gibi vajinal problemler; ağrılı adet kanaması, adet kanının akmasında zorluk gibi adet sorunları; yara dokularının oluşması; cinsel ilişki sırasında ağrı, tatmin azalması gibi cinsel sorunlar; zor doğum, aşırı kanama, sezaryen, bebeği ayıltma ihtiyacı ve yeni doğan ölümleri gibi

<sup>6</sup> A. Filiz Aşşar, Serdal Kanuncu ve H. Levent Keskin, “Kadın Sünneti”, Türkiye Klinikleri Jinekoloji Obstetrik, 2008, 18/5, s. 321-322.

<sup>7</sup> World Health Organization, “Female Genital Mutilation”, 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>8</sup> UNICEF, “Female Genital Mutilation”, September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

doğum komplikasyonları riskinin artması; vajinal açıklığın kapatılması veya daraltılması ya da cinsel ilişki ve doğum için daha sonra kapalı vajinanın kesilerek açılmasına ihtiyaç duyulması sebebiyle yeni ameliyatlara gereksinim duyulmasına yol açması<sup>9</sup>; depresyon, anksiyete, travma sonrası stres bozukluğu, kendine güvenmeme gibi psikolojik sorunlar bu komplikasyonlar arasında sayılabilir.<sup>10</sup>

### 3.2. Yoğun Olarak Uygulandığı Coğrafya

Kadının cinsel sakatlanması uygulamasının ortaya çıkışı ile ilgili az miktarda bilgi bulunmakla birlikte ilk olarak milattan önce, Mısır'da bazı kadın mumyalar üzerinde gözlemlenen ve duvar resimlerinde ayrıntılı olarak resmedilen kadının cinsel sakatlanması vakası, bu geleneğin çok eskilere dayandığını ve uzun yıllardır devam ettiği görüşünü desteklemektedir.<sup>11</sup> Yunan tarihçi Herodot, M.Ö. beşinci yüzyılın ortalarında Mısır'ı ziyaret ettiğinde, orada erkek sünneti ve kadının cinsel sakatlanması uygulamasının yapıldığını tespit etmiştir. İngiliz müzesinde bulunan ve M.Ö. 163 tarihli bir Yunan papirüsü, Memphis'te çeyizlerini aldıkları yaşlarda kız çocuklarına yapılan operasyonlardan bahsetmektedir.<sup>12</sup>

Erkek sünneti ve kadının cinsel sakatlanması, Sahra altı ve Kuzey Afrika'nın geleneksel kültürlerinde, Müslüman Orta Doğu'da, Yahudi diasporasında, Avustralya Aborjinlerinde, Pasifik Adaları'nda, Güneydoğu Asya'da ve başka yerlerde çeşitli şekillerde uygulanmaktadır.<sup>13</sup> Kadının dış cinsel organının kısmen veya tamamen çıkarılması şeklinde uygulanan kadının cinsel sakatlanması, genellikle genç kız-

<sup>9</sup> Bazen genital doku, doğumdan sonra da dahil olmak üzere birkaç kez tekrar dikilir, bu nedenle kadın tekrar tekrar açma ve kapama prosedürlerinden geçirdiğinden hem anlık hem de uzun vadeli riskler daha da artar. World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>10</sup> World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>11</sup> Senem Soyer, "Kadın Sünneti: Kültürel Dayanakları ve Yol Açtığı Sorunlar", *Ekev Akademi Dergisi*, Yaz 2014, Yıl: 18, S. 60, s. 404.

<sup>12</sup> Leonard J. Kouba ve Judith Muasher, "Female Circumcision in Africa: An Overview", *African Studies Review*, March 1985, Vol. 28, No.1, s. 95.

<sup>13</sup> Eric K. Silverman, "Anthropology and Circumcision", *Annual Review of Anthropology*, 2004, Vol. 33, s. 419.

ları kadınlığa ve evliliğe hazırlayan geçiş töreninin bir unsuru olarak, yüzyıllardır Afrika'nın bazı bölgelerinde uygulanmaktadır.<sup>14</sup> Kadının cinsel sakatlanması uygulaması, dünyanın hiçbir yerinde Afrika ülkelerinde olduğu kadar yaygın değildir.<sup>15</sup> Afrika (Batı-Doğu ve Kuzey-doğu bölgelerinde), Orta Doğu ve Asya'da kadının cinsel sakatlanması uygulamasının yoğunlaştığı 30 ülkede<sup>16</sup> bugün yaşayan 200 milyondan fazla kız çocuğu ve kadına, bu uygulama gerçekleştirilmiştir. Kadının cinsel sakatlanması, çoğunlukla bebeklik ile on beş yaş arasındaki kız çocuklarına uygulanmaktadır.<sup>17</sup> UNICEF, yılda dört milyondan fazla kız çocuğunun, kadının cinsel sakatlanması riski altında olduğunu, kız çocuklarının genellikle on beş yaşından önce uygulamaya maruz kaldıklarını, Covid-19 sebebiyle okulların kapatılması ve kız çocuklarını bu zararlı uygulamadan korumayı amaçlayan programların aksatılmasının, önümüzdeki yıllarda daha fazla kadının cinsel sakatlanması uygulamasının yapılmasına sebep olabileceğini belirtmektedir.<sup>18</sup>

### 3.3. Kadının Cinsel Sakatlanmasının Türleri

Kadının cinsel sakatlanmasının başlıca dört tür uygulaması vardır. Birinci tür uygulama, klitoral glansın (kadın üreme organlarının

<sup>14</sup> Frances A. Althaus, "Female Circumcision: Rite of Passage or Violation of Rights?", *International Family Planning Perspectives*, September 1997, Vol. 23, No. 3, s. 130.

<sup>15</sup> Kouba ve Muasher, a.g.m., s. 95.

<sup>16</sup> UNICEF, ülke sayısını 31 olarak belirtmekte ve kadının cinsel sakatlanması uygulamalarının yarıdan fazlasının, Mısır, Etiyopya ve Endonezya'da gerçekleştirildiğini ifade etmektedir. UNICEF, "Female Genital Mutilation", September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>. Etiyopya'da 1957 yılında Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile kadının cinsel sakatlanması yasaklanarak açıkça bir suç olarak düzenlenmiştir. Kadının cinsel sakatlanması eylemlerini kapsayan yeni Ceza Kanunu'nun bu eylemler için getirdiği cezalar, özellikle ülkenin kırsal kesimlerinde kadının cinsel sakatlanması gibi zararlı geleneksel uygulamaların yüksek oranda görülmesi karşısında, hâlâ yeterli değildir. Kadının cinsel sakatlanmasının, kadınlar üzerindeki olumsuz etkisi ile kıyaslandığında cezaların düşük kaldığını kabul etmek gerekmektedir.

Foziya Feleke Geletu, "Etiyopya Kadın Hakları Hukuku", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 9, S. 1, s. 309.

<sup>17</sup> World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>18</sup> Örneğin Senegal'de kız çocuklarının yüzde sekseninden fazlası, kadının cinsel sakatlanması uygulamasına tabi tutulmaktadır. Aileler, kız çocuklarının toplumdaki dışlanacağı endişesi ile bu uygulamaya razı olmak zorunda kalmaktadır. UNICEF, "Female Genital Mutilation", September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

hassas bir parçası olan klitoris dış ve görünür kısmı) ve/veya sünnet derisinin/klitoral başlığın (klitoral glanı çevreleyen deri kıvrımı) kısmen veya tamamen çıkarılmasıdır. İkinci tür, klitoral glans ve labia minoranın (vulvanın iç kıvrımları), labia majoranın (vulvanın dış derisinin dış kıvrımları) çıkarılmasıyla veya çıkarılmadan kısmen veya tamamen çıkarılmasıdır. İnfibülasyon olarak da bilinen üçüncü tür, bir kapak contası oluşturarak vajinal açıklığın daralmasıdır. Kapatma işlemi, klitoral sünnet derisi/klitoral başlık ve penis başının çıkarılmasıyla veya çıkarılmadan, bazen dikiş yoluyla labia minora veya labia majoranın kesilmesi ve yeniden konumlandırılmasıyla oluşturulur. Dördüncü tür, tıbbi olmayan amaçlarla kadın cinsel organına yönelik diğer tüm zararlı prosedürleri içerir, örneğin genital bölgeyi iğneleme, delme, kazıma, oyma ve dağlama gibi. Dünya Sağlık Örgütü, kadının cinsel sakatlanmasının tüm türlerine ve kadının cinsel sakatlanmasını gerçekleştiren sağlık hizmeti sağlayıcılarına karşı olduğunu açıkça belirtmektedir.<sup>19</sup>

Kadının cinsel sakatlanmasının bir türü olan infibülasyon işlemine karşı deinfibülasyon işlemi gerçekleştirilmektedir. Deinfibülasyon, infibüle edilmiş bir kadının kapalı vajinal açıklığının kesilmesi pratiğini ifade eder; Dünya Sağlık Örgütü'ne göre deinfibülasyon uygulaması, genellikle sağlığı ve refahı iyileştirmenin yanı sıra cinsel ilişkiye izin vermek veya doğumu kolaylaştırmak için gereklidir.<sup>20</sup>

### 3.4. Kadının Cinsel Sakatlanmasının Uygulayıcıları

Genital kesim/sakatlama uygulamasına yönelik birçok itiraz, bu işlemin yapıldığı koşullarla da ilgilidir. Bir insan hakları örgütü olan Uluslararası Af Örgütü, operasyonun sıklıkla künt aletler (cam parçacıkları veya teneke kutular) kullanılarak gerçekleştirildiğini asepti/antisepti ve anestezi/analjezi olmadan yapıldığını bildirmektedir.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>20</sup> World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>21</sup> Nüket Örnek Büken, "İstanbul Sözleşmesi Bağlamında Kadın Sünneti", *Kadın/Woman 2000, Journal for Women's Studies*, 2019, 20/2, s. 20.

Genital bölgeye herhangi bir anestezi işlemi yapılmadan bıçak, traş bıçağı, keskin cam parçaları ve teneke kenarları kullanılarak yapılan bu işlem, sonrasında ağaç dikenleri, kemik çiviler, iğne, hayvan kılları ve deriden elde edilen iplikler kullanılarak iyileştirilmeye çalışılmaktadır.<sup>22</sup>

Bugün için tüm kız çocuk cinsel sakatlamalarının yaklaşık %18'i sağlık çalışanlarınca yapılmakta ve kız çocuklarında cinsel sakatlama, özellikle Uzak Doğu ülkelerinde giderek daha tecrübeli sağlık çalışanları tarafından yapılırken, Afrika'da kötü hijyen koşullarında anestezi bir şekilde uygulanmaktadır. Kadının cinsel sakatlanmasının, tarihsel uygulama olarak önceden geleneksel uygulayıcılar tarafından yapıldığı ve bu uygulayıcılar tarafından işlemin anestezi olarak herhangi bir kesme aparatı (bıçak, makas, jilet vb.) kullanılarak gerçekleştirildiği bildirilmektedir. Bu durum tepki aldığından, uygulamanın profesyonel uygulayıcılar tarafından (doktorlar, hemşireler, ebeler, sağlık personeli) daha hijyenik koşullarda gerçekleştirilmesi gündeme gelmiştir.<sup>23</sup>

UNICEF de bugün kadının cinsel sakatlanması uygulamasının tıbbileştirildiği ve prosedürün sağlık hizmeti uygulayıcılarınca gerçekleştirildiğini, dünya çapında elli iki milyon kadın ve kız çocuğunun yani kadının cinsel sakatlanması uygulamalarının yaklaşık dörtte birinin sağlık personeli tarafından uygulamaya tabi tutulduğunu, fakat uygulamanın tıbbileştirilmesinin, sadece tıp etiğini ihlal etmekle kalmayıp, aynı zamanda uygulamayı meşrulaştırma ve sağlıkla ilgili olumsuz sonuçları olmadığı izlenimini verme riski taşıdığını ve bu sebeple uygulamanın tıbbileştirilmesinin de endişe verici olduğunu, nerede ve kim tarafından yapılırsa yapılsın, kadının cinsel sakatlanmasının asla güvenli olmadığını vurgulamaktadır.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Zehra Baykal Akmeşe ve Ayşegül Bilge, "Kadın Sünnetinin Kadının Ruhsal Durumuna Etkisi", *Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi*, 2014, 30/1, s. 105.

<sup>23</sup> Recep Erin, "Tüm Yönleriyle, Yanlış, Geleneksel, Yıpratıcı, Tıp Dışı Bir Uygulama Olan Kadın Sünneti", *Scientific Developments*, Ed. Mehmet Dalkılıç, Gece Akademi, Ankara, 2019, s. 138.

<sup>24</sup> UNICEF, "Female Genital Mutilation", September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

#### 4. KADININ CİNSEL SAKATLANMASININ, İNSAN HAKLARI VE KÜLTÜREL GÖRECELİLİK TEZLERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İnsan hakları, insanın, başka bir özelliğe indirgenmeksizin sırf insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte hak ve hürriyetleri demektir. İnsan hakları kavramı, insan onuru kavramından kaynaklanmaktadır ve insan onurunu gerçekleştirme amaçlamaktadır. İnsan onuru ise insanın sırf insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık bir varlık olması şeklinde tanımlanabilir.<sup>25</sup> İnsan hakları, tanımı ve öznesi gereği evrensel niteliktedir. Çünkü insan hakları, insanın sırf insan olması sebebiyle sahip oldukları haklardır. Gülmez'in<sup>26</sup> de belirttiği gibi kuramsal olarak özü ve öznesi gereği coğrafi sınır tanımayan, sınırlar ötesi bir kavram olan, ilkece ne insandan insana ne devletten devlete değişen insan haklarının, öznesi de böyle olmasını gerektirir. Bu sebeple, insan haklarına evrensellik niteliği kazandıran asıl ölçüt, insan haklarının öznesi olan insan ölçütüdür.

Günümüzde, birbirinden farklı temel kültürel değerlere bağlı olan ve dolayısıyla hukuk sistemleri de farklı olan çeşitli devletlerin değerlendirilmesinde, insan hakları kavramı özel bir önem kazanmıştır. Herhangi bir hukuk sisteminin gerek hukuk kurallarının yapılmasında gerek bu kuralların uygulanmasında, insan hakları ülküsünü gerçekleştirmeye yaklaştığı ölçüde, adalete de yaklaştığı söylenebilir.<sup>27</sup>

1940'lı yılların ikinci yarısından itibaren, insan haklarının evrenselliği görüşü karşısında ortaya atılan evrensellik- kültürel rölativite tartışmalarında, rölativistlere göre insan hakları, tarihsel ve mekânsal olarak Batı'ya özgüdür ve bu nedenle de mevcut insan hakları anlayışı, Batılı olmayan kültürler bakımından geçerli olmaz.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Ayşen Seymen Çakar, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", Hukukun Gençleri Sempozyumu 3 Hukuk Felsefesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Antalya Barosu, 2012, s. 3.

<sup>26</sup> Mesut Gülmez, "İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar", Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu 22-23 Ekim 2009 Akdeniz Üniversitesi Antalya Bildiri Kitabı, Belediye-İş Sendikası Yayını, Ankara, 2009, s. 8.

<sup>27</sup> Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 123.

<sup>28</sup> Esra Demir, "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", MÜHF-HAD, C. 14, S. 3, s. 210.



Kadının insan hakları alanında, CEDAW, çok net olarak kültürel görecelik kavramını kadınların insan haklarında kabul etmeyen bir yaklaşıma sahiptir. Sözleşmenin temel anlayışı kadınların insan haklarının, evrensel insan haklarının bir parçası olduğu varsayımıdır. İnsan hakları ve temel özgürlükler kadınlar için de erkekler için olduğu kadar geçerlidir; aynı şekilde kadınların insan hakları bütün ülkelerde ve bütün kadınlar için geçerlidir. CEDAW'a göre ülkeye, koşullara, tarihe veya kültüre bağlı olarak farklı kadınların insan hakları standartları uygulanması söz konusu olamaz. Sözleşmenin denetlenmesinden sorumlu komitenin yorumu da hep bu yönde olmuştur.<sup>29</sup>

Kadının cinsel sakatlanması konusu da insan haklarının evrenselliği ve kültürel görecelik tezleri bağlamında incelenmektedir. İnsan haklarının evrenselliğini savunan düşünürler ve uluslararası organlar, söz konusu uygulamayı insan haklarının ağır bir ihlali olarak nitelendirirken; rölativistler ise geleneksel bir uygulama olduğu ve Batılı değerler bağlamında eleştirilmesinin, kibirli bir bakış açısı olduğunu savunmaktadırlar.

Gallo'ya göre<sup>30</sup> her biri az ya da çok barbarca olan çeşitli yöntemler kullanılarak gerçekleştirilen kadının cinsel sakatlanmasının en dramatik türü infibülasyondur. Konuyu, kültürel dinamikleri dikkate alan bir yaklaşımla inceleyen Özenç'e göre ise<sup>31</sup> kadının cinsel sakatlanmasına Batılı devletlerin bakışı, emperyalist devletlerin sömürgeleştirdiği topraklarda yaşayan kadınları, erkeklerin baskısından kurtarmak söylemi altında sömürge yönetimlerini meşrulaştırmayı amaçlayan, kültürel dinamikleri hiçe sayan emperyalist bakış açılarını yansıtmaktadır. Örneğin başta Amerika olmak üzere Avrupa ülkelerinde 1980 sonrasında giderek yaygınlaşan, cinsel açıdan hiçbir sağlık sorunu olmayan kadınlar tarafından tercih edilen ve estetik kaygılarla gerçekleştirilen vajina ameliyatları, kadının cinsel sakatlanması uygulamasının çektiği

<sup>29</sup> Feride Acar, "Kadınların İnsan Hakları Hukuku Birinci Oturum Konuşması", İnsan Hakları Hukuku ve Kadın (2 Mayıs 2003) Türkiye'de Kadın Sorunları Paneli (14 Mart 2002), Yayına Hazırlayan: Bihterin Vural Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayın No:6, İstanbul, 2003, s. 25.

<sup>30</sup> Pia Grassivaro Gallo, "Female Circumcision in Somalia: Some Psychosocial Aspects", *Genus*, Gennao-Giugno 1985, Vol. 41, No. 1/2, s. 133.

<sup>31</sup> Berke Özenç, "Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşıma Doğru", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, C. LXIV, S. 2, s. 152-153.

tepkileri çekmemekte ve barbarlık ya da iğrenç bir uygulama olarak nitelendirilmemektedir. James'e göre de<sup>32</sup> Batı'nın, kadının cinsel sakatlanmasına olduğu gibi Hint sati geleneği,<sup>33</sup> Çin'in ayak bağlama geleneği ve Arap örtünme ve peçe takma gelenekleri gibi uygulamaları dehşet verici bularak, kınayıcı tepkiler vermesindeki kibirli algı açıkça görülmektedir. Bu algı, Batı'nın alışılmadıklara karşı basit duyarsızlığını yansıtmaktadır. Bu kibirli algı, ezilen ötekiler olarak nitelendirilenlerin çok yönlü karmaşıklığının ve toplumlar içindeki ve arasındaki iç ve dış ilişkilerin vizyonlarını gizlerken bile yabancı düşmanlığını beslemektedir.

Kadının cinsel sakatlanması uygulaması farklı sebeplerle ortaya çıkmaktadır. Bu kadar riskli bir işlemin yüzyıllardır devam etmesinin nedeni, uygulamanın ailenin onurunu koruduğu ve kadının, kötülüklerden uzak kalmasını sağladığı düşüncesidir.<sup>34</sup> Bazı topluluklar, bunu kız çocuklarının cinselliğini kontrol etmenin veya iffetlerini korumanın bir yolu olarak kabul eder. Diğerleri, kız çocuklarını, evlilik veya doğurganlık için bir ön koşul olarak kadının cinsel sakatlanması uygulamasını geçirmeye zorlar. Uygulamanın en yaygın olduğu yerlerde, toplumlar bunu genellikle kız çocukları için bir geçit töreni olarak görür. Kadının cinsel sakatlanması, dini bir uygulama değildir. İslam veya Hristiyanlık dinleri tarafından desteklenmemektedir, ancak dini anlatılar genellikle onu haklı çıkarmak için kullanılmaktadır.<sup>35</sup> Örneğin, Mısır'da kadının cinsel sakatlanması uygulamasının ulusal hukukta yasaklanmasının ardından, El Ezher Üniversitesi öğretim üyelerinin bir kısmı, bu uygulamanın İslam'ın bir parçası ve kadınları onurlandıran bir uygulama olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Stanlie M. James, "Shades of Othering: Reflections on Female Circumcision/Genital Mutilation", *Signs*, Summer 1998, Vol. 23, No. 4, s. 1034.

<sup>33</sup> Karşı görüş için bakınız Ayşen Seymen Çakar, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Sati Geleneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2015, S. 120, ss. 73-87.

Ayşen Seymen Çakar, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Çeyiz Cinayetleri", *Osmaneli'den 21. Yüzyılı Okumak Bildiriler Kitabı*, Ed. Murat Erçan, Ali Ayata ve Sultan Ece Altınok Çalışkan, Ss. 1698-1703.

<sup>34</sup> Kürşat Avcı ve Kaan Özdedeli, "Kadın Cinselliği ve Kültürel Farklılıklar", *Kadın Cinsel Sağlığı*, 2015, jag.journalagent.com/E.T. 01.05.2021, s. 225.

<sup>35</sup> UNICEF, "Female Genital Mutilation", September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T. 28.04.2021>.

<sup>36</sup> Özenç, a.g.m., s. 148.

Kadının cinsel sakatlanması, hatalı şekilde Müslüman toplumlarla özdeşleştirilmekle birlikte gerçekte bu uygulama birçok Müslüman ülkede (Arabistan'ın ve Körfez bölgesinin büyük kısmı, Kuzey Afrika, Anadolu, Balkanlar ve Orta Asya) bilinmez; yaygın olduğu ülkelerde ise (Mısır ve Orta Afrika-bilhassa Etiyopya, Somali, Kenya, Nijerya ve Sudan) Müslüman kesimde daha fazla rağbet görmeye beraber o bölgeye has bir âdet şeklinde genellikle toplumun -yerel, Hristiyan ve Etiyopya Yahudisi- diğer dini/etnik gruplarınca da icra edilmektedir. Bu uygulamanın Güneydoğu Asya'daki (Malezya, Endonezya ve Singapur) varlığı ise doğrudan İslâm'ın etkisinden ziyade bu uygulamanın yaygın olduğu bölgelerden göç eden Müslümanların gittikleri yerlerde bunu kültürel bir âdet halinde devam ettirmelerinin sonucudur. Öte yandan kadının cinsel sakatlanması uygulamasına Avustralya'nın bazı yerli kabileleriyle bir kısım Latin Amerika ülkelerinde (Brezilya, Meksika ve Peru) rastlanmaktadır.<sup>37</sup>

Sonuç olarak söylemek gerekirse, kadının insan hakları, bugün, dünya çapında başta yaşama hakkı olmak üzere yaygın olarak ihlal edilmektedir. İhlal sebepleri, sosyal, kültürel, iktisadi, eğitimsel vs. pek çok kavramla eşleştirilerek incelenebilir. Hangi kavram altında incelenirse incelenir, kadının insan haklarının ihlalinin, bir hukuk ihlali olduğu gerçeği yadsınamaz. Dolayısıyla kültürel rölativizm dahil herhangi bir görecelilik tezi, bu tür temel hak ihlallerini meşru hale getirmeye yönelik bir araç olarak kabul edilemez.

## 5. KADININ CİNSEL SAKATLANMASININ ORTADAN KALDIRILMASINA YÖNELİK ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarih ve 48/104 sayılı kararıyla kabul edilen Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi'nin 2. maddesinde kadının cinsel sakatlanması ve kadına zarar veren diğer geleneksel uygulamalar, kadına yönelik şiddet eylemleri olarak açıkça sayılmıştır.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Salime Leyla Gürkan, "Sünnet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sunnet--hitan/E.T.30.04.2021>.

<sup>38</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Declaration on the Elimination of Violence against Women", 20 Aralık 1993, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx> (Erişim Tarihi 13 Nisan 2019).

Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin 1990 yılında gerçekleştirilen dokuzuncu oturumunda kabul ettiği 14 numaralı Genel Tavsiye Kararı,<sup>39</sup> kadının cinsel sakatlanması konusuna ayrılmıştır. Bu kararda, kadının cinsel sakatlanması uygulamalarının ve kadın sağlığına zararlı diğer geleneksel uygulamaların sürdürülmesinden; kadının cinsel sakatlanması gibi zararlı uygulamaların sürdürülmesine yardımcı olan kültürel, geleneksel ve ekonomik baskıların devam etmesinden büyük bir endişe duyulduğu belirtilerek taraf devletlere aşağıdaki tavsiyeler sunulmuştur:

- a) Taraf Devletlerin kadının cinsel sakatlanmasını ortadan kaldırmak için uygun ve etkili önlemleri alması. Bu tür önlemler şunları içerebilir:

Üniversiteler, tıp veya hemşirelik dernekleri, ulusal kadın örgütleri veya bu tür geleneksel uygulamalarla ilgili diğer temel veri organları tarafından söz konusu verilerin toplanması ve yayılması,

Kadının cinsel sakatlanmasının veya kadına yönelik diğer zararlı uygulamaların ortadan kaldırılması için ulusal veya yerel düzeyde çalışan kadın örgütlerinin desteği,

Kadının cinsel sakatlanmasının ortadan kaldırılmasına yönelik tutumları etkilemek için medya ve sanat dahil her düzeyde siyasetçilerin, profesyonellerin, din ve toplum liderlerinin iş birliği yapmaya teşvik edilmesi,

Kadının cinsel sakatlanmasından kaynaklanan sorunlara yönelik araştırma bulgularına dayalı uygun eğitim ve öğretim programlarının ve seminerlerin başlatılması,

- b) Taraf Devletlerin, ulusal sağlık politikalarına, halk sağlığı hizmetlerinde kadının cinsel sakatlanmasını ortadan kaldırmayı amaçlayan uygun stratejileri dahil etmeleri. Bu tür stratejiler, kadının cinsel sakatlanmasının zararlı etkilerini açıklama konusunda geleneksel doğum görevlileri de dahil olmak üzere sağlık personelinin özel sorumluluğunu içerebilir.

<sup>39</sup> Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, "General recommendation No. 14: Female circumcision", ss. 1-2, [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3729\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3729_E.pdf)/E.T. 27.04.2021.

- c) Taraf Devletlerin, zararlı geleneksel uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik çabaları desteklemek ve yardım etmek için Birleşmiş Milletler sisteminin uygun kuruluşlarından yardım, bilgi ve tavsiye talep etmeleri,
- d) Taraf Devletlerin, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 10. ve 12. maddeleri uyarınca Komite'ye sunduğu raporlara, kadının cinsel sakatlanmasını ortadan kaldırmak için aldıkları önlemlere ilişkin bilgileri de dahil etmesi yönünde tavsiye kararları alınmıştır.

İstanbul Sözleşmesi olarak da anılan Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi<sup>40</sup>, giriş kısmında, kadınların ve genç kızların insan haklarının ciddi bir biçimde ihlalini oluşturan ve kadınlarla erkekler arasında eşitliğin sağlanmasının önünde büyük bir engel olan kadının cinsel sakatlanması gibi ciddi şiddet türlerine sıklıkla maruz kalındığının çok büyük bir kaygıyla bilincinde olduğunu vurguladıktan sonra kadının cinsel sakatlanması konusuna 38. maddesinde yer vermiştir. 38. madde hükmüne göre: Taraflar aşağıda belirtilen kasten gerçekleştirilen eylemlerin cezalandırılmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır:

- a) Kadının labia majora, labia minora veya klitorisinin tümünün kesilip çıkartılması, labia majoranın kenarlarının birleştirilmesi veya başka türlü bir kesmeye tabi tutulması;
- b) Bir kadını a fıkrasına belirtilen eylemlerden birine maruz kalmaya zorlama veya bu eylemleri bir kadına yaptırmak;
- c) Bir genç kıızı a bendinde belirtilen eylemlerden herhangi birine teşvik etmek, zorla maruz bırakmak veya bunları bizzat kendisine uygulamak.

Kadının cinsel sakatlanması uygulamasını ortadan kaldırmak amacıyla uluslararası arenada 1990'lı yılların sonlarından bu yana çalışmalar yürütülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, 1997 yılında, önceki on yıllardaki çalışmalara dayanarak, UNICEF ve UNFPA ile birlikte kadının cinsel sakatlanması uygulamasına karşı ortak bir bildiri yayımla-

<sup>40</sup> Avrupa Konseyi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme, İstanbul, 2011, <https://rm.coe.int/1680462545/E.T.14.10.2021>.

mıştır.<sup>41</sup> Yine 2008 yılında Dünya Sağlık Örgütü, diğer dokuz Birleşmiş Milletler organı ile birlikte, kadının cinsel sakatlanmasını ortadan kaldırmak konusunda artan savunuculuğu desteklemek amacıyla “Kadının Cinsel Sakatlanmasını Ortadan Kaldırmak: Kurumlar Arası Bir Bildiri” isimli bir bildiri yayımlamıştır. UNICEF, 2008 yılından bu yana UNFPA ile Kadının Cinsel Sakatlanmasının Ortadan Kaldırılması: Değişimi Hızlandırma Ortak Programı üzerinde çalışmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve İnsan Hakları Konseyi kararlarına dayanan söz konusu Ortak Program, 2030 yılına kadar kadının cinsel sakatlanması uygulamasını ortadan kaldırmak amacıyla konuya küresel ilgi çekmeye çalışmaktadır.<sup>42</sup> 2010 yılında Dünya Sağlık Örgütü, diğer önemli Birleşmiş Milletler kuruluşları ve uluslararası kuruluşlarla iş birliği içinde “Sağlık Hizmeti Sağlayıcılarının Kadının Cinsel Sakatlanması Uygulaması Yapmasını Engellemek İçin Küresel Bir Strateji” yayımlamıştır. Dünya Sağlık Örgütü, ülkeleri bu stratejiyi uygulamak konusunda desteklemektedir. Aralık 2012’de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, kadının cinsel sakatlanmasının ortadan kaldırılmasına ilişkin bir kararı kabul etmiştir. UNICEF, 2013 yılında yayımlanan bir önceki raporu temel alarak, 2016 yılında, inançları, tutumları, eğilimleri gibi sebeplerle 30 ülkede kadının cinsel sakatlanması uygulamasının yaygınlığını ve uygulamaya yönelik küresel çapta program ve politikalarını belgeleyen güncellenmiş bir rapor yayımlamıştır. Mayıs 2016’da Dünya Sağlık Örgütü, UNICEF ve UNFPA işbirliğiyle bir ortak program gerçekleştirilerek, kadının cinsel sakatlanması uygulamasından kaynaklanan sağlık komplikasyonlarının yönetimine ilişkin ilk delile dayalı prensipler kılavuzu ortaya çıkarılmıştır. Söz konusu kılavuz, kadının cinsel sakatlanması uygulamasına tabi tutulmuş kadınlara gerçekleştirilen sağlık müdahaleleri üzerine mevcut en iyi kanıtların sistematik bir incelemesine dayalı olarak geliştirilmiştir. 2018 yılında Dünya Sağlık Örgütü tarafından, kadının cinsel sakatlanmasının komplikasyonlarının önlenmesi ve yönetilmesinde sağlık hizmeti sağlayıcılarının bilgi, tutum ve becerilerini geliştirmek için kadının cinsel sakatlanması hakkında bir klinik el kitabı yayımlanmıştır.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> World Health Organization, “Female Genital Mutilation”, 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>42</sup> UNICEF, “Female Genital Mutilation”, September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

<sup>43</sup> World Health Organization, “Female Genital Mutilation”, 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

## 6. SONUÇ

Geleneksel bir uygulama olan kadının cinsel sakatlanması, kadın ve kız çocukları üzerinde hiçbir sağlık yararına sebep olmadığı gibi birçok sağlık sorununa yol açan; cinsiyetler arasındaki köklü eşitsizliği yansıtan ve kadınlara karşı aşırı bir ayrımcılık biçimi olan; kadın ve kız çocuklarının insan haklarının ihlali niteliğinde bir uygulamadır. Bu uygulama aynı zamanda bir kişinin sağlık, güvenlik ve fiziksel bütünlük haklarını, işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden uzak olma hakkını ve işlemin ölümle sonuçlanması durumunda yaşama hakkını ihlal etmektedir. Kadının cinsel sakatlanması uygulamasına maruz kalan kız çocuklarının, çocuk gelin olma ve okulu bırakma riski artmakta, bu da kendileri ve toplumları için daha iyi bir gelecek inşa etme yeteneklerini tehdit etmektedir. Ulusal hukuklarda, uygulamanın yasaklanması ve bir suç olarak kabul edilmesi söz konusu olmakla birlikte, toplumdan dışlanma endişesi ile halen uygulamanın yoğun olarak devam ettiği de bilinmektedir. Hiçbir sağlık yararına yol açmayan, aksine pek çok sağlık zararına sebep olan söz konusu geleneksel uygulamanın, insan haklarının bir ihlali olduğu tartışmasızdır. İnsan hakları ihlallerinin ise ne kültürel görecelik ne de başka bir tez ile meşrulaştırılamayacağı açıktır.

## Kaynakça

### Kitaplar/Kitap Bölümleri

- Acar Feride, "Kadınların İnsan Hakları Hukuku Birinci Oturum Konuşması", İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Der. Bihterin Vural Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2003, ss. 20-31.
- Aybay Rona, İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019.
- Dinçkol Bihterin Vural, "Kadının İnsan Hakları", İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Der. Bihterin Vural Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2003, ss. 13-20.
- Erin Recep, "Tüm Yönleriyle, Yanlış, Geleneksel, Yıpratıcı, Tıp Dışı Bir Uygulama Olan Kadın Sünneti", Scientific Developments, Ed. Mehmet Dalkılıç, Gece Akademi, Ankara, 2019, ss. 135-146.
- Gülmez Mesut, "İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar", Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu 22-23 Ekim 2009 Akdeniz Üniversitesi Antalya Bildiri Kitabı, Belediye-İş Sendikası Yayını, Ankara, 2009, ss. 3-18.



Seymen Çakar Ayşen, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Çeyiz Cinayetleri", *Osmaneli'den 21. Yüzyılı Okumak Bildiriler Kitabı*, Ed. Murat Ercan, Ali Ayata ve Sultan Ece Altınok Çalışkan, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi, Bilecik, 2016, Ss. 1698-1703.

## Makaleler

- Althaus Frances A., "Female Circumcision: Rite of Passage or Violation of Rights?", *International Family Planning Perspectives*, September 1997, Vol. 23, No. 3, pp. 130-133.
- Avşar A. Filiz, Kanuncu, Serdal ve Keskin, H. Levent, "Kadın Sünneti", *Türkiye Klinikleri Jinekoloji Obstetrik*, 2008, 18/5, ss. 321-326.
- Baykal Akmeşe, Zehra ve Bilge, Ayşegül, "Kadın Sünnetinin Kadının Ruhsal Durumuna Etkisi", *Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi*, 2014, 30/1, ss. 101-110.
- Can Hatice Büşra, "Olağanüstü Durumlarda Geliştirilen Sosyal Politikaların Dezavantajlı Gruplar Üzerindeki Etkisinin Sosyal Hizmet Perspektifinden Değerlendirilmesi: Covid-19 Pandemisi Türkiye Örneği", *Sosyal Hizmet*, Temmuz-Aralık 2020, s. 47-63.
- Demir Esra, "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", *MÜHF-HAD*, c. 14, S. 3, ss. 209-242.
- Gallo Pia Grassivaro, "Female Circumcision in Somalia: Some Psychosocial Aspects", *Genus*, Gennao-Giugno 1985, Vol. 41, No. 1/2, pp. 133-147.
- Geletu Foziya Feleke, "Etiyopya Kadın Hakları Hukuku", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 9, S. 1, ss. 303-322.
- James Stanlie M., "Shades of Othering: Reflections on Female Circumcision/Genital Mutilation", *Signs*, Summer 1998, Vol. 23, No. 4, pp. 1031-1048.
- Kouba Leonard J. ve Muasher, Judith, "Female Circumcision in Africa: An Overview", *African Studies Review*, March 1985, Vol. 28, No.1, pp. 95-110.
- Örnek Büken Nüket, "İstanbul Sözleşmesi Bağlamında Kadın Sünneti", *Kadın/Woman 2000, Journal for Women's Studies*, 2019, 20/2, ss. 17-42.
- Özenç Berke, "Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşımına Doğru", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, C. LXIV, S. 2, ss. 145-166.
- Seymen Çakar, Ayşen, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", *Hukukun Gençleri Sempozyumu 3 Hukuk Felsefesi*, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Antalya Barosu, 2012, ss. 1-8.
- Seymen Çakar, Ayşen, "Kadının İnsan Haklarından Bir Sapma Örneği: Hindistan'da Sati Geleneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Eylül-Ekim 2015, S. 120, ss. 73-87.
- Silverman Eric K., "Anthropology and Circumcision", *Annual Review of Anthropology*, 2004, Vol. 33, pp. 419-445.
- Soyer Senem, "Kadın Sünneti: Kültürel Dayanakları ve Yol Açtığı Sorunlar", *Ekev Akademi Dergisi*, Yaz 2014, Yıl: 18, S. 60, ss. 403-414.

### İnternet Kaynakları

- Avcı Kürşat ve Özdedeli, Kaan, "Kadın Cinselliği ve Kültürel Farklılıklar", Kadın Cinsel Sağlığı, 2015, ss. 224-230, [jag.journalagent.com/E.T.01.05.2021](http://jag.journalagent.com/E.T.01.05.2021).
- Avrupa Konseyi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme, İstanbul, 2011, <https://rm.coe.int/1680462545/E.T.14.10.2021>.
- Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, "General recommendation No. 14: Female circumcision", [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3729\\_E.pdf/E.T.27.04.2021](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3729_E.pdf/E.T.27.04.2021), ss. 1-2.
- Gürkan Salime Leyla, "Sünnet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/sunnet--hitan/E.T.30.04.2021>.
- Kordalı Gizemnür, "Pandemi Sürecinde Çalışanlara Yönelik Riskler Çalışana Destek ve Özbakım", 2020, <https://idealsosyalthizmet.com/icerik/uploads/2020/08/Pandemi-surecinde-calisana-yonelik-riskler-calisana-destek-ve-ozbakimmm.pdf/E.T.09.02.2021>, ss. 1-34.
- UNICEF, "Female Genital Mutilation", September 2020, <https://www.unicef.org/protection/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Declaration on the Elimination of Violence against Women", 20 Aralık 1993, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx/E.T.13.04.2019>.
- World Health Organization, "Female Genital Mutilation", 3 February 2020, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation/E.T.28.04.2021>.

# ROMA HUKUKUNA GÖRE SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ İÇERİSİNDE IMPERITIA'NIN YERİ

## THE PLACE OF IMPERITIA WITHIN THE CRITERIA OF RESPONSIBILITY ACCORDING TO ROMAN LAW

Emine MINDİZ\*

**Özet:** Roma Hukukuna göre, kendilerini belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtır ve teknik bilgi gerektiren bir edimi üstlenen kişiler (*conductor*), *imperitia* (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik) veya *infirmitas* (zayıflık, güçsüzlük) sebebiyle iş sahibine (*locator*) verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuşlardır. Bu nedenle bir eser (*opus*) meydana getirme borcu altına giren *conductor*'un yüklendiği edimi gereği gibi ifa etmek için elinden gelen bütün gayreti göstermiş olmasının onu sorumluluktan kurtarmadığı anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin *Digesta*'da yer alan metinlerden anlaşıldığı üzere *imperitia*'nın varlığı objektif ölçütler çerçevesinde değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Sorumluluk, Imperitia, Infirmitas, Conductor, Locator

**Abstract:** According to Roman Law, persons (*conductor*) who introduce themselves as an expert in a certain field and assume a performance requiring technical knowledge are held responsible by reason of damages they cause to employer (*locator*) due to *imperitia* (incompetence, ignorance, inexperience) or *infirmitas* (weakness). Therefore, the *conductor*, who is obliged to create a work (*opus*), could not acquit from responsibility, even if he has made every effort to perform his deed. It is understood from the *Digest* texts on the subject that the existence of *imperitia* is evaluated according to objective criteria.

**Keywords:** Responsibility, Imperitia, Infirmitas, Conductor, Locator

\* Dr. Öğr. Üyesi Emine Mindiz, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, e.sevimli@iku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5307-2118, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.12.2020, Kabul Tarihi: 10.12.2021

## GİRİŞ

Borçluyu, borcun gereği gibi ifası için dikkat ve özen gösterme ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altına sokan genel ihmâl tipinin yanında, teknik veya meslekî niteliğe sahip olan ifalara özgü özel bir ölçüt bulunmaktadır. Bu ölçüte göre, mesleğine ilişkin olarak bir akit yapan veya teknik nitelikte bir edimin borçlusunu olan kişi, mesleğin gereklerine uygun hareket etmemesi veya teknik anlamdaki yetersizliği sebebiyle borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden sorumludur. Romalı hukukçular bu bağlamda borçlunun yetenekli olmakla (*imperitiam praestare*) yükümlü olduğunu kabul etmişlerdir. Kusurun objektifleştirilmesi olarak nitelendirilen bu hallerde *imperitia*'nın (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik) ve *infirmetas*'ın (zayıflık, güçsüzlük) kusurlu davranış ile eşit derecede kabul edildiği ve sorumluluğun doğması için yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu hallerde borçlunun yüklendiği edimi ifa etmek için bütün gayreti göstermiş olması onu sorumluluktan kurtarmak için yeterli olmuyordu<sup>1</sup>. Bu çalışmada Roma Hukukuna göre borçlunun sorumluluğunun tespiti için kullanılan ölçütlerden biri olan *imperitia* kavramı, yüklenicinin (*conductor*) eser sözleşmesinden (*locatio conductio operis*) doğan sorumluluğu bağlamında ele alınacaktır.

### I. SORUMLULUK HUKUKU ALANINDA KLASİK VE KLASİK SONRASI HUKUK DÖNEMLERİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLERE İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Roma hukukunun tarihsel gelişimine bakıldığında sorumluluk hukuku alanında uygulanan ilkelerin zaman içerisinde sosyal, ekonomik ve kültürel değişmelere paralel olarak devamlı geliştiği ve değiştiği anlaşılmaktadır. Bu alanda özellikle kusursuz (objektif) sorumluluk ve kusura dayanan (sübjektif) sorumluluk ilkelerinin, her devrin özelliklerine göre bazen biri bazen diğeri hâkim olacak şekilde, eski hukuk devrinden itibaren uygulandığı anlaşılmaktadır. Borçlunun sorumlu olup olmadığının tespitinde kullanılan ilkelerden biri olan kusursuz sorumluluk ilkesine göre, borçlunun davranışı ile zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı yeterlidir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesinin uygulandığı hallerde ise, borcun hiç veya gereği gibi ifa edil-

<sup>1</sup> Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2018, syf. 55-56.

memesinin borçlunun kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılır. İradedeki eksiklik veya bozukluk olarak tanımlanabilecek kusur (*culpa*) ise ağır veya hafif olmasına göre kasıt (*dolus*) ve ihmâl (dar anlamda *culpa*) şeklinde derecelendirilmiştir.

Roma hukuku öğretisinde, klasik hukuk döneminde kusursuz sorumluluk ilkesinin ve buna bağlı ölçütlerin hâkim olduğu, *Iustinianus* dönemine gelindiğinde ise bu ilkenin bazı küçük istisnalar dışında tamamen bırakılarak kusura dayanan sorumluluk ilkesinin benimsendiği genellikle kabul edilmektedir. Ancak, *Iustinianus* döneminde kaynaklarda yapılan *interpolatio*'lar<sup>2</sup> sebebiyle sorumluluğa ilişkin klasik hukuk dönemi kaynakları değişikliğe uğramıştır. *Custodia*<sup>3</sup>, *fides*'e<sup>4</sup> aykırı her hareketi içine alan bir sorumluluk ölçütü olarak, iradenin bilerek ve isteyerek hukuka aykırı sonuca yöneldiği *dolus* (kasıt) ölçütü ile birlikte klasik hukuk döneminde geçerli olan sorumluluk sistemini oluşturmuştur. Borçlunun göstermesi gereken ve en titiz kimselerden beklenebilecek normalin üstündeki özen olarak tanımlanan *custodia*, beklenmedik hallerde (*casus fortuitus*) bile sorumluluğun devam ettiği en ağır sorumluluk ölçütüdür. Zira *custodia*'nın, sorumluluğun tespitinde bir ölçüt olarak kullanıldığı hallerde, borçlu mücbir sebep (*vis maior*) haricinde, mala gelen zararlardan kusuru olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur. Roma hukukçularının büyük bir çoğunluğu, sözleşmeden doğan sorumlulukta klasik hukuk dönemi boyunca sadece *dolus* ve *custodia* ölçütlerinin kullanıldığını ileri sürmüşlerdir. Ancak *dolus-custodia* ölçütlerinin yetersizliğinden ötürü, *culpa*'nın da klasik hukuk döneminde kullanılan sorumluluk ölçütlerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bu kullanım sınırlı bir alanda kalmış ve *culpa*'nın çağdaş hukuk sistemlerindeki

<sup>2</sup> Interpolatio: Iustinianus'un talimatıyla, Corpus Iuris Civilis'i derleyen hukukçuların, klasik hukukçulardan parçalar halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişiklikler için kullanılan tabir. Bu değişiklikler, klasik Roma hukukunu zamanın zihniyetine ve adalet fikrine uydurmak amacıyla yapılmıştır. Ziya Umur, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 (Lügat).

<sup>3</sup> Custodio: Borçlunun elindeki başkasına ait malın telef olmasını veya zarar görmesini engellemek için borçlunun göstermesi gereken ve en titiz kişilerden beklenen normalin üstünde özen. Bazı durumlarda *custodia*, kusursuz sorumluluk halini gösterirdi. Umur, Lügat.

<sup>4</sup> Fides: Verilen söze itibar etmek; yüklenen mükellefiyetleri tazyik görmeden kendiliğinden yerine getirmek. Kendisine güvenilmiş olan kimsenin, bu güvene lâyık olduğunu gösterecek şekilde dürüst hareket etmesi. Umur, Lügat.

görünümü, tüm sorumluluk sisteminin bu ölçüte bağlı olarak ele alındığı *Iustinianus* döneminde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla *culpa* kavramı klasik hukuk döneminde mevcut olmakla birlikte, sözleşmeden doğan sorumluluk alanında sadece bazı hallerde kullanılmış ve genel bir ilke haline gelememiştir. *Iustinianus* döneminde ise, kusura dayanan sorumluluk ilkesi kapsamında *culpa lata* (ağır ihmal) ve *culpa levis* (hafif ihmal), sorumluluğun tespitinde kullanılan ölçütler olarak uygulanmaya başlamıştır. Klasik hukuk dönemindeki objektif sorumluluk ölçütlerinden biri olan *custodia*'nın, *Iustinianus* dönemindeki subjektif sorumluluk anlayışına uyarlanmış biçimi ise özen yükümü olarak tanımlanabilecek *diligentia* terimiyle ifade edilmiştir.<sup>5</sup> (Bu paragrafta konuya ilişkin benzer değerlendirmeler yapan yazarların görüşleri tarafımızca aktarılmış ve yararlanılan her esere dipnotunda yer verilmiştir.)

İlk zamanlarda bu kavramlar kullanılmamakta ve sadece akdî kusurdan (sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur) söz edilmekteydi. Romalı hukukçular *culpa*'nın çeşitlerine ilişkin bir ayırım yapmaya gerek duymamışlar ve sadece borçlunun sorumluluğunu bir temele oturtma çabası içine girmişlerdir. *Culpa* kavramı ise, zaman içerisinde, *imperitia* ve *neglegere* (ihmal) biçiminde değerlendirilmiştir. Örneğin, *Ulpianus*'a ait bir metin olan *D.19.2.9.5*'te,<sup>6</sup> eser sözleşmesinde (*locatio conductio operis*), yüklenicinin (*conductor*) kusurunun kapsamı belirlenirken, *imperitia*'dan söz edilmiştir. Bu kapsamda, zanaatkârın (*artifex*), yüklendiği işe ilişkin belli seviyede bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekirken bunun olmaması şeklindeki bir davranış biçimi olan *imperitia*, *culpa*'ya dâhil edilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, önceleri sadece akdî kusur kavramının kullanıldığı

<sup>5</sup> Hilâl Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", *AÜHF*, C. 39, Y. 1982-1987, S. 1-4, syf. 241-264, syf. 241-250. Aynı yönde bkz. Tahiroğlu, syf. 42 vd.; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 2018, syf. 22 vd.; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005, syf. 24 vd.

Özensizlik, tedbir eksikliği anlamına gelen *neglegentia*, *diligentia*'nın zıddıdır. *D.50.16.213.2*'de olduğu gibi ihmal anlamında da kullanılmıştır. Bir kimsenin ihmalkâr, özensiz davrandığı karine olarak kabul edilmediğinden (*neglegentia non praesumitur*), bunu iddia eden taraf diğer tarafın ihmali, özen eksikliğini kanıtlamak zorundadır. Erdoğan, syf. 32, dn. 65.

<sup>6</sup> *D.19.2.9.5*: *Ulpianus libro 32 ad edictum. "... culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduit.", "Tecrübesizlik nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, zanaatkâr kusurlu olduğundan sorumludur."* Zilelioğlu, syf. 257, dn. 51.

ve bunun saptanması için sözleşmenin sınırlarının aşılmış ve aşılmadığına bakıldığı; daha sonraki dönemlerde ise *culpa-ihmal* bağlantısının kurulduğu ve son olarak da *culpa-imperitia* ölçüsü ile *culpa'*nın çeşitlerine ilişkin bir ayırım yapıldığı şeklinde kronolojik bir değerlendirme yapılabilir. Roma hukuku düşüncesine göre, geniş anlamıyla *culpa*, kasıtlı davranışları da kapsadığı için, *culpa* kavramının kapsamına *dolus* (kasıt) ve dar anlamıyla *culpa* (ihmal) kavramları girmektedir. Sonuç olarak, klasik hukuk dönemindeki *culpa* anlayışı, modern hukuktaki *culpa* anlayışından belirgin bir biçimde farklıdır. Modern hukukta *culpa*, borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumluluğunun tespitinde kullanılan bir ölçüt iken; klasik dönem Roma hukukunda ise kusurlu hareket, ifa etmemenin bizzat kendisi olarak görülmüş ve kendi içerisinde ihmal veya bilgisizlik şeklinde farklı değerlendirmelere konu olması düşünülememiştir.<sup>7</sup> (Bu paragrafta Zilelioğlu'nun adı geçen eserinden yararlanılmış ve paragrafın sonunda yazara zaten atıf yapılmıştır.)

## II. BORÇLUNUN SORUMLULUĞUN TESPİTİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLERİNDEN BİRİ OLARAK IMPERITIA

Romalı hukukçular MS II. yüzyılın başlarında, bir işin görülmesi sırasında başkasının malına zarar veren kalifiye kişilerin hukukî sorumluluklarının dayanağı olarak *imperitia* terimini kullanmışlardır. Örneğin işlenmesi için kuyumcuya teslim edilen değerli bir taşın işlem sırasında zarar görmesi, cerrahi bir müdahalede bulunan doktorun hasta bir köleye zarar vermesi, oyulması için bir zanaatkâra teslim edilen çanağın parçalanması hallerinde<sup>8</sup> benzer bir durum söz konusudur. (Dayanak 8 nolu dipnotunda zaten belirtilmiş olan *Digesta'*daki metinlerdir. Ayrıca paragrafın başında verilen bilginin örneklendirilmesi için belirtilen hususların verilen bilgi ile tutarlı olduğu düşünülmektedir.) *Digesta'*dan alınmış bu örneklerin her birinde, bir kimse- nin, işin yapılması için gerekli olan bir mal kendisine tevdi edilerek istihdam edildiği ve işin görülmesi sırasında bu şeyin zarar gördüğü anlaşılmaktadır. Klasik hukuk döneminde, bir konuda meslekî bilgiye

<sup>7</sup> Zilelioğlu, syf. 256-258.

<sup>8</sup> D.19.2.13.5; D.9.2.7.8; D.9.2.27.29



sahip olan özgür bir kişinin (*conductor*), iş sahibinin (*locator*) vereceği ücret karşılığında, kol veya kafa çalışmasını gerektiren bir iş gücü harcayarak belli bir sonucu (eseri) meydana getirmeyi üstlendiği eser sözleşmesinde (*locatio conductio operis*), yüklenicinin sorumluluğunun hukukî dayanağının ne olduğu *imperitia* kavramı çerçevesinde değerlendirilmeler yapılarak tespit edilmiştir. Yüklenicinin işin görülmesi sırasında gösterdiği performansın yeterli olup olmadığının tespitinde hangi ölçütlerin kullanılması gerektiği ise, Romalı hukukçular tarafından açıkça ifade edilmemiştir. Konuya ilişkin kaynakların değerlendirilmesi sonucunda, hukukçuların, sübjektif ölçütlerden ziyade objektif ölçütlere dayandıkları anlaşılmaktadır.<sup>9</sup> (Bu paragrafta 9 nolu dipnotunda zaten atıf yapılmış olan yazarın eserinden yararlanılmıştır. Hiç atıf vermeden kullanılan bir kısım ne bu paragrafta ne de eserin diğer kısımlarında mevcut değildir. Hangi yazarın hangi eserinden yararlanılmışsa, yazara ve eserine mutlaka atıf yapılmıştır.)

*Imperitia*'nın, başkasına ait bir mala zarar verilmesi halinde, sözleşmeden (*locatio conductio operis* – eser sözleşmesi) veya haksız fiilden (*damnum iniuria datum*- haksız olarak başkasının malına verilen zarar) doğan sorumluluk sebebiyle açılacak davalarda, davalının sorumlu olup olmadığının tespitinde başvuru ölçütlerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Alacaklının borçluya karşı aynı konuda belirli bir sonucu sağlamak amacıyla farklı hukukî nedenlere dayanarak istemde bulunması mümkündür.<sup>10</sup> İş sahibi, yüklenici tarafından malına zarar verilmesi halinde bu dava haklarından hangisine başvuracağı konusunda serbest olup bu davalardan biri açıldığı takdirde diğer dava hakkı düşer. Bu durumda, genellikle, *lex Aquilia*'nın<sup>11</sup>, başkasına ait bir kölenin veya bir sürü hayvanının öldürülmesinden söz edilen birinci faslına veya köle ve hayvanların yaralanmasından ve mallara verilen

<sup>9</sup> Susan D. Martin, Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law, *The American Journal of Philology*, Vol. 122, No. 1 (Spring, 2001), pp. 107-129, The John Hopkins University Press, syf. 107-108.

<sup>10</sup> Hakların yarışması konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ömer Faruk Karacabey, Hakların Yarışması, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1980, S. 6, syf. 666-685; Nilgün Dinçer Araz, Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (*concursum actionum*) Genel Bir Bakış, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.3, Y. 2017, syf. 235-281.

<sup>11</sup> *Lex Aquilia*: MÖ 287 yılında çıkarılan bu kanunla, başkasının malına verilen zararın (*damnum iniuria datum*) ne şekilde tazmin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Umur, Lügat

her türlü zarardan söz edilen üçüncü faslına dayanılarak, haksız fiilden doğan bir dava (*actio legis Aquiliae*) açıldığı anlaşılmaktadır. Haksız fiilden doğan davaya başvurulmasının sebebi, tazminat miktarının tespitinde, sadece fiili zararın (*damnum emergens*) değil, fakat mahrum kalınan kârın da (*lucrum cessans*) hesaba katılmasıydı.<sup>12</sup> Buna karşılık, yüklenici, yardımcı şahıs kullandığı hallerde,<sup>13</sup> yardımcı şahsın davranışından, kural olarak, kendi yapmış gibi sorumlu olduğundan,<sup>14</sup> sözleşmeden doğan davanın (*actio locati*) açılması tercih edilecektir.<sup>15</sup> Sözleşmeden doğan davaya başvurulmasının sebebi ise, iş sahibinin, yardımcı şahsın verdiği zarar sebebiyle yüklenicinin sözleşmeden doğan sorumluluğuna dayanarak, yardımcı şahsın ödeme güclüğü içinde olması ihtimalinin yaratacağı olumsuz sonuçlardan kaçınabilmesiydi. Ayrıca borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmediğinin ispatı alacaklı açısından daha kolaydır. Buna karşılık, taraflar arasında bir sözleşme yoksa davacı, malına zarar verildiği iddiası-

<sup>12</sup> İlk zamanlarda, lex Aquilia ile getirilen düzenlemeye uygun olarak, öldürme halinde malın son bir yıl içerisinde ulaştığı en yüksek piyasa değeri, diğer hallerde ise son ay içerisindeki en yüksek piyasa değeri, yani malın objektif değeri, zarar görene ödenmekteydi. Zamanla hukukçular, zarar görenin sübjektif durumunu da (in id quod interest) dikkate alarak, tazminat miktarını, sadece zarar gören mal yönünden değil, zarar görenin malvarlığının tümü itibarıyla zarar verici olay olmasaydı alabileceği hal yönünden de hesaplamaya başlamışlardır. Erdoğan, s. 129-130.

<sup>13</sup> Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, kişilerin, bazı şartların varlığı halinde, üçüncü kişilerin fiillerinden sorumlu tutuldukları anlaşılmaktadır. Yardımcı şahsı seçmede kusur nedeniyle sorumluluk (culpa in eligendo) düşüncesi, özellikle aile ve kölelik kurumlarının yarattığı ihtiyaçlar sebebiyle klasik hukuk dönemi itibarıyla kabul görmüş, sözleşmeye dayanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluğun dayanağı olmuştur. Diler Tamer Güven, Culpa In Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001, syf. 1. Eser yapma borcunun mutlaka yüklenici tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığı, başka bir ifadeyle, yüklenicinin borcunun kişisel bir nitelik taşıyıp taşımadığı meselesi dönemlere göre ele alındığında, klasik hukuk döneminde, locatio conductio operis'den doğan borcun, bir facere borcu olduğu için, bizzat yüklenici tarafından ifa edilmesi gerektiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Justinianus döneminde ise, bu sözleşmeden doğan yapma borcunun artık kişisel bir nitelik taşımadığı ve işin yapılması borcunun yüklenici dışında bir kişi tarafından da yerine getirilebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Pervin Somer, Roma Hukukunda İstisna Akdi, İstanbul 2008 (İstisna), syf. 96-97.

<sup>14</sup> Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, München 1971, syf. 571; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: The Roman Foundation of the Civilian Tradition, Capetown 1990, syf. 399-400. Bu hususta bkz. D.19.2.25.7; D.19.2.30.2.

<sup>15</sup> Akitlerden doğan davalar ile actio legis Aquiliae'nin yarışması hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Pervin Somer, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008 (Mala Verilen Zarar), syf. 116 vd.

la *lex Aquilia*'dan doğan davayı açabileceği gibi; *ius civile*<sup>16</sup> tarafından tanınmış bir hak mevcut değilse bir *praetor* davası'nın (*actio in factum conceptae*<sup>17</sup>) açılması da mümkündür.<sup>18</sup> Konuya ilişkin metinlerden biri aşağıdaki gibidir:

D.9.2.27.34: *Ulpianus libro 18 ad edictum*

*Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. Mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.* (Bu latince metnin türkçe çevirisi takip eden paragrafta yer almaktadır. Çeviri kaynakçada belirtilmiş olan The Digest of Justinian isimli eserin Alan Watson tarafından yapılan İngilizce çevirisinden yararlanılarak tarafımızca mealen yapılmıştır. Çalışmamızın bazı kısımlarında ise latince metinlerin çevirisi tırnak içinde gösterilmiştir. Bunun sebebi ise, bu çevirilerin atıf yapılan yazar tarafından mealen değil doğrudan doğruya Latince metinlerden yararlanılarak yapılmış olmasıdır.)

Hukukçu *Mela* tarafından ele alınan bu meselede, bir katırı gütmekle görevlendirilen kölenin, dizginini parmağına bağladığı hayvanın kontrolünü kaybetmesi üzerine köle ve hayvanın yaralandığı anlaşılmaktadır. Hukukçu, hayvan gütmeye konusunda tecrübeli (*pro perito imperitus*) bir köle yerine tecrübesiz bir köle görevlendirilmişse, kölenin malikine karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu sebebiyle dava açılabilirliğini belirtmektedir. Ancak hukukçu bu aşamada katırın malikinin, *lex Aquilia* sebebiyle de dava açabileceğinden söz etmemekte ve açıklamalarına varsayıma dayanan bir değerlendirme yaparak devam etmektedir. Buna göre, kölenin katırın kontrolünü kaybetmesine,

<sup>16</sup> *Ius Civile*: Roma vatandaşlarına ait özel hukuka verilen isim olan *ius civile*, eski vatandaşlar hukukunu, *praetor* hukukunu (*ius honorarium*) ve evrensel hukuku (*ius gentium*) içermekteydi.

<sup>17</sup> *Actiones in factum conceptae*: *Ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığı için *ius civile*'ye göre davası olmayan, fakat *praetor*'un korunmasını hakkaniyete uygun bulduğu için formula'nın *intentio* kısmına dâhil ettiği bir olguya dayanan *praetor* davaları. Umur, Lügat.

<sup>18</sup> Martin, syf. 109-111.

hayvanın üçüncü bir kişi tarafından ürkütülmesi sebep olmuşsa gerek kölenin gerekse katırın maliki, *lex Aquilia'*ya dayanarak, üçüncü kişiye karşı ayrı ayrı dava açabilirler. *Ulpianus* ise, ilk durumda da *actio legis Aquiliae'* nin açılabilirliğini belirterek *Mela* tarafından yapılan açıklamalara bir eklemeye bulunmuştur. Hukukçu *Mela* konuyu “*si pro perito imperitus locatus sit*” ifadesi çerçevesinde ele almakta ve malikin görevlendirdiği kölenin hayvan gütme konusunda tecrübeli olup olmadığı ihtimallerine göre bir değerlendirme yapmaktadır (Cümlenin devamında, aktarılan latince ifadenin çevirisine zaten yer verilmiştir.). Dolayısıyla hukukçu, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin yükleniciyi, ifa yardımcısı olarak yetenekli veya tecrübeli bir kişiyi kullanma yükümlülüğü altına soktuğu varsayımından hareket etmekte ve ifa yardımcısının buna uygun davranması gerektiğini ifade etmektedir. Bu noktada, ifa yardımcısının yetenekli olup olmadığının nasıl tespit edileceği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya cevap verilebilmesi için *imperitia* kavramının zaman içerisinde hukukçular tarafından nasıl geliştirildiğine bakılması gerekir.<sup>19</sup>

*Mela'* dan sonra yaşamış bir hukukçu olan *Proculus'* a ait bir metin ise aşağıdaki gibidir:

D.9.2.7.8: *Ulpianus libro 18 ad edictum*

*Proculus ait, si medicus seroum imperite secuierit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.*

“*Ulpianus'* un beyanname şerhinin 18. kitabından

*Proculus*, eğer bir doktor bir köleyi beceriksizce ameliyat ettiyse ona karşı ya *actio ex locatio* ya da *actio legis Aquiliae'* nin açılacağını söyler.”<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Martin, syf. 111-113.

<sup>20</sup> Pervin Somer, Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. XIV, S. 4, Y. 2008, syf. 133-151 (Hekimin Sorumluluğu), syf. 145.

Özgür doğan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuken nasıl nitelendirileceği ve sorumluluğun neye dayandırılacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, hekimlik faaliyeti gibi fikri hizmetler (*operae liberales*) ücretsiz olduğu, başka bir ifade ile bu işin değeri parayla saptanamadığı için, bu faaliyet *locatio conductio* kapsamına girmez. Çünkü ücret, *locatio conductio* akitlerinin temel unsurudur. Diğer görüşe göre, hekimlik faaliyetinin Roma'da ücret karşılığında yapılması bir gelenek olduğu için bu faaliyet *locatio conductio*'nun kapsamına girer. Ancak, eğer bir ücret kararlaştırılmışsa, bunun şeref ücreti (*honorarium*)

Metinde, bir iş görme sözleşmesi olan *locatio conductio operis* çerçevesinde bir köleyi beceriksizce ve acemice ameliyat eden hekime karşı, sözleşmeye (*actio ex locato*) veya *lex Aquilia'* ya dayanılarak dava açılabilceği yani kölenin malikinin hukuka aykırı bu durum karşısında birden çok dava hakkına sahip olduğu (*concursum actionum*)<sup>21</sup> ifade edilmiştir.<sup>22</sup> *Proculus*, hastayı tedavi etme yükümlülüğü altındaki hekimin meslekî yeterliliğe, gerekli bilgiye ve tecrübeye sahip olması gerektiği varsayımından hareket etmiş; ancak hekimin meslekî yeterliliğe sahip olup olmadığının nasıl tespit edileceği, sorumluluğun belirlenmesinde objektif bir ölçüt mü yoksa sübjektif bir ölçüt mü kullanılması gerektiğini belirtmemiştir.<sup>23</sup>

Cumhuriyet dönemi hukukçularından *Alfenus Varus'*a ait olan daha erken tarihli bir metin ise aşağıdaki gibidir:

---

olmasından dolayı sistem dışı yargılama usullerine (*cognitio extra ordinem*) göre talep edilmesi gerekir. Somer'e göre, hekimlik faaliyetini *locatio conductio* kapsamında değerlendiren metinlerin varlığından yola çıkılarak, hekimin faaliyetini bütünüyle *locatio conductio operis* çerçevesinde değerlendirmek ve örneğin hekimin bu akitten doğan davayı açarak ücret isteyebileceğine dair herhangi bir yargıya varmak mümkün değildir. Yazara göre, hekimin, işin gereği gibi yapılmasından doğan sorumluluğunun tespiti için *locatio conductio* kuralları uygulama alanı bulacaktır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine (*mandatum*) dayanıp dayanmadığı sorunu ise, daha çok ücrete ait tartışmalarla birlikte ele alınmıştır. Ancak hekime şeref ücreti verilmesi veya hekimin şeref ücreti talep edebilmesi, çok erken dönemlerden itibaren, hukuken değilse bile fiilen uygulanan bir durumdur. Bu ücret ister vekâlet sözleşmesine dayandırılсын ister dayandırılmasın, daima sistem dışı yargılama usulünden doğan yöntemlere göre talep edilmiştir ve bu konuda, müellifler arasında bir tartışma da yoktur. Şeref ücretinin talep edilmesini, hâkim görüş dikkate alınarak, vekâlete dayandırmak bir ölçüde düşünülebilse de tarafların sorumluluklarını tam olarak bu sözleşmeye dayandırmak mümkün değildir. Somer, Hekimin Sorumluluğu, syf. 144-146.

21 *Concursum actionum*: Aynı hukukî olayda bulunan birkaç ilişki sebebiyle, aynı amaç için açılması mümkün birden fazla dava hakkının bulunması. Bu davalardan bir tanesi açıldığı takdirde, diğerleri düşeceği için, bu durum davanın düşme sebeplerinden biri olarak kabul edilirdi. Umur, Lügat.

Bkz. D.19.2.25.5; D.47.7.9; D.19.2.43

22 Somer'e göre, konunun esası sorumluluk açısından değerlendirildiğinde, bu sözleşmeye göre, *conductor'*un (hekimin) sorumluluğunun meslekî tecrübesizliği de kapsamı tazmin açısından önemli avantaj sağlar. Çünkü D.9.2.7.8, *Digesta'* da mala verilen zararları düzenleyen bölüme ilişkindir. Genel ilke gereği, beceriksizlik de ihmal gibi cezalandırılmakla birlikte, *conductor'*un meslekî tecrübesizliği *locatio conductio operis* çerçevesinde avantaj sağlayabilir. Ancak altı çizilerek belirtilmelidir ki, eğer bir ihmal varsa ve örneğin ameliyat sonucunda köle öldüyse, kölenin son bir yıl içinde ulaştığı en yüksek değer tazmin ettirilecek olması, genellikle *actio legis Aquilae'*yi avantajlı kılabılır. Somer, Hekimin Sorumluluğu, syf. 145.

23 Martin, s. 113-114.

*D.9.2.52 pr.: Alfenus libro secundo digestorum*

*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.* (Metnin çevirisi takip eden paragrafta tarafımızca mealen yapılmıştır.)

Bu metinde de belli bir meslekî bilgiyi gerektiren hekimlikte, hekimin bu bilgiye ve yeterliliğe sahip olup olmamasının, sorumluluğun tespitinde bir ölçüt olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.<sup>24</sup> Buna göre, bir kölenin, kendisini tedavi eden hekimin meslekî bilgisinin yetersizliği (*medici inscientia*) veya malikin ihmali (*domini neglegentia*) yüzünden değil, üçüncü kişinin darbesi sonucunda ölmesi halinde, saldırıya karşı *lex Aquilia*'dan doğan davanın açılabilmesi belirtilmiştir. Ancak davalı da (saldırgan), tedaviyi gerçekleştiren hekim meslekî açıdan yetersiz olduğu için kölenin öldüğü iddiasıyla kendini savunabilirdi.<sup>25</sup>

Bu noktada, *D.9.2.8 pr.*<sup>26</sup> ve *D.9.2.7.8'*deki düzenlemeler arasında kurulan ilişkiye değinmekte fayda vardır. *D.9.2.8 pr.*'da hastasını tedavi eden hekimin, ameliyat sırasında kusuru olmasa da ameliyattan sonra yapılması gerekenleri yapmaması halinde *neglegentia* (özensizlik, tedbir eksikliği) sebebiyle sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Yukarıda ele alınan *D.9.2.7.8'*de ise, *imperitia* sebebiyle başarısız bir ameliyat yapan hekimin, meydana gelen zarardan sorumlu olacağı belirtilmiştir. *D.9.2.8 pr.*'da kullanılan *idem iuris est* ifadesi, *Gaius* tarafından, *Ulpianus*'a ait olan bir önceki metne (*D.9.2.7.8*) atıf yapıldığı göstermektedir. Buna göre, *D.9.2.7.8'*de, yüklenilen iş gereği gibi yapılmadığı için (*imperite secuerit*), *D.9.2.8 pr.*'da ise yüklenilen işin yerine

<sup>24</sup> Aynı yönde bkz. I.4.3.7: "Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit." "Beceriksizlik de ihmal sayılır; meselâ doktor fena ameliyat yaparak veya yanlış ilaç vererek köleni öldürürse, vaziyet böyledir." Iustinianus Institutiones (çev. Ziya Umur), İstanbul 1968 (Institutiones).

<sup>25</sup> Martin, syf. 113.

<sup>26</sup> *D.9.2.8. pr.*: *Gaius libro septimo ad edictum provinciale. Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur.* "Gaius'un eyalet beyannamesi şerhinin 7. kitabından. Eğer bir ilacı yanlış kullanmışsa aynı durum geçerlidir. Ancak aynı şekilde doktor ameliyatı gerektiği gibi yapmışsa, fakat sonraki tedaviyi ihmal etmişse sorumluluktan kurtulamaz; aksine ihmalden dolayı sorumlu tutulur". Sommer, Mala Verilen Zarar, syf. 50.

Gaius, metinde aynı durum geçerlidir derken, *Ulpianus*'a ait olan bir önceki metne (*D.9.2.7.8*) atıf yapmıştır.



getirilmesinden sonra yapılması gerekenler yapılmadığı için (*sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem*) hekimin meydana gelen zarardan sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Bu metinlerde ele alınan ihtilâflar birbirinden farklıymış gibi görünse de aslında aralarında önemli bir bağlantı vardır. Başarılı bir cerrahi müdahale gerçekleştiren hekim, operasyon sonrasında uygulanacak tedavinin gereği gibi yapılmasından da sorumludur. Başka bir ifadeyle, hekim operasyondan sonraki tedavi aşamasında da mesleğinin gerektirdiği beceriyi, bilgiyi ve tecrübeyi göstermekle yükümlüdür. Dolayısıyla, borcun ifası sırasında gösterilmesi gereken dikkat ve özen (*diligentia*) ile borcun ifası sırasında dikkatsiz ve tedbirsiz (*neglegentia*) davranılması birbirine çok yakın kavramlardır.<sup>27</sup> Zira *conductor*'un, *D.9.2.8 pr.*'da, zararı önleyebilecek bir davranışı sergilemediği, başka bir ifadeyle yapması gereken bir işi yapmadığı için (*culpa in non faciendo*); *D.9.2.7.8'*de ise, bir şey yaptığı yani sergilediği bir davranış sebebiyle zarara sebep olduğu için (*culpa in faciendo*) sorumlu olacağı belirtilmiştir.

MS II. yüzyılın başlarında yaşamış önemli bir hukukçu olan *Celsus*, *imperitia*'nın, *locatio conductio operis*'den doğan sorumluluğun tespitinde belirleyici bir unsur olduğu hususunda başı çeken hukukçulardan olmuştur:

*D.19.2.9.5: Ulpianus libro 32 ad edictum*

*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

“*Ulpianus*'un beyanname şerhinin 32. kitabından

*Celsus*, *Digesta*'nın 8. kitabında, yeteneksizliğin/tecrübesizliğin de bir kusur olarak kabul edilmesi gerektiğini yazar. Eğer birisi, sürüyü otlatmak veya bir şeyi tamir etmek veya temizlemek için bir akit yaparsa kusurundan dolayı sorumlu tutulmalıdır. Ve onun beceriksizce/acemice iş yapması da kusurdur. *Celsus* zanaatkârlar hakkında da böyle olduğunu söyler.”<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Marta Rodrigues Maffei Moreira, Medical Responsibility in Roman Private Law, *Journal on European History of Law*, 1/2017, pp. 18-22, syf. 20-21.

<sup>28</sup> Somer, *İstisna*, syf. 104. Somer'e göre, metinde temizleyici ve terzinin yanı sıra sürü



Metinden anlaşıldığı üzere, *Celsus* tecrübesizliği, yeteneksizliği (*imperitia*) kusurun bir türü olarak kabul etmiştir. Hukukçu, *locatio conductio operis* ile bir sürüyü otlatma, bir şeyi tamir etme veya temizleme borcu altına girmiş olan yüklenicinin, kusurlu davranışıyla karşı tarafa verdiği zararlardan sorumlu olduğunu belirtmiştir. Hukukçu, yüklenicinin, beceriksizliği veya acemiliği yüzünden yanlış bir şey yapması halinde bunun kusurlu bir davranış olarak değerlendirilmesi gerektiğini, zira kendisinin belirli bir uzmanlığa sahip bir kişi olarak (*ut artifex*) bu işi yerine getirmeyi üstlendiğini ifade etmiştir. *Celsus*, *imperitia*'nın yüklenicinin sorumluluğunun tespitinde bir ölçüt olarak kullanılmasını gerektiğini açıkça ifade ederek, yüklenicinin üzerine aldığı iş için gerekli deneyim, beceri ve ustalığa sahip olmamasının (*imperitia*) kusurun bir türü olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde diğer Romalı hukukçular tarafından dayanan varsayımı desteklemiştir. *Celsus* bu ifadesiyle, yüklenilen işin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin sorumluluğun, yüklenicinin kişisel yeterliliklerinden veya eksikliklerinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu nedenle *locatio conductio operis*'de olduğu gibi, taraflardan birinin bir işin ustası olarak yapma (*facere*) borcu altına girdiği sözleşmelerde, kusur (*culpa*), yüklenicinin yetersizliğini veya tecrübesizliğini de kapsamına alacak şekilde değerlendirilmeli; bir zanaatkârdan objektif olarak beklenen performans ise kusurun olup olmadığının tespitinde ölçüt olarak kullanılmalıdır.<sup>29</sup>

#### D.9.2.8.1: *Gaius libro septimo ad edictum provinciale*

*Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non*

---

otlaticılarından da bahsedilmesi ve bütün bu kişiler için "artifex-işçi, zanaatkâr" teriminin kullanılması, bu kişilerin örnek olarak verildiğini ve *locatio conductio operis* çerçevesinde, genel olarak *conductor* terimini karşılayacak şekilde kullanıldığının kabul edilmesini gerektirir. Somer, *İstisna*, syf. 104, dn. 302.

<sup>29</sup>

Zimmermann, syf. 397-398; Martin, syf. 114-115.

*Conductor*, sözleşme kurulduğu sırada, kendisini, yüklenilen edimi gereği gibi ifa etmek için yeterli derecede bilgi, beceri ve tecrübeye veya fiziksel performansla sahip bir kişi olarak tanıtmıştır. *Locator* ise, buna güvenerek, *conductor*'un, bu işin icrası için gerekli uzmanlığa sahip olduğuna kanaat getirmiştir. *Conductor*, kendisini, belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtırken iyi niyetli (*bona fides*) olsa bile, işin icrası sırasında bu uzmanlığın gerektirdiği performansı sergileyemezse, *imperitia* veya *infirmitas* sebebiyle meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulmalıdır. Zira *conductor*, sözleşme akdedilirken *locator* üzerinde, gerekli yeterliliğe sahip olduğu izlenimini yaratmıştır. Zimmermann, syf. 397-398; Rodrigues Maffei Moreira, syf. 21-22.

*potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.*<sup>30</sup>

“Gaius’un eyalet beyannamesi şerhinin 7. kitabından

Nitekim bir katır sürücüsü tecrübesizliği nedeniyle katırlara hâkim olamaz katırlar başkasına ait bir köleyi ezerse, genel olarak kusuru nedeniyle sorumlu olduğu söylenir. Aynı şey onun zayıflığı (*infirmitas*) sebebiyle katırları tutamaması halinde de söylenir; zayıflığın kusur sayılması haksız değildir, zira bir kimse zayıflığının başkaları için tehlikeli olacağını bildiği veya bilmeye mecbur olduğu bir işi üstlenmemelidir. Bir kimsenin zayıflığı veya tecrübesizliği nedeniyle bindiği atı tutamaması halinde aynı esaslar geçerlidir.”<sup>31</sup>

*Gaius*, katırları gütmekle görevlendirilen kişinin *imperitia* sebebiyle hayvanların kontrolünü kaybetmesi ve bu yüzden başkasına ait bir kölenin zarar görmesi halinde, bu sonuçtan sorumlu tutulması gerektiğini ve kölenin malikinin *lex Aquilia*’dan doğan davayı açabileceğini belirtmiştir. *Gaius*’un D.9.2.8.1’de vardığı bu sonuç, yukarıda ele alınan D.19.2.9.5’te *Celsus*’un vardığı sonuç ile uyumludur. Kendisini bir iş için gerekli deneyime, beceriye ve ustalığa sahip olarak tanıtan ve bu bağlamda bir edim yükümlülüğü altına giren bir kişinin, gerek sözleşmeden gerekse haksız fiilden doğan sorumluluğunun tespitinde *imperitia*’nın, *culpa*’nın bir türü olarak kabul edilmesi olağan bir sonuç-

<sup>30</sup> I.4.3.8: “Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, qui, cum alius firmior retinere potuisset, aequae culpa tenetur. eadem placuerunt de eo quoque, cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.” “Bir katır çobanı, beceriksizliği yüzünden katırların azgınlığına mâni olamaz ve kölen ezilirse, katır çobanı mesuldür. Eğer takatsizliği yüzünden mâni olamamış ve buna mukabil, daha kuvvetli birisi mâni olabilecek idiyse, yine kusurlu addedilir. Ata binmiş olup da kuvvetsizliği veya beceriksizliği yüzünden atın azgınlığına mâni olamamış olan kimse için de aynı şekilde karar verilmiştir.” Umur, Institutiones.

<sup>31</sup> Erdoğmuş, syf. 31, dn. 64; Somer, Mala Verilen Zarar, syf. 50-51; Rodrigues Maffei-Moreira, syf. 21.

tur. Zira bu kişinin uzmanlık gerektiren bu işi gereği gibi yerine getirme yükümlülüğü altına girdiğinin kabul edilmesi gerekir.<sup>32</sup> Metinde *custodia'*nın yanı sıra *imperitia'* dan da bahsedilmesi klasik hukuk döneminde, *imperitia'* dan doğan sorumluluğun da *custodia'* dan doğan sorumluluğun içinde yer aldığı şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü kendisine *locatio conductio operis* sebebiyle malzeme verilen ve beklenmedik hallerden bile sorumlu tutulan *conductor'* un, beceriksizlikten, bilgisizlikten, tecrübesizlikten doğan zararlardan sorumlu tutulmaması düşünülemez.<sup>33</sup> Klasik sonrası dönemde ise kusursuz sorumluluğun yerini kusura dayanan sorumluluk aldığından, *imperitia*, *culpa* kavramının kapsamına girmiş (D.9.2.27.29), *custodia* sorumluluğunun yerini ise, çok tedbirli bir aile babasından beklenebilecek tedbir ve özen (*diligentia bonus pater familias*) almıştır. Yani *conductor*, aynı durumda çok dikkatli bir aile babasının göstereceği özeni göstermemişse meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun ifa sırasında sadece iyiniyet (*bona fides*) göstermesi yetmez ve *diligentia* olarak ifade edilen "belirli bir özeni sağlama borcu" nu da yerine getirmesi gerekir. Gerekli özenin (*diligentia*) gösterilmemesi halinde ise *neglegentia'* dan (ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik) söz edilir. Bu nedenle, borçlunun sorumluluktan kurutulabilmesi için zarara sebep olacak davranışlardan kaçınması yetmemekte; pozitif bir davranış sergilemesi, yani özen yükümüne uygun davranması gerekmektedir.<sup>34</sup> Sonuç itibarıyla, *Celsus* ve *Gaius*, *locatio conductio operis* bağlamında *imperitia* kavramının tereddütsüz bir şekilde *culpa'* nın bir türü olduğunu belirtmişlerdir. Hatta *Gaius*, borçlunun, yüklendiği edi-

<sup>32</sup> Martin, syf. 115-116.

<sup>33</sup> Kaser, syf. 426, dn. 45; William Warwick Buckland, Textbook of Roman Law, Cambridge 1963, syf. 505; Somer, İstisna, syf. 105.

<sup>34</sup> Somer, İstisna, syf. 105; Somer, Hekimin Sorumluluğu, syf. 146-147.

Klasik hukuk döneminde *conductor'* un sorumluluğu, beklenmedik halleri de (*casus fortuitus*) içine alan objektif nitelikteki *custodia* sorumluluğudur. Ancak bu sorumluluğun kapsamına mücbir sebepten (*vis maior*) kaynaklanan zararlar girmektedir. Klasik sonrası hukuk döneminde ise, sübjektif sorumluluk ilkesinin bir gereği olarak, taraflar kusurun bütün derecelerinden (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuşlardır. *Conductor* ise, ayrıca, meslekî tecrübesizliği sebebiyle verdiği zararlardan kusuru olmasa bile sorumlu tutulmuştur. Klasik sonrası hukuk döneminde, *conductor'* un kusuru olup olmadığının belirlenebilmesi için, beklenmedik halleri de kapsayacak şekilde "diligentia diligentissima patris familias-çok tedbirli bir aile babasından beklenebilecek tedbir ve özen" ölçütü kullanılmıştır. Özcan Karadeniz, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara 1976, syf. 177 vd.

mi gereği gibi ifa edebilmesi için fiziksel bir performans sergilemesi gereken hallerde, fiziksel zayıflığı da (*infirmitas*) yine *culpa*'nın bir türü olarak kabul etmiştir.<sup>35</sup>

Gerek *D.9.2.8.1'* de gerekse, yukarıda ele alınan *D.9.2.8 pr.'* da kendilerini belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtıp teknik bilgi gerektiren bir edimi üstlenen kimselerin, aslında bu uzmanlık alanının gerektirdiği bilgi, beceri ve tecrübeye sahip olmadıkları (*imperitia*) veya yeterince güçlü olmadıkları (*infirmitas*) için verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır. Dolayısıyla güçsüzlük, zayıflık ve çelimsizliğin, tıpkı beceriksizlik, bilgisizlik ve tecrübesizlik gibi kusur olarak addedildiği, bu metinlerde kullanılan, *infirmitas culpa adnumeratur ve imperitia culpa adnumeratur* ifadelerinden açıkça anlaşılmaktadır.<sup>36</sup>

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, cumhuriyet devrinin sonları ve imparatorluk devrinin başlarından itibaren, hukukçular, beceriksizliği, tecrübesizliği veya bilgisizliği sebebiyle bir zarara sebep olanların gerek sözleşmeden (*locatio conductio operis*) gerekse haksız fiilden (*damnum iniuria datum*) ötürü sorumlu tutulabileceklerini kabul etmişlerdir. Hukukçular, bu yaklaşımlarıyla, iş sahiplerinin (*locator*), bir eser meydana getirmeyi üstlenmiş olan kişilerle (*conductor*), bu konuda yetenekli olduklarını düşünerek *locatio conductio operis* sözleşmesi kurdukları varsayımından hareket etmişlerdir. Bu durumda, ihtilâf halinde, *conductor* tarafından sergilenen performansın yeterli olup olmadığının somut (sübjektif) ölçütlere göre mi, yoksa soyut (objektif) ölçütlere göre mi tespit edildiği ve *imperitia*'nın yargılama aşamasında nasıl bir işlevi olduğu sorusu akla gelmektedir. Konuya ilişkin metinlere bakıldığında, hukukçuların uygulanacak ölçütün ne olması gerektiği hususunda yeknesak bir yaklaşım sergilemedikleri anlaşılmaktadır. *Celsus* ve *Gaius*'a göre, *conductor*'un sergilediği performansın yeterli olup olmadığı, içinde bulunduğu sübjektif koşullara ve kendi yeterliliğine göre değil; objektif ölçütlere göre nasıl bir performans sergilemesi gerektiği dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu hukukçular tarafından soyut ölçütlere göre bir değerlendirme yapıldığı ve *conductor*'un sorumluluğunun ağırlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak metinlerde, ihtilâf halindeki tarafların, *imperitia*'nın mevcut olup olmadığını ispat

<sup>35</sup> Martin, syf. 122; Rodrigues Maffei Moreira, syf. 22.

<sup>36</sup> Rodrigues Maffei Moreira, syf. 21.

edebilmek için nelere dayanabilecekleri hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.<sup>37</sup>

*Digesta'* da yer alan metinlerden anlaşıldığı üzere, taraflar arasında bir bina inşa edilmesine ilişkin olarak akdedilen *locatio conductio operis* sözleşmelerinde de, *conductor'*un işin gerektirdiği tecrübeye (*probatio*) sahip olması gerekirdi. *Locator*, işin tamamlanması üzerine, eser henüz kendisine teslim edilmeden önce, *conductor'*un, işin gerektirdiği bilgi, beceri ve tecrübeyi sergileyip sergilemediğini denetleme hakkına sahipti. Eserin, bu gereklere uygun olarak inşa edildiğinin kabul edildiği andan itibaren, sorumluluk *conductor'*dan *locator'a* geçerdi. *Conductor'*un, yüklendiği edimi gereği gibi ifa edip etmediğinin hangi ölçütlere göre değerlendirileceği hususunda benzer sorunların ortaya çıktığı düşünülebilir. *Conductor'*un, eseri, işin gerektirdiği tecrübeye (*probatio*) uygun bir şekilde meydana getirip getirmediğinin nasıl tespit edileceği ilişkin *Paulus'*a ait bir metin aşağıdaki gibidir:<sup>38</sup>

*D.19.2.24 pr.: Paulus libro 34 ad edictum*

*Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque seroatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. Idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.*

“*Paulus'*un beyanname şerhinin 34. kitabından

Eğer istisna akdinde yer alan bir şartla, iş sahibinin işin kabul edilebilir olup olmadığını takdir yetkisi varsa, bu adil bir kişinin vereceği karara uygun olmalıdır. Aynı kural, bu yetkinin üçüncü kişiye verilmiş olması halinde de söz konusudur. İyiniyet, bu kararın adil şahsın kararına uygun olmasını gerektirir. Bu şart, işin kalitesi/niteliği ile ilgilidir,

<sup>37</sup> Martin, syf. 122-123. Celsus'a ait bir metin olan *D.19.2.9.5'*de kullanılan “*quippe ut artifex, inquit, conduit.*” ve Gaius'a ait bir metin olan *D.9.2.8.1'*de kullanılan “*in quo intellegit vel intellegere debet.*” ifadelerinden anlaşıldığı üzere; bir konuda uzmanlaşmış kişilerin, işin icrası sırasında yeteneklerini sergilemeleri gerekir. Ortaya çıkarılan sonucun beklentileri karşılamaması halinde ise, bu kişilerin sorumluluğu söz konusu olur. Martin, syf. 123, dn. 42.

<sup>38</sup> Martin, syf. 123.

işin görüleceği süreye ilişkin değildir. Meğer ki bu husus da sözleşme ile kararlaştırılmış olsun. Müteahhidin hilesinin olması halinde *actio ex locato*'nun gündeme gelmesi –verilmesi- akla uygundur.”<sup>39</sup>

Metinden anlaşıldığı üzere, *conductor* tarafından meydana getirilen eserin, kalitesi/niteliği bağlamında kabul edilebilir olup olmadığı; başka bir deyişle, eserin, işin gerektirdiği tecrübeye, beceriye ve bilgiye uygun bir şekilde tamamlanıp tamamlanmadığı gerek *locator* tarafından gerekse taraflarca bu konuda yetkilendirilmiş üçüncü bir kişi tarafından adil bir kişinin hareket tarzına uygun bir şekilde (*arbitrium boni viri*) takdir edilmelidir. Hukukçuya göre, iyiniyet bu şekilde davranılmasını gerektirir. Dolayısıyla, bu takdir yetkisinin objektif standartlara göre kullanılması gerekir. Bu sayede, eserin kabul edilebilir olup olmadığının keyfi bir şekilde takdir edilmesi önlenmiş olur.<sup>40</sup>

Martin'e göre, Romalı hukukçular, *conductor*'un, işin icrası için gerekli bilgi, beceri ve tecrübeye (*imperitia*) sahip olup olmadığını tayin ederken “soyut” bir ölçüt kullanmışlardır. *Imperitia*'nın söz konusu olup olmadığının tespiti her zaman kolay olmadığı için, özellikle belli bir uzmanlık gerektiren zanaat işlerinin icrasının sözleşmenin konusunu teşkil ettiği hallerde, soyut bir ölçütün kullanılması oldukça isabetlidir. Bunun en önemli sebebi, *locator*, *imperitia* iddiasını ileri sürdüğünde zararın zaten ortaya çıkmış olmasıdır. Bu durumda, *arbitrium boni viri* gibi bir ölçüt esas alınmadığı için, *imperitia*'nın tespiti zorlaşmaktadır. Ancak *imperitia*'nın veya *peritia*'nın varlığı, *conductor*'un bir zanaatkâr gibi (*ut artifex*) davranıp davranmadığına göre tespit edileceğinden, bu objektif yaklaşım, tarafları, işin kabul edilebilir olup olmadığının tespiti için nesnel ölçütler kullanmaya sevk eder. Romalı hukukçular, bilgi, beceri, tecrübe, yetenek ve karakterleri açısından zanaatkârlar arasında farklılıklar olabileceğinin farkındaydılar. Ancak dönemin şartları açısından düşünüldüğünde, bir işteki uzmanlığın belgelendirilmesi veya uzman kişiye bir ruhsat verilmesi gibi bir uy-

<sup>39</sup> Somer, *İstisna*, syf. 24.

<sup>40</sup> Martin, syf. 123.

*Locatio conductio operis*'de *conductor*, eserin meydana getirildiği aşamada yani, sonuca yönelik faaliyeti bakımından *locator*'a bağımlı değildir. Çünkü iş sahibini ilgilendiren husus, işin sözleşme ile kararlaştırılan şekilde tamamlanıp tamamlanmadığıdır. Dolayısıyla, iş sahibi, sadece sonuçlanmış olan iş kendisine sunulduğunda bir denetleme yetkisine sahiptir. Karadeniz, syf. 174.



gulama olmadığı için, hukukçuların bu yaklaşımının isabetli olduğu söylenebilir.<sup>41</sup> Örneğin, *Ulpianus* tarafından aktarılan *aedilis*<sup>42</sup>'lerin bu konudaki *edictum*'unda, satıcının zanaatkâr olduğunu taahhüt ederek sattığı bir kölenin, gerçekten böyle bir vasfı olduğunun genel olarak kabul edilebilmesi için, bir dereceye kadar deneyimli (*ad aliquem modum peritus*) olmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir.<sup>43</sup> *Imperitia*'ya ilişkin metinlerde de, benzer şekilde, zanaatkârın bilgi, beceri ve tecrübesinin yüksek standartlara göre ölçülmesi gerektiğine dair bir görüş mevcut değildir. Aksine, zanaatkârın, genel kabul görmüş bir standartta bilgi, beceri ve tecrübeye sahip olması, kendisinin faaliyette bulunduğu alanda uzman olduğunun kabul edilebilmesi için yeterlidir.<sup>44</sup>

### III. CONDUCTOR'UN HASARI ÜSTLENMESİ SEBEBİYLE IMPERTIA ÖLÇÜTÜNÜN UYGULANMAMASI

Eser sözleşmesinde hasarın hangi tarafa ait olacağı Romalı hukukçular arasında tartışmalı olan konulardan biridir. Klasik hukuk devrinin başlarında genellikle uygulan esasa göre, yapılan eser, iş sahibine teslim edilmeden veya iş sahibi tarafından kabul edilmeden önce, mücbir sebep neticesinde telef olursa, iş sahibi ücreti ödeme borcundan kurtulurdu. Yani hasar yükleniciye ait olurdu. *Iustinianus* hukukunda ise, yüklenici, mücbir sebep neticesinde ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmuyordu. Başka bir deyişle, yüklenicinin borcunun sona ermesine karşılık iş sahibinin ücreti ödeme borcu devam ediyordu. Fa-

<sup>41</sup> Bkz. D.46.3.31: *Ulpianus libro septimo disputationum: Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis...* (Atf yapılan bu metnin mealen çevirisine ilgili paragrafta zaten yer verilmiştir: Romalı hukukçular, bilgi, beceri, tecrübe, yetenek ve karakterleri açısından zanaatkârlar arasında farklılıklar olabileceğinin farkındaydılar.)

<sup>42</sup> *Aedilis curulis*:Roma'da, pazar yerlerindeki alım satımların denetlenmesi ile görevli olan cumhuriyet dönemi magistrası. Umur, Lügat.

<sup>43</sup> D.21.1.18'de *Gaius*, satıcının sattığı kölenin belirli niteliklere sahip olduğuna dair açıklamalarının katı olarak değil, ölçülü şekilde anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre, satılan kölenin düzgün karakterli olduğu beyan edilmişse, köleden ancak bir filozoftan beklenebilecek saygınlık ve karakter sağlamlığını sergilemesi beklenemez. Kölenin çalışkan ve dikkatli olduğu belirtilmişse, gece ve gündüz devamlı çalışması beklenemez. Ancak satıcı kölenin olağanüstü bir aşçı olduğunu taahhüt etmişse, bu zanaatte gerçekten çok iyi olması gerekir. Fakat satıcı, kölenin sadece aşçı olduğunu beyan etmişse, vasat bir aşçı olması yeterlidir. Bu bütün meslekler için geçerlidir. Erdoğan, syf. 79, dn. 147. Aynı yönde bkz. D.21.1.19.4.

<sup>44</sup> Martin, syf. 124.



kat prensip olarak, iş, iş sahibi tarafından kabul edilmişse (*adprobatio*), yüklenicinin hileli davrandığı haller haricinde, hasar iş sahibine geçer ve dolayısıyla tamamlanmış ve kabul edilmiş eser mücbir sebep neticesinde telef olursa, iş sahibi ücreti ücreti ödemek zorunda olurdu.<sup>45</sup> Ancak tarafların anlaşmasıyla yüklenicinin sorumluluğunun ağırlaştırıldığı hallerde, uzmanlık gerektiren bir işi üstlenen kişi, kendisine *imperitia* sebebiyle bir kusur yüklenememesine rağmen, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilirdi.

Zanaatkârın, bilgisizliğinden, tecrübesizliğinden veya beceriksizliğinden (*imperitia*) kaynaklanan zararların yanı sıra malzemedeki eksiklik ve bozukluklardan kaynaklanan hasarı da üstlendiği hallerde (*lex locationis*), *locator* her türlü riskten doğabilecek zararı *conductor*'a yükleyerek büyük bir avantaj elde etmiş olur. Bu durumda yüklenicinin bu nitelikte kapsamlı bir sorumluluğu neden üstlendiği sorusu akla gelir. Çeşitli ihtimaller dikkate alınarak bu sorunun cevabının ne olabileceğine ilişkin ancak tahminde bulunmak mümkündür: Bu tarz kayıtların (*lex locationis*), değerli malzemelerden bir eser yaratılmasına ilişkin sözleşmelere eklendiği ve bu sayede zanaatkârların iş sahibine avantajlı bir durum sağlayarak işin kendilerine tevdi edilmesi için onu ikna ettikleri varsayımında bulunulabilir. Bir diğer ihtimal ise, işin yapılması için kendisine tevdi edilen malzemedeki eksiklik veya bozukluktan kaynaklanan zararı da üstlenerek sözleşmeden doğan bir haktan feragat eden yüklenicinin, bu sayede pazarlık gücünü arttırdığı ve işin yapılması karşılığında alışılmışın üstünde bir bedel talep etme imkânı elde ettiğidir.<sup>46</sup> Konuya ilişkin olarak *Digesta*'da yer alan metinler ise aşağıdaki gibidir:

*D.19.2.13.5: Ulpianus libro 32 ad edictum.*

*Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.*

“Ulpianus’un beyanname şerhinin 32. kitabından.

<sup>45</sup> Rado, syf. 108.

<sup>46</sup> Martin, syf. 118.

Değerli taş oyulması veya yerine yerleştirilmesi için verilmiş sonra da kırılmış ise, eğer bu taştaki bozukluktan (malzemedeki eksiklik/taşın defosundan) kaynaklanıyorsa *actio ex locato* verilmez. Fakat tecrübesizlikten/beceriksizlikten kaynaklanıyorsa dava hakkı vardır. Bu görüşe şu da eklenmelidir ki, meğerki hasarı/rizikoyu zanaatkâr üstüne almış olsun. Bu takdirde, malzemedeki eksiklik (taştaki defo) yüzünden kırılma gerçekleşmiş olsa dahi bir dava hakkı söz konusu olacaktır.”<sup>47</sup>

D.9.2.27.29: *Ulpianus libro 18 ad edictum.*

*Si calicem diatretum faciendum dedissi, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimas habeat vitiosas, potest esse excusatus; et ideo plerumque artifices convenire solent, quum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.*

“*Ulpianus*’un beyanname şerhinin 18. kitabından.

Eğer cam bardağı yontmak (traş etmek) için verdiysen ve yontucu onu tecrübesizliğinden dolayı kırmışsa, hukuka aykırı zarar vermekten dolayı sorumludur. Ancak eğer tecrübesizlikten kırılmamış, aksine bardağın yapısındaki bir bozukluktan dolayı kırılmışsa, bu durumda bir özür ileri sürülebilir. Ve bu sebeple zanaatkârlar bu tür bir madde kendilerine verildiğinde, (müşteri ile) üzerlerine riziko almama anlaşması yaparlar. Bundan dolayı *actio ex locato* ve *actio legis Aquiliae* mümkün değildir.”<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Somer, *İstisna*, syf. 109.

<sup>48</sup> Somer, *İstisna*, syf. 108, dn. 314.

Roma hukukunda belli bir netice meydana getirilmediği için doğan sorumluluk hallerine ve hatta kusurun objektifleştirilmesi olarak nitelendirilebilecek hallere rastlanmaktadır. Imperitia (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik) ve infirmitas (zayıflık, güçsüzlük) borçlunun sorumluluğunun doğması için yeterli olup kusura eş tutulmaktaydı. Keza, D.50.17.132’deki düzenlemede de bilgisizlik ve beceriksizliğin kusur sayıldığı ifade edilmiştir. Böylece, borçlunun edimi ifa etmek için bütün gayreti göstermiş olması onu sorumluluktan kurtarmamaktaydı. D.2.27.29’da Ulpianus tarafından belirtildiği üzere, eğer bir kupa kabartma yapılması için bu işin ustasına verilmişse ve kupa, ustanın beceriksizliği yüzünden kırılmışsa, usta, mala verilen zarar sebebiyle sorumlu olur. Ancak kupa zaten çatlak olduğu için kırılmışsa, beceriksizlikten dolayı sorumluluk söz konusu olamaz. Beceriksizliğin kusurun bir türü olarak kabul edildiği hallere bir diğer örnek ise, D.19.2.9.5’de yer almaktadır. Metinden anlaşıldığı üzere, Celsus, ücret karşılığında elbise temizlenmesini konu alarak, buradaki beceriksizliğin (impertia) kusur

Her iki metin, kendisine işlemesi için değerli ve kırılğan bir nesne verilen zanaatkârın, tecrübesizliği (*imperitia*) yüzünden bu nesneye zarar vermesi halinde sözleşmeden (*locatio conductio operis*) veya haksız fiilden (*damnum iniuria datum*) doğan sorumluluğu sebebiyle kendisine karşı dava açılabilirliğine ilişkindir. Yine her iki metinde, zanaatkârın, *imperitia* sebebiyle sorumlu olduğu iddiasına karşı, işlemesi için kendisine verilen nesnenin ayıplı olduğu (*vitium materiae or rimae vitiosae*) savunmasında bulunduğu varsayılmakta ve malzemenin ayıplı olması halinde zanaatkârın meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, meydana gelen zarardan taraflardan hangisinin ne ölçüde sorumlu olduğu, bu zararın ne ölçüde kendilerinin kusurundan kaynaklandığı ile doğru orantılıdır. Değerli bir malzemenin bir eser meydana getirilmesi amacıyla işlenmesine ilişkin olan *locatio conductio operis*'de yüklenicinin becerikli olması oldukça önemlidir. İşin yapılması esnasında malzeme zarar gördüğü için eserin meydana getirilememesi halinde iş sahibi zarar gördüğü gibi, neticeyi üstlenen taraf da bu süre zarfında harcadığı zaman ve emek açısından zarara uğramış olur. Bu nedenle tazminat miktarının tespitinde taraflardan her birinin eserin meydana gelmesi için yaptıkları yatırım ve sağladıkları ekonomik katkının da göz önünde bulundurulması gerekir.<sup>49</sup>

---

olarak sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Keza, I.4.3.7'deki düzenlemede, doktorun başarısız bir ameliyat neticesinde veya yanlış bir tedavi uygulayarak kölenin ölümüne yol açması beceriksizlik olarak kabul edilmiş ve metinde beceriksizliğin de ihmal sayıldığı belirtilmiştir. Erdoğmuş, syf. 31, dn. 64.

Ulpianus, zanaatkârların, ancak, kendilerine tevdi edilen malzemenin yapısındaki bozukluktan kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacakları yönündeki anlaşmanın müşteri tarafından kabul edilmesi halinde bu tür bir malzeme (*eiusmodi materiae*) ile çalışmayı kabul ettiklerini düşünmektedir. Böylece iş sahibinin, *actio ex locato* ve *actio legis Aquiliae* sebebiyle dava açma hakkı ortadan kalkar. Martin, syf. 119.

<sup>49</sup> Martin, syf. 117-120.

Eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesinden önce, malzemedeki bozukluk sebebiyle zarar görmesi halinde, bu zarara iş sahibinin katlanacağına ilişkin D.19.2.62'de yer alan benzer bir düzenleme ise aşağıdaki şekildedir:

D.19.2.62: *Labeo libro Pithanorum. Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras antequam eum probares labes corrumpit tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.*

Metinden anlaşıldığı üzere, sözleşme ile bir kanalın yapımının üstlenildiği ve işin tamamlandığı hallerde, kanal, iş sahibi onu kabul etmeden önce, tarafların kusuru

D.9.2.27.29 ve D.19.2.13.5'de yer alan düzenlemeler, hassas ve değerli malzemeler üzerinde çalışan zanaatkârlar bağlamında *imperitia* kavramının nasıl bir gelişim sürecinden geçtiğini açıklığa kavuşturması açısından önemlidir. Buna göre; *conductor*, kusurun bütün derecelerinden sorumlu olduğu gibi (*omnis culpa*<sup>50</sup>), yapılacak iş konusundaki bilgisizliğinden ve beceriksizliğinden (*imperitia*) de sorumludur. Bu sayede, *locatio conductio operis* kapsamında alanında uzman bir kişi olarak bir eser meydana getirme borcu altına giren kişilerin, beceriksizlikleri veya işin gerekleri açısından yeterli ölçüde becerikli olmamaları yüzünden verdikleri zararlarda sorumlu tutulmaları mümkün olmuştur. İş sahibi tarafından verilen malzeme ayıplı olduğu için eserin tamamlanamaması halinde ise zanaatkâr, meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Taraflar eser sözleşmesine hukuk düzeni tarafından kendiliğinden (*ipso iure*) bağlanan bu sonuçları kabul edebilecekleri gibi, sözleşmenin müzakere edildiği aşamada, rizikonun taraflar arasında kanunda öngörülenden farklı bir şekilde paylaşılması için sözleşmeye bir hüküm (*lex locationis*) ekleyebilirler. Yazara göre, yeteneği ve becerisi sayesinde alanında ün yapmış zanaatkârların bir eser meydana getirme borcu altına girdikleri sözleşmelerde, taraf iradesiyle eklenen bu kayıtların önemi oldukça fazladır. Zanaatkârın alanında ustalaşmış olduğu hallerde, taraflar arasında *imperitia* sebebiyle bir ihtilâfın ortaya çıkması sık rastlanan bir durum değildir. Bu zanaatkârlar sözleşmenin müzakeresi aşamasında sahip oldukları şöhretten yararlanarak

---

olmaksızın yıkılmışsa, hasar yükleniciye ait olur. Paulus'a göre, eğer hasar arazi-deki bir eksiklikten veya bozukluktan kaynaklanıyorsa, iş sahibi hasara katlanır; ancak kanalın yıkılması işteki eksiklik veya bozukluktan kaynaklanıyorsa hasara yüklenici katlanmak zorundadır (*solus vitio ve operis vitio*).

*Locatio conductio operis*'de, eser henüz iş sahibine teslim edilmeden önce, tarafların kusuru olmaksızın meydana gelen zarara kimin katlanacağı meselesine ilişkin olarak Zimmerman, Labeo tarafından D.19.2.62'de yapılan değerlendirmeye dayanmaktadır. Böyle bir durumda, *conductor*, işin icrasına başladığı andan hasarın gerçekleştiği ana kadar, emek ve zaman harcamış olmasına rağmen, ücrete hak kazanamayacaktır (*periculum conductoris*). Buna karşılık, eser henüz teslim edilmemiş olmasına rağmen, *conductor*'un eseri kararlaştırılan şekilde tamamladığının *locator* tarafından kabul edildiği andan itibaren (*antequam eum adprobaret*), hasar *locator*'a geçer. Zimmerman, syf. 401-402.

<sup>50</sup> *Omnis culpa*: Bütün kusurlar (*culpa levis, culpa lata ve dolus*). Hafif ihmalden (*culpa levis*) sorumlu tutulan borçlu ağır ihmalden (*culpa lata*) ve kastından da (*dolus*) sorumlu tutulacağı için, hafif ihmâl sorumluluğuna *omnis culpa* sorumluluğu denmektedir. Umur, Lügat.

oldukça yüksek bir ücret talep ettikleri gibi, sözleşmeye kendileri lehine hükümler eklenmesini sağlayabiliyorlardı. İş sahipleri ise, böyle şöhretli bir ustanın elinden çıkmış bir esere sahip olabilmek için yapılacak iş karşılığında yüksek bir bedel ödemeyi göze almaktaydılar. *Ulpianus* ise, yukarıda ele alınan metinlerde (*D.19.2.13.5* ve *D.9.2.27.29*), zanaatkârın, beceriksiz veya tecrübesiz olduğu iddiasına karşılık, meydana gelen zararın tevdi edilen malzemenin yapısındaki bozukluktan (*vitium*) kaynaklandığı yönünde kendisini savunabileceğini ifade etmiştir. Hukukçu, böylece, *imperitia* kavramının kapsamının nasıl sınırlandırıldığını açıklamıştır.<sup>51</sup>

## SONUÇ

Roma Hukukuna göre, eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*) ile bir sonuç (*opus*) meydana getirme borcu altına giren yüklenici (*conductor*), kendisini belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtır ve teknik bilgi gerektiren bir edimi üstlendiği için, meslekî tecrübesizliği (*imperitia*) sebebiyle iş sahibine (*locator*) verdiği zararlardan kusuru olmasa bile sorumlu tutulmuştur. *Imperitia* kavramının sergilediği gelişim sürecine bakıldığında, hukukçuların, *locatio conductio operis* kapsamında icra edilen ve uzmanlık gerektiren işler açısından, yeterli esnekliğe sahip yasal bir ilkeyi yerleşik hale getirdikleri anlaşılmaktadır. Yüklenicinin gösterdiği performansın yeterli olup olmadığının objektif (soyut) ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi, işin icrası için gerekli bilgi, beceri ve tecrübenin varlığının veya yokluğunun soyut bir model referans alınarak belirlenmesine imkân sağlamıştır. Ancak, objektif ölçüt, somut ve ferdilemiş hareket tarzını esas alan bir ölçütün kullanıldığı hallere kıyasen, *conductor*'un sorumluluğunun kapsamının genişlemesine yol açmıştır. Bununla birlikte, soyut bir modelin referans olarak kabul edilmesinin, keyfi ve aşırı katı bir değerlendirme yapılmasına engel olduğu hususunun da göz ardı edilmemesi gerekir. Tarafların anlaşmasıyla yüklenicinin sorumluluğunun ağırlaştırıldığı hallerde ise, uzmanlık gerektiren bir işi üstlenen *conductor*'un, kendisine *imperitia* sebebiyle bir kusur yüklenememesine rağmen meydana gelen zarardan sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır.

<sup>51</sup> Martin, syf. 121-122.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Buckland William Warwick, Textbook of Roman Law, Cambridge 1963
- Erdoğmuş Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005
- Güven Diler Tamer, Culpa In Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001
- Karadeniz Özcan, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara 1976
- Kaser Max, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, München 1971
- Rado Türkân, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2018
- Somer Pervin, Roma Hukukunda İstisna Akdi, İstanbul 2008 (İstisna)
- Somer Pervin, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008 (Mala Verilen Zarar)
- Tahiroğlu Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2018
- Zimmermann Reinhard. The Law of Obligations: The Roman Foundation of the Civilian Tradition, Capetown 1990

### Makaleler

- Araz Dinçer Nilgün, Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (*concursum actionum*) Genel Bir Bakış, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.3, Y. 2017, syf. 235-281
- Karacabey Ömer Faruk, Hakların Yarışması, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1980, S. 6, syf. 666-685
- Martin Susan D., *Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law*, *The American Journal of Philology*, Vol. 122, No. 1 (Spring, 2001), pp. 107-129, The John Hopkins University Press
- Rodrigues Maffeis Moreira Marta, Medical Responsibility in Roman Private Law, *Journal on European History of Law*, 1/2017, pp. 18-22
- Somer Pervin, Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. XIV, S. 4, Y. 2008, syf. 133-151 (Hekimin Sorumluluğu)
- Zilelioğlu Hilâl, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", *AÜHF*, C. 39, Y. 1982-1987, S. 1-4, syf. 241-264

### Diğer Kaynaklar

- Iustinianus Institutiones (çev. Umur Ziya), İstanbul 1968 (Institutiones)
- The Digest of Justinian, Mommsen, T./Krüger, P., English translation edited by Alan Watson, Philadelphia 1985
- Umur Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 (Lügat)





# YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HEMŞİRENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

## THE LEGAL RESPONSIBILITY OF NURSES IN THE LIGHT OF TURKISH SUPREME COURT DECISIONS

Özlem TÜZÜNER\*  
Erkam Talat DUYMUŞ\*\*

**Özet:** Hemşire insan sağlığını ilgilendiren farklı alanlarda görev yapar ve bu görevlerini yerine getirirken tıp biliminin gereklerine uygun hareket eder. Hemşirenin hastanın sağlığına katkı sağlamak amacıyla yaptığı her eylem ve/veya işlem olumlu sonuçlanmayabilir. *Hemşirenin komplikasyondan sorumsuzluğu* kuraldır. Buna karşılık, tıbbî malpraktisten mesuliyetine gidilebilir. *Hemşirenin tıbbî hatadan hukukî sorumluluğu*, meslekî hatasına dayanır.

Bu çalışmada hemşirenin özel hukuktan doğan hukukî sorumluluğu Türk Hukuku'yla sınırlı vaziyette incelenirken konuyla ilintili Yargıtay kararları analiz edilmektedir. Böylesine incelemede hemşirenin enjeksiyon yapması üzerine meydana gelen rahatsızlıklara sıklıkla rastlanmıştır. *Hemşirenin hukukî sorumluluğunda enjeksiyon sorunu*, sosyal fenomen boyutundadır. *Enjeksiyona çok disiplinli yaklaşılması* önerilmektedir. Özellikle tıp bilimiyle hukuk ilminin entegrasyonu, enjeksiyon sorunu minimize edilmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Hemşirenin Komplikasyondan Sorumsuzluğu, Hemşirenin Tıbbî Hatadan Hukukî Sorumluluğu, Hemşirenin Hukukî Sorumluluğunda Enjeksiyon Sorunu, Enjeksiyona Çok Disiplinli Yaklaşılması

**Abstract:** Nurses work in various fields related to human health. While performing their duties, their acts must be in accordance with the requirements of medical science. The actions taken by nurses to contribute to a patient's health may not always have positive outcomes. The *nurse's lack of legal responsibility for complications* is the rule. A nurse is responsible for medical malpractice, not for complications. The *nurse's legal responsibility for medical malpractice* is simply based on professional misdeeds.

\* Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ozlemtuzuner@sdu.edu.tr; ORCID: 0000-0002-5575-3400

\*\* Avukat, t.duymus@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3741-0719, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.07.2021, Kabul Tarihi: 06.07.2021

In this study, the legal responsibility of nurses is examined and relevant cases that have been the subject of the Turkish Supreme Court decisions are analyzed. Considering the decisions of the Turkish Supreme Court in relation to nurses, injuries that occur upon a nurse's injection are frequently encountered. The *problem of injection in the legal responsibility of nurses* has reached disturbing dimensions as a societal phenomenon. A *multidisciplinary approach to injection* is highly recommended. Injection problems must be minimized, particularly with the cooperation of medical and legal science.

**Keywords:** Nurse's Lack of Legal Responsibility for Complications, Nurse's Legal Responsibility for Medical Malpractice, Problem of Injection in the Legal Responsibility of Nurses, Multidisciplinary Approach to Injection

## GİRİŞ

Bakıcıdan hekime uzanan sağlık çalışanları spektrumunda her ajanın özgül fonksiyon ve değeri bulunmaktadır. Hemşirelik de insanın tıbbî ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkmış yüce mesleklerden biridir. 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu ve Hemşirelik Yönetmeliği hemşirelerin görev ve yetkilerini belirlemektedir.<sup>1</sup> Bunlar haricinde, birçok kanun ve yönetmelikte hemşirelerin aslı ve tali görevleri tanımlanmaktadır. Meselâ, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği ve Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği konunun detaylarını düzenlemektedir (DMK m. 6 vd.; TİDK m. 63 vd.; HHY m. 14; YTKİY m. 132).<sup>2</sup>

Sağlık çalışanları arasında hemşirenin önemi yadsınamaz. Hemşirelik, ulvî görevler donanmış bilimsel disiplindir. Öyle ki, bireyin, ailenin ve toplumun sağlığının korunması, yükseltilmesi ve geliştirilmesi hemşirelerin de görevidir. Bilim ve sanatla koordine icra edilen hemşirelik görevi, hekime yardımcılıktan ibaret değildir. Onlar bağımsız görev ve yetkileri de haizdir. Ayrıca, nüfus planlaması ve aile hekimliği bakımından da önemli misyona sahip oldukları eklenmelidir.<sup>3</sup> Ni-

<sup>1</sup> Hemşirelik Yönetmeliği (Resmî Gazete 8.3.2010, 27515). 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu (Resmî Gazete 2.3.1954, 8647).

<sup>2</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (Resmî Gazete 23.7.1965, 12056). 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (Resmî Gazete 14.4.1928, 863). Hasta Hakları Yönetmeliği (Resmî Gazete 1.8.1998, 23420). Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği (Resmî Gazete 13.1.1983, 17927).

<sup>3</sup> Halil Kalabalık, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", 3.

tekim Hemşirelik Kanunu, hemşireyi ve bu statüye bağlı unvanı şöyle tanımlamaktadır: “Türkiye’de üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksek okullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığı’na tescil edilenler ile öğrenimlerini yurt dışında hemşirelik ile ilgili, Devlet tarafından tanınan bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığı’na tescil edilenlere hemşire unvanı verilir” (HK m. 1). Hemşirelik Yönetmeliği ise, “Hemşirelik Kanunu’na göre hemşirelik mesleğini icra etmeye yetkili sağlık personeli” şeklinde tanım vermektedir (HY m. 4/1-b). Anılan yönetmelik ayrıca, bu mesleğin sunduğu hizmetleri, görev, yetki ve sorumlulukları ayrıntılı anlatmaktadır (HY m. 5, 6). Diğer taraftan, asgarî sağlık meslek lisesi mezunu hemşirenin, hastanın hâl ve hatırını sormaktan ateşini ölçmeye, hatta ilaçlarını vermekten enjeksiyonlarını uygulamaya kadar pek çok bilgi ve tecrübe gerektiren üst düzey önemi haiz görevleri bulunmaktadır (YTKİY m. 132). Detaylı görev çizelgesi, hemşirelik mesleğinde, yetenek yanı sıra, kişiliğe ve duygusal dayanıklılığa yönelik kalite standartlarının aranmasını doğallaştırmaktadır. Ayrıca hastayla hem fiziksel hem de ruhsal yönden devamlı ilgilenen müşfik ve özverili karakter şarttır.

Hemşirelik mesleğinin kanunî tanımları, sağlık bilimlerindeki tasvirlerle beslenmelidir. Öyle ki hemşire, hastanın yaşamını yardımsız idame ettirebilmesine ve kişisel yeterliğinde yeniden bağımsızlığına kavuşmasına uğraşır. Bu temenniyle, sağlık, iyileşme ya da huzurlu ölüme yönelen bilimsel ve sanatsal müdahalelerde bulunur. İşte *Virginia Henderson*’un güncel tanımı Uluslararası Hemşireler Birliği tarafından kabul edildiği gibi Türkiye’de de benimsenmektedir.<sup>4</sup>

Tıp tarihinde, sair afetler, özellikle salgın ve savaşlar, hemşireliğin önemini ve vazgeçilmezliğini vurgulamıştır. Romalı baş hemşire Azi-

Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2011, s. 334. Zekeriya Kürşat, “Hemşirelerin Hukukî Sorumluluğu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2008, 66/1, s. 293, 294. Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, 2021, C. 1, s. 209. Belkız Karabakır, Hemşirelerin Tâbi Oldukları Mevzuat ve Hukukî Sorumlulukları Konusundaki Farkındalıkları, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Dan. Gürsel Çetin, İstanbul, 2011, s. 1, 5.

<sup>4</sup> Rukiye Pınar Bölüktaş/Zülfünaz Özer/Dilek Yıldırım, “Uluslararası Hemşirelik And’ının Meslekî Değerler Açısından İncelenmesi”, *Çekmece İZÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, 6/13, s. 86. Ayrıca bkz. Kürşat, s. 293, 302, dpn. 7. Karabakır, s. 4, 5. Kalabalık, s. 334-337. Hakeri, C. 1, s. 205, 209.

ze *Fabiola*, muazzam servetini yoksul hastalara adayacak kadar şefkatliydi. Cüzam gibi iğrenç bulunan hastalıkları nedeniyle toplumdan dışlanan kişileri tedavi ettiği gibi, ölüm döşeğindeki hastalara “hospiz (*hospes*)” hizmeti sunarak onların öteki dünyaya onurla göçmesine vesile olmuştur.<sup>5</sup> *Florence Nightingale* ise, modern hemşireliği, sadece savaşta yaralanan askerlerin tedavi ve bakımlarını üstlenerek kurmuştur. *Nightingale* aynı zamanda sosyal reformcu ve istatistikçi statüsünde tıp literatüründe nadide rol oynamıştır.<sup>6</sup> Bugün de salgın yönetiminde, hemşireler, krizle mücadelede adeta kahramanlık örnekleri sergilemiştir. Öyle ki, salgın hastanelerinin işleyişinde gizli melekler gibi çalışmışlardır.<sup>7</sup> Peki böylesine değerli meslek çalışanlarının kaçınması gereken meslek hataları nelerdir?

Tıbbî hata türleri tabii ki sağlık çalışanlarının sorumluluğuna meydan verebilir. Hemşirelerin hukuka aykırı tıbbî eylemlerinden cezaî, idarî ve hukukî üç farklı sorumluluğu bulunabilir. Bu çalışmada Türk Hukuku’yla sınırlı vaziyette hemşirenin meslek hatasından hukukî sorumluluğuna odaklanılmaktadır. Hemşirenin meslekî hatası gerekçesiyle tazminat ödemesinde öncelikle tıbbî müdahale, ardından tıbbî hata ve zararı da kapsayacak şekilde malpraktis kavramlarının kısaca hatırlatılması gereklidir. Daha sonra, hukukî mesuliyet, borca aykırılık ve haksız fiil sebeplerine istinaden bilateral açıklanmakta; özellikle hemşirenin hukukî sorumluluğunu aydınlatan örneklerle yer verilmektedir. Bu noktada hemşirenin hukukî sorumluluğuna ilişkin Yüksek Mahkeme içtihatları analiz edilmektedir. Hemşirelerin hukukî sorum-

<sup>5</sup> Vikipedi-1, “Saint Fabiola”, [https://en.wikipedia.org/wiki/Saint\\_Fabiola](https://en.wikipedia.org/wiki/Saint_Fabiola) (Erişim Tarihi: 26.6.2021). Ayrıca bkz. (bakınız) Nuray Demirci Güngördü, “Hospiz Anlayışında Hasta Bakımı ve Hemşirenin Rolü: Bir İnceleme Çalışması”, Tıp-Etik-Hukuk Boyutuyla Hospiz, Ed. Çağatay Üstün, Ege Tıp, İzmir, 2016, s. 13.

<sup>6</sup> Vikipedi-2, “Florence Nightingale”, [https://tr.wikipedia.org/wiki/Florence\\_Nightingale](https://tr.wikipedia.org/wiki/Florence_Nightingale) (Erişim Tarihi: 17.6.2021). Aysun Yerköy Ateş/Figen Okur, “Covid-19 Pandemisinde Gizli Kahramanlar: Hemşire Liderler”, *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 2020, 6/3, s. 626.

Taner Bayraktaroğlu/Emine Fidan, “Kriz ve Pandemide Hemşirelik Hizmetleri Önerileri”, *Batı Karadeniz Tıp Dergisi*, 2020, 4/2, s. 45. Karabakır, s. 3, 4.

<sup>7</sup> Mersin İl Sağlık Müdürlüğü, “Pandemi Kahramanı Hemşireler”, <https://mersinism.saglik.gov.tr/TR,183252/pandemi-kahramani-hemshireler.html> (Erişim Tarihi: 17.6.2021). Anadolu Ajansı, “Kovid Hemşireleri Salgınla Mücadelede En Ön Cephe Savaşıyor”, <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/kovid-hemshireleri-salginla-mucadelede-en-on-cephede-savasiyor/1836356> (Erişim Tarihi: 17.6.2021). Bayraktaroğlu/Fidan, s. 46, 47. Ateş Yerköy/Okur, s. 628, 632.

luluğuyla ilintili Yargıtay kararlarının derlenmesiyle, meslektaşların somut ihtilaflarına benzer temyiz dairesi kararlarına erişmesini kolaylaştırmak ümit edilmektedir. Esasen konuya ilişkin azımsanamaz sayıda içtihat ışığında, hemşirelikte tıbbî hata sorununa sosyal ve hukukî olgu şeklinde yaklaşma fırsatı doğmaktadır. Ayrıca hemşirenin tıbbî hatasında yoğunlaşma bulunan sorunlara ilgililerin dikkati çekilmekte ve bunların çözümüne dair istişare ortamı teşvik edilmektedir.

## I- HEMŞİRELİKTE TIBBÎ MÜDAHALE ve MALPRAKTİS KONUSUNA KISA BAKIŞ

Hemşirelerin hukukî sorumluluğunu doğuran vakıaların ayırt edilmesi adına öncelikle, tıbbî müdahale, tıbbî hata, komplikasyon ve zararı da kapsayacak boyutta malpraktis tanımlanmalıdır. Kavramsal netleşmenin ardından, hemşireleri ilgilendiren komplikasyon ve malpraktis ihtimallerinden bahsedilmelidir. Tabii ki anılan terimlere kısaca değinilirken hemşire hatasına dair tüm olasılıkların sayılarak tüketilmesi imkân dâhilinde değildir. Ne var ki, terminolojik kaygıların en baştan elemine edilmesi, aşağıda incelenecek Yargıtay kararlarındaki hukukî meselelerin tayinini kolaylaştırabilir.

### A- KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bu başlık altında, tıbbî müdahale, tıbbî hata ve malpraktis terimleri açıklanmalıdır. Tıbbî müdahale, tıp mesleğini icra eden yetkili kişiler tarafından hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amacıyla kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik her türlü faaliyettir.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Mustafa Kılıçoğlu, "Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2006, 1/4, s. 17. Mehmet Ayan, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Kazancı, Ankara, 1991, s. 5. İsmail Atak, "Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, 2020, 19, s. 20. Zafer Kahraman, "Medenî Hukuk Bakımından Tıbbî Müdahaleye Hastanın Rızası", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 7/1, s. 480. Olcay Işık, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Dan. Metin İkizler, Erzurum, 2010, s. 54-65. Berna Özpınar, "Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluğun Türleri", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2008, s. 269, 270. Hayrunnisa Özdemir, "Hekimin Hukukî Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 11/1, s. 39, 45. Sera Reyhani Yüksel, "Hekimin Uyguladığı İlaç Tedavisinden Doğan Zararlardan Hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunması", 5. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve

Ancak tıbbî müdahale, sağlığı korumak ve sürdürmek gibi üstün amaç dâhil olsa da insanın vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Hukuk düzeninin mutlak ve dokunulmaz saydığı cismanî ya da manevî değerlere yapılan izinsiz her türlü tıbbî müdahale, kural olarak hukuka aykırıdır.<sup>9</sup>

Tıbbî müdahaleyle amaçlanan kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik hastalığını, noksanlığını, teşhis ve tedavi etmek veya tam tedavi sağlanamasa bile hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek yahut kişileri böylesine hastalıktan korumaktır.<sup>10</sup>

Yalnız iyileştirme amacı, tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaya yetmez. Zira iyileştirme amacıyla hareket edilse bile hastanın vücut bütünlüğüne yönelik her müdahalenin hukuka uygunluğu, ehil sağlık personeli, aydınlatılmış onam, tıp biliminin en güncel mertebesine uygunluk ve özenli hizmet şartlarının kümülatif gerçekleşmesini gerektirir.<sup>11</sup> Nitekim Yargıtay 1977 yılından bu yana

Uygulamaları, Ed. Hakan Tokbaş ve H. Fehim Üçışık, Bilge, Ankara, 2016, s. 367. Hakeri, C. 1, s. 94, 259, 260. Bayraktaroğlu/Fidan, s. 48.

<sup>9</sup> M. Kemâl Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz, İstanbul, 2020, s. 179, 225-229. Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Kişiler Hukuku, Türk Özel Hukuku, C. II, Filiz*, 2017, prg. 531. Sibel Adıgüzel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, 5/19, s. 945, 946. Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku, Adalet*, Ankara, 2020, s. 99, 116, 117. Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku, On İki Levha*, İstanbul, 2020, s. 69-72. Yüksel Ersoy, "Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, 53, s. 83, 184. Hayrunnisa Özdemir, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, 1, s. 153. Atak, s. 21, 22. Kahraman, s. 480, 483. Işık, s. 65. Özdemir, *Hekimin Hukukî Sorumluluğu*, s. 39, 45.

<sup>10</sup> Aysun Altunbaş, "Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları", II. Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbî Müdahalenin Hukukî Yansımaları Sempozyumu, Seçkin, Ankara, 2015, s. 52. Alvina Gojajeva, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku'na Etkileri", *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, 1, s. 34. Atak, s. 20. Kahraman, s. 480. Işık, s. 54, 55, 149. Dural/Öğüz, prg. 531.

<sup>11</sup> Perihan Çetinkaya, *Hemşirelikte Tıbbî Uygulama Hataları ve Hukukî Sonuçları*, Seçkin, Ankara, 2016, s. 38 vd. Verda L. Ersoy, "Tıbbî Malpraktis", *Toraks Dergisi*, s. 30, [https://toraks.org.tr/site/sf/books/pre\\_migration/c68713cbd3e5aef1177da489dc1a646d1645271e69486ea3bb79c144ff909737.pdf](https://toraks.org.tr/site/sf/books/pre_migration/c68713cbd3e5aef1177da489dc1a646d1645271e69486ea3bb79c144ff909737.pdf) (Erişim Tarihi: 16.6.2021). Merve Duysak, "Hekimin Tıbbî Uygulama Hatalarından Doğan Cezaî Sorumluluğu", *Ankara Barosu Hukuk Gündemi*, 2009, 5/3, s. 25, 26. Murat Akba-ba/Vedat Davutoğlu, "Sağlık ve Hukuk Kıskaçında Hekim: Ne Yapmalı?", *Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi*, 2016, 44/7, s. 610, 611. Gürcan Altun/Abdullah Çoşkun Yorulmaz, "Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis", *Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2010, 27/1, s. 8, 10. Zarife Şenocak, "Heki-



kararlarında şu şartları anmaktadır: Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması ve eylemin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalması.<sup>12</sup>

Kan, doku veya organ nakli, anestezi, röntgen, ışın tedavileri, kan testleri ve aşıların yanı sıra; cinsiyete yönelik müdahale, gebeliğin sona erdirilmesi, doğum kontrolü amaçlı spiral takılmasına ek olarak; dolgu, diş çekme, protez yanı sıra implant ve ortodonti, kök hücre ve kısırlık tedavisi; gebeliğe her türlü tıbbî destek gibi nispeten basit uygulamalardan zorlu cerrahî girişimlere kadar pek çok faaliyet tıbbî müdahale kavramına dâhildir.<sup>13</sup> Ayrıca, fizikî sıkıntı yaratmasa da ruhen eleme sebep olan tıbbî girişimler, hatta estetik operasyonlar, tıbbî müdahaledir.<sup>14</sup>

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde tıbbî müdahale, sağlığı koruma ve hastalığın teşhisiyle tedavisini amaçlayan, ayrıca tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimdir (HHY m. 4). Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, tıbbî müdahalede bulunmaya ehil kişilerden bahsetmektedir. Bu kanuna göre yalnız tıp doktorları ve diş hekimleri değil, ebeler, sünnetçiler ve hemşireler de bu hususta yetkilidir (TİDK m. 1, 2, 3, ek m. 13, 29, 30, 47, 58, 68). Tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili kişiler kanunda sayılmış olup, bunlar arasında hemşire de yer alır. Yalnız tedavi planlamak ve reçete yazmak hekimlerin iktidarındadır.<sup>15</sup>

---

min Hukukî Sorumluluğunda Özel Sorunlar", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2008, s. 244. Özdemir, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, s. 39-41, 55-64. Özdemir, Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, s. 153, 154. Kahraman, s. 484-502. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 179, 225-229. Ersoy Y., Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları, s. 167-172. Atak, s. 20-24. Dural/Öğüz, prg. 531-560. Ayan, s. 7 vd. Gojayeve, s. 35-42. Işık, s. 54-65. Adıgüzel, s. 949. Hakeri, C. 1, s. 88, 94, 259 vd. Yüksel Reyhan, s. 367.

<sup>12</sup> Yarg 4. HD, 1976/6297, 1977/2541, 7.3.1977. Işık, s. 62, 63.

<sup>13</sup> İlhan Gülel, "Tıbbî Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, 1/5, s. 586. Hayrunnisa Özdemir, "Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, 15/1-2, s. 182-183. Atak, s. 20. Kahraman, s. 481, 484, 488. Özdemir, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, s. 45, 46, 48. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 180-187. Yüksel Reyhan, s. 367. Dural/Öğüz, prg. 561, 599.

<sup>14</sup> Gülel, s. 586. Atak, s. 20. Kahraman, s. 480, 481. Özdemir, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, s. 46. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 180.

<sup>15</sup> Ulaş Can Değdaş, "Hatalı Tıbbî Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 6/1, s. 43, 44. Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Yetkin*, Ankara,



Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu, hekim veya hemşirenin iyi niyetinden ve hasta memnuniyetinden bağımsızdır. Hukuken beklenen şartlar kümülatif gerçekleşmelidir. Özellikle ehil sağlık personeli, tıp biliminin güncel mertebesine uygunluk, özenli hizmet ve aydınlatılmış hastanın rızası gereklidir. Tıbbî müdahale sırasında olası hata hekimden kaynaklanabileceği gibi ekibini oluşturan diğer görevlilerden özellikle hemşire veya sağlık teknisyeninden de sebeplenebilir. Öyleyse, tıbbî müdahalede hukuka uygunluğun karşıtı tıbbî hatadır ki, bunun müsebbibi tıbbî müdahalede bulunmaya kanunen yetkili kişilerden herhangi biri veya birileridir.<sup>16</sup>

Türk Tabipler Birliği'nin raporlarına göre, tıbbî hata, planlanan işin amaçlandığı ve ümit edildiği gibi tamamlanamaması veya amaca ulaşmak için yanlış plan yapılması yahut doğru planın yanlış uygulanmasıdır.<sup>17</sup> Tıbbî malpraktis, tıbbî müdahaleye ehil sağlık perso-

2006, s. 23. Mine Kaya, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, 100, s. 49. Füsün Terzioğlu/Fatma Uslu Şahan, "Hemşirelerin Tıbbî Müdahalede Karar Verme Yetkisi ve Konumu", *Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi*, 2017, 3/4, s. 137. Bahu Güneş Kılıç, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Legal, İstanbul, 2016, s. 15, 16. Gülel, s. 590. Kahraman, s. 480, dpn. 1. Gojayeveva, s. 54. Özdemir, Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, s. 179-181. Özdemir, Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, s. 43.

<sup>16</sup> Oğuz Polat, Tıbbî Uygulama Hataları, Seçkin, Ankara, 2005, s. 25. Ersoy Y., Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları, s. 167-172. Kahraman, s. 480, dpn. 1. Hakeri, C. 2, s. 1018 vd.

<sup>17</sup> Füsün Sayek, TTB Kitapları/Raporları-2010 Hasta Güvenliği Türkiye ve Dünya, Türk Tabipler Birliği, Ankara, 2011, s. 17. Murat Şaşı, "Enjeksiyon Nöropatisinden Kaynaklı Tam Yargı Davalarında Risk İlkesi Uyarınca İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, 152, s. 71. Levent Mustafa Özgönül/Berna Arda/Necati Dedeoğlu, "Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbî Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 2019, 27/1, s. 49. Hakeri, C. 2, s. 1049. Değdaş, s. 41, 52. Ersoy V., Tıbbî Malpraktis, s. 30. Işık, s. 65-67. Özdemir, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, s. 64, 65. Akbaba/Davutoğlu, s. 611, 612. Nesrin Özkaya/Burcu Elbüken, "Sağlık Profesyonellerinin Hatalı Tıbbî Uygulamalarından Doğan Yasal Sorumlulukları: Hekim Haricindeki Sağlık Meslekleri Özelinde", *Sağlık ve Sosyal Politikalara Bakış Dergisi*, Güz 2018, s. 110, 111. Yılmaz Yördem, "Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortasında Hatalı Tıbbî Uygulama Sorumluluğuna İlişkin Yargı Kararlarına Genel Bakış", *Journal Of Institute Of Economic Development and Social Researches*, 2018, 4/12, s. 540. Nesrin Özkaya, "Hemşirelik Mesleğinde Tıbbî Uygulamalardan Doğan Sorumluluklar", <http://www.saglikcalisanisagligi.org/sunumlar/avnesrin.pdf> (Erişim Tarihi: 21.6.2021). Ayrıca bkz. İstanbul Tabip Odası, "Tıbbî Uygulama Hatası", [https://www.istabip.org.tr/site\\_icerik\\_2016/haberler/aralik2016/iyihekimlik/sunumlar/dr\\_ali\\_demircan.pdf](https://www.istabip.org.tr/site_icerik_2016/haberler/aralik2016/iyihekimlik/sunumlar/dr_ali_demircan.pdf) (Erişim Tarihi: 16.6.2021).

nelinin bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle hastanın zarar görmesine sebep olmasıdır. Hekimliğin veya hemşireliğin kötü veya beceriksiz uygulanması yanı sıra standart tatbikin hastaya hiç sunulmaması da hastanın zararına sebebiyet vermekle malpraktis addedilmektedir.<sup>18</sup> Tıbbî hata ve malpraktis temelde aynıyet arz etse de malpraktis tanımı, özensizlik, zarar ve/veya görevi suiistimali de kapsadığından daha geniş gözükmektedir.<sup>19</sup>

## B- KOMPLİKASYON ve MALPRAKTİS ARASINDAKİ FARK

Tıp biliminin altın kuralı, “önce zarar verme (*primum non nocere*)” prensibidir. Buna göre, herhangi tıbbî müdahale, evvel emirde zarar vermeme üzerine kuruludur.<sup>20</sup> Şu hâlde iyileştirme amaçlı tıbbî müdahale, hastayı hiç olmazsa kötüleştirmemelidir. Sonuçta, hastanın iyileşmesi, sorunun aynen devam etmesi veya ağırlaşması olasılık dâhilindedir.<sup>21</sup> İşte hasta hekimin ve/veya hemşirenin kusuruyla zarar görmüşse, durumu fenalaşmışsa sorumluluk sorgulaması başlamaktadır. Kötüleşme neticesinde ortaya çıkan zarar talebe konu edilirse bunun tazmini elzemdir. Buna karşılık, komplikasyonda kural, hekim ve/veya hemşirenin kusursuzluğu ve sorumsuzluğudur. Malpraktis ve komplikasyon ayrımı, tıp hukukundaki ihtilafların ekseriyetini çö-

<sup>18</sup> İştâar Cengiz/Alper Küçükay, “Tıbbî Malpraktis, Tıbbî Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbî Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, 37, s. 110. Cantürk Gürol, “Tıbbî Malpraktis ve Tıbbî Bilirkişilik”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ed. Hakan Hakeri ve Cahit Doğan, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015, s. 303. Oktay Aşşen E., “Tıbbî Malpraktis Kavramı ve Sonuçları”, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_1183.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1183.htm) (Erişim Tarihi: 17.6.2021). Değdaş, s. 41, 42, 49-51. Duysak, s. 28. Özkaya/Elbüken, s. 111. Ersoy V., Tıbbî Malpraktis, s. 31. Ersoy Y., Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezâî Sonuçları, s. 167-172. Yördem, s. 540. İstanbul Tabip Odası, age. Şaşı, s. 71. Işık, s. 67. Özdemir, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, s. 64, 65. Özkaya, age.

<sup>19</sup> Değdaş, s. 49. Özgönül/Arda/Dedeoğlu, s. 49. İstanbul Tabip Odası, age. Oktay Aşşen, age. Cengiz/Küçükay, s. 109-111. Özkaya/Elbüken, s. 111. Tıbbî Hata, “Tıbbî Hata-Malpraktis Nedir?”, [http://www.tibbi-hata.com/Türkçe/Blog/Blog\\_Detay/Tıbbi\\_Hata-Malpraktis\\_Nedir%3F/1434543120.html](http://www.tibbi-hata.com/Türkçe/Blog/Blog_Detay/Tıbbi_Hata-Malpraktis_Nedir%3F/1434543120.html) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).

<sup>20</sup> Çağatay Üstün, “Tıp’ta Etiğin Yerini Belirlemek”, *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, 1, s. 116. Cengiz/Küçükay, s. 108, 109, 111. Yördem, s. 539. Ayrıca bkz. Vikipedi-3, “Primum Non Nocere”, [https://tr.wikipedia.org/wiki/Primum\\_non\\_nocere](https://tr.wikipedia.org/wiki/Primum_non_nocere) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).

<sup>21</sup> Hüseyin Cem Barlıoğlu, *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbî Malpraktis*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 26. Değdaş, s. 42, 56, 57, 60. Özgönül/Arda/Dedeoğlu, s. 49.

zen adeta sihirli değnektir. Hekim ve/veya hemşire, tabii ki tıbbî müdahalede bulunmaya ehil tüm kişiler, malpraktis nedeniyle sorumlu tutulabilir. Komplikasyonlar ise sorumluluk doğurmaz. Çünkü izin verilen risk tanımıyla komplikasyon, kabul edilebilir tehlikedir. Demek ki hukukî sorumluluğun isnadında neyin malpraktis veya komplikasyon sayıldığı kritiktir.<sup>22</sup>

### C- HEMŞİRELİKTE MALPRAKTİSİN SAİR GÖRÜNÜMLERİ

Sağlık çalışanlarından kaynaklanan sorunlar, özellikle hekimin ve hemşirenin tıbbî hatadan hukukî sorumluluğu, ilgili toplumun siyasî ve iktisadî şartlarından yalıtılamayacağı gibi, talim ve tedrisat kalitesinden de soyutlanamaz. Sağlık personelinin eğitilmesinde, seçimler, politik saiklerden ziyade objektif bilimsel gerekçelere dayanmalıdır.<sup>23</sup>

Hemşire, acil serviste yapılan basit enjeksiyondan ağır cerrahî müdahaleye kadar tedavinin her anında önemli rol oynamaktadır. Hemşire her türlü uygulamasında tıbbî standartlara uygun hareket etmelidir. Onun bilgi ve beceri eksikliği, tedbirsizliği, standart hasta bakım uygulamalarına aykırılığı, dikkatsizliği ve ihmâli, hatalı ilaç uygulaması, izlemde yetersizliği, hasta güvenliğini öncelememesi, mevcut protokollere uymaması sıklıkla karşılaşılan malpraktis gerekçelerindedir.<sup>24</sup>

Bir proje çalışmasına göre, her vardiyada beş hemşireden biri tıbbî hataya düşmektedir.<sup>25</sup> Hemşirenin sorumluluğunun ekseriyeti, özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesine, ayrıca hekimle iletişim eksikliğine bağlanabilir.<sup>26</sup> Bilhassa müdahale esnasında asgarî temizlik

<sup>22</sup> Ünal Kuzgun, "Komplikasyon mu? Malpraktis mi?", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, 2019, 18, s. 98. Hakeri, C. 2, s. 1023. İstanbul Tabip Odası, age. Ersoy V., *Tıbbî Malpraktis*, s. 31. Özgönül/Arda/Dedeoğlu, s. 49. Değdaş, s. 41, 42, 49-51. Oktay Ahşen, age. Şaşı, s. 71, 72. Altun/Yorulmaz, s. 8. Işık, s. 67-69. Güneş Kılıç, s. 32 vd.

<sup>23</sup> Ersoy Y., *Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları*, s. 162, 163.

<sup>24</sup> İ. Hamit Hancı/Yurdağül Erdem/Sevinç Polat, *Adli Hemşirelik*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 236.

<sup>25</sup> Kahrıman/Öztürk/Babacan, s. 5, 55.

<sup>26</sup> Kürşat, s. 294. Hakeri, C. 2, s. 1110. Hakan Hakeri, "Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları-II", <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hemşirelerin-yasal-sorumluluklari-II-72-64-1271.html> (Erişim Tarihi: 9.5.2021). Yahya Deryal, "Hemşirelerin Hukukî Sorumluluğu", 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2011, s. 428. İlknur Kahrıman/Havva Öztürk/Elif Babacan, "Hemşirelerin Tanı, Tedavi ve Bakım Uygulamaları Sırasında Tıbbî Hata Oranlarının Değerlendirilmesi", Vehbi Koç Vakfı Hemşirelik Fonu, Proje

şartlarına uyulmaması, yani sterilizasyon sorunu, başlı başına tıbbî hata sebebidir. Yine hastanın uygun olmayan şekilde hareket ettirilmesi, müdahale esnasında hekimin dikkatini dağıtan davranışlarda bulunulması, ameliyatlarda hasta karnında gazlı bez ve/veya tampon unutulması, nöbet teslimlerinde kurallara uyulmaması, hastaya bilgi aktarırken özensiz davranılması, hemşirenin sorumluluğuna yol açabilir.<sup>27</sup> Yine başkasının hazırladığı ilacı uygulama, hatalı branül değiştirme ve hastayı düşürme konuları da önemsenmelidir.<sup>28</sup> Üstelik, çocuğa kızamık yerine verem aşısı yapılması, taburcu olan hastanın ilaç kullanma kartına ilaçlardan birinin yazılmaması, ameliyattan çıkan hastaya sehven anestezi ilacı yapılması, yanık tedavisi gören on sekiz aylık bebeğe HIV virüsü taşıyan kan verilmesi, hemşirelikte malpraktise işaret eden olgulardır.<sup>29</sup> Buna karşılık, tıbben uygun kateterin doğru yerden ve steril takılmasından sonra ateter veya giriş yerinde ortaya çıkan hafif ağrı ve kızarıklık, komplikasyon mütalaa edilebilir.<sup>30</sup> Özetle, hemşirenin tıbbî hatadan hukukî sorumluluğu, basitçe meslekî hatasına dayanır. Onun tıbbî malpraktisten mesuliyetine gidilebilir. Oysa hemşirenin komplikasyondan sorumsuzluğu kuraldır.<sup>31</sup>

Tıbbî hata müsebbibi hemşireler üzerinde yapılan araştırmada, iş yükünün fazla olması, çalışan hemşire sayısının az olması, hemşirelere görev dışı işlerin yüklenmesi, stres ve yorgunluk içinde çalıştırılmaları dikkat çekicidir.<sup>32</sup> Hemşirelerin görev tanımlarının yetersizliği, düşük

2014/2, Trabzon, 2015, <https://sanerc.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2017/04/Hemşirelerin-TanıTedavi-ve-Bakım-Uygulamaları-Sırasında-Tıbbi-Hata-Oranlarının-Değerlendirilmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 2.7.2021).

<sup>27</sup> Kürşat, s. 294. Hakeri, C. 2, s. 1110. Hakeri, "Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları-II", age. Deryal, s. 428.

<sup>28</sup> Kahrıman/Öztürk/Babacan, s. 56.

<sup>29</sup> Derya Şahin ve ark., "Hemşirelikte Malpraktis: Olgu Sunumları", *Adli Tıp Bülteni*, 2014, 19/2, s. 101.

<sup>30</sup> Arzu Karayavuz, "Kateter Hemşireliği", Türk Hematoloji Derneği-Hematoloji Pratiğinde Uygulamalı Kateterizasyon Kursu, s. 60, [http://www.thd.org.tr/thdData/userfiles/file/Katater\\_Kurs\\_14.pdf](http://www.thd.org.tr/thdData/userfiles/file/Katater_Kurs_14.pdf) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).

<sup>31</sup> Malpraktis ve komplikasyon ayırımı hakkında bkz. Kuzgun, s. 98. Ersoy V., Tıbbî Malpraktis, s. 31. Özgönül/Arda/Dedeoğlu, s. 49. Değdaş, s. 41, 42, 49-51. İstanbul Tabip Odası, age. Oktay Ahşen, age.

<sup>32</sup> Musa Özata/Handan Altuncan, "Hastanelerde Tıbbî Hata Görülme Sıklıkları, Tıbbî Hata Türleri ve Tıbbî Hata Nedenlerinin Belirlenmesi: Konya Örneği", *Tıp Araştırma Dergisi*, 2010, 8/2, s. 106. Cumhuriyet, "Yargıtay'dan Sağlık Çalışanlarına Emsal Niteliğinde Fazla Mesai Kararı", <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yargitaydan-saglik-calisanlarina-emsal-niteliğinde-fazla-mesai>

ücret ile çalıştırılmaları, terfi olanaklarının sınırlandırılması, yöneticiyle ve birbirleriyle ilişkilerinde iletişim eksikliği, onlara özgü tıbbî hataların ambiyansını oluşturmaktadır.<sup>33</sup>

Hemşirelerin tıbbî hata yapma olasılık ve nedenleri, özellikle ilaç uygulama perspektifinden incelenmiştir. Bu incelemede, enjeksiyon uygulama hatalarını önlemek ve güvenli enjeksiyonu sağlamak için alınması zarurî önlemler sıralanmıştır. Tıbbî hataya sebep olan faktörler arasında yorgunluk, iş yükü fazlalığı, çalışma saatlerinin uzunluğu, tecrübesizlik, stres ve meslekî bilgi ve beceri yetersizliği sayılmıştır. Ayrıca, sabit protokol ve prosedürlerin hiç veya net olmaması, kayıtların düzensizliği ve nöbet değişimlerinde bilgi aktarımına dikkat edilmemesi, malpraktise zemin hazırlayan etkenlerdendir.<sup>34</sup> Dahası, el yıkamama, eldiven kullanmama, ampulün katı cisimle kırılması, siyatik sinirine müdahale, kullanılmış iğneyi tekrar kullanma, iğnenin zaten steril ucunu pamukla silme hatalarına da yer verilmelidir.<sup>35</sup>

Hemşirenin sorumluluğunda ilaç uygulama süreci değerlendirilmeye muhtaçtır. Hekim hastayı muayene ettiğinde hangi ilacın nasıl ve ne oranda uygulanacağını belirler. Bu yöndeki istemlerini hemşireye iletir. Hemşire ilaçları kendisine iletiği gibi uygulamalı, ardıl etkileri takip etmeli ve kayıt altına almalıdır. İlaç uygulama sürecinde hemşire oldukça efektif, etkin ve aktif rol oynamaktadır. Hemşirelik faaliyetlerinin en başında gelen hatalar enjeksiyonu yani iğneyle ilaç uygulamayı ilgilendirmektedir. Enjeksiyon hatası, uygulama yerinin uygun olmaması, dozun hatalı ayarlanması, karıştırma ve sulandırmanın yanlış yapılması, sterilizasyona dikkat edilmemesi ve işe uygun olmayan araç ve gereç kullanılması, teknik bilgi ve sanatsal beceri eksikliğine rağmen uygulamaya cüret edilmesi gibi sebeplere dayanabilir.<sup>36</sup> İlaç uygulamada hekim talimatındaki dozun veya zamanlamanın

kararı-1796111 (Erişim Tarihi: 21.6.2021).

<sup>33</sup> Sema Kuşuluoğlu ve ark., "İlaç Uygulamalarında Hemşirenin Meslekî ve Yasal Sorumluluğu", *Maltepe Üniversitesi Hemşirelik Bilim ve Sanat Dergisi*, 2009, 2/2, s. 88.

<sup>34</sup> Fatma Er/Serap Altuntaş, "Hemşirelerin Tıbbî Hata Yapma Durumları ve Nedenlerine Yönelik Görüşlerinin Belirlenmesi", *Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi*, 2016, 3/3, s. 132-139.

<sup>35</sup> Esin Çetinkaya Uslusoy/Emel Duran Taşçı/Medet Korkmaz, "Güvenli Enjeksiyon Uygulamaları", *Hacettepe Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi*, 2016, 3/2, s. 50, 51, 53. Kürşat, s. 294, 295.

<sup>36</sup> Çetinkaya Uslusoy/Taşçı Duran/Korkmaz, s. 50-57.

tutturulamamasıyla zarar arasında nedensellik bağı varsa hemşire sorumlu tutulabilir.<sup>37</sup> Dikkatsiz ve özensiz kas içi enjeksiyon sonucunda sinir zedelenmesi, ayak fonksiyonlarında gerileme, sakat ve/veya sekme kalması gibi istenmeyen sonuçlar malumdur. Damar içi enjeksiyonlarda ise, damarın zedelenmesi ve/veya enfeksiyon oluşmasıyla bedenen sıkıntı çekilmesi yanı sıra, uzuv zafiyeti veya kaybedilmesi ne yazık ki karşılaşılan olaylardır.<sup>38</sup> Yalnız enjeksiyon sorunu üzerine ortaya çıkan olumsuz sonuçlar sakatlanmadan ibaret değildir. Doktor kontrolünde en az iki saatte verilmesi gereken ilacın hemşire tarafından hızlıca verilmesiyle hastanın komaya girmesi vakidir. Ameliyatı bitmiş hastanın mükerrer narkoz ilacı nedeniyle bitkisel hayata intikal etmesi de anılmalıdır.<sup>39</sup>

## II- HEMŞİRENİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Öncelikle hemşirenin hukukî sorumluluğuna genel olarak değinilmelidir. Böylesine özetin amacı konuyu anımsatmaktan ibarettir. Ardından, hemşirelikte hukukî mesuliyeti ilgilendiren Yargıtay içtihatları kronolojik aktarılmaktadır. İctihatlara konu vakıaların analiz edilmesinde akademik kalite, örneklerin çoğaltılması yanı sıra, pek tabii terminolojik hâkimiyetle yakalanabilir. Gerek komplikasyon gerek malpraktis görünümünde, sonuçta Yüksek Mahkeme'nin yoğunlaştığı meseleler, sosyal olgu mertebesinde, toplumsal farkındalıkla hukuken incelenmelidir.

### A- HEMŞİRENİN MALPRAKTİSİNDE (-DEN) SORUMLULUĞUN ÖZETLENMESİ

Hemşirenin, mesleği gereği tıp ve tıp hukuku kaidelerini kusurlu ihlâl etmesi onun idarî, hukukî ve cezaî sorumluluğunu doğurabilir. Tazminat ödemekle karakterize hukukî sorumluluk, hastaya verilen zararın giderilmesine yönelir. Hemşirenin mesuliyetinde, her somut olayda, hemşire, hasta, komplikasyon ve malpraktis tanımlarının net-

<sup>37</sup> Deryal, s. 432, 433.

<sup>38</sup> Çetinkaya Uslusoy/Duran Taşçı/Korkmaz, s. 53. Kürşat, s. 294, 295. Hakeri, "Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları-II", age. Ayrıca bkz. Halide Savaş, Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları Tıbbî Malpraktis Tıbbî Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara, 2009, s. 83-84.

<sup>39</sup> Şahin ve ark., s. 101.



leştirilmesi icap eder. Bir defa malpraktis vasıflandırması sabitleşince, Türk borçlar hukukundaki borca aykırılık veya haksız fiil kurumları, hemşirenin tıbbî hatadan hukukî sorumluluğunu yönlendirmektedir. Üstelik hemşirenin borca aykırılıktan sorumluluğuna, sözleşme görüşmelerinde kusur (*culpa in contrahendo*) da dâhildir. Hemşirelerin meslekî faaliyetleri sebebiyle haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık kaynaklı mesuliyetleri bâkidir. Yine hemşireye vekâletsiz iş görmeye dayalı sorumluluk biçilmesi imkân dâhilindedir.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahriye Oflaz, "Hemşirenin Görev ve Yetkileri", 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2011, s. 411. Pınar Aksoy Gülaslan, "Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahit Doğan, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015, s. 269, 270. Çelik Ahmet Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 848 vd. Murat B. Alkanat, "Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk", *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, 2002, 11/5, 177-180. Hakeri, C. 2, s. 961 vd. Kaya, s. 59, 60, 70. Terzioğlu/Şahan, s. 139, 140. Çetinkaya Uslusoy/Duran Taşçı/Korkmaz, s. 51, 54. Gülel, s. 587 vd. Kalabalık, s. 344-352, 355-358. Hakeri, "Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları-II", age. Kuşluoğlu ve ark., s. 89. Kürşat, s. 303-308. Şenocak Z., Hekimin Hukukî Sorumluluğunda Özel Sorunlar, s. 242-251. Cengiz/Küçükay, s. 123. Oktay Ahsen, age. İstanbul Tabip Odası, age. Şahin ve ark., s. 100. Özkaya/Elbüken, s. 118-122. Duysak, s. 29-38. Akbaba/Davutoğlu, s. 611-613. Altun/Yorulmaz, s. 7-11. Deryal, s. 426-439. Dural/Öğüz, prg. 560, dpn. 337. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 225-229. Özpinar, s. 270-291. Özdemir, Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, s. 183-229. Özdemir, Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, s. 151, 163. Karabakır, s. 12-39. Özkaya, age. Ayan, s. 51 vd. Yüksel Reyhan, s. 368-377. Güneş Kılıç, s. 67-99. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu hakkında bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2020, s. 40. Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat, İstanbul, 2020, s. 678-680. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan, Ankara, 2021, s. 57. Andreas Furrer/Markus Muller-Chen/Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 584-589. Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz, İstanbul, 1995, s. 53, 54. Huriye Reyhan Demircioğlu, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (*Culpa In Contrahendo* Sorumluluğu), Yetkin, Ankara, 2009, s. 43 vd. Mustafa Arıkan, "Culpa in contrahendo Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, 17/1, s. 69-89. Aylin Görener, "Culpa in contrahendo Sorumluluğu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, 36/2, s. 67-80. Hamdi Yılmaz, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur-Culpa In Contrahendo- ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", *Yargıtay Dergisi*, 1975, Ocak-43, s. 234-252. Özgür Güvenç, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, 18/3-4, 364-370. Vekâletsiz iş görme hakkında bkz. Belgin Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der, İstanbul, 2014, s. 125-128. Kübra Erçoşkun Şenol, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistemik Açından Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 12/4,



Özel hukuk kaynaklı ihtilaflarda, hemşirenin hukukî sorumluluğunu birkaç sayfada ihata etmek mümkün değildir. Yine de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca böylesine sorumluluğa vücut veren hukukî sebeplere kuş bakışı değinilmelidir.

Öncelikle hemşirelikte bağımlı, bağımsız ve yarı bağımlı roller bulunduğu açıklanmalıdır. Gerçekten hemşirenin görev spektrumu, sırf hekimin talimatlarını yerine getirmekle sınırlı değildir. Aynı zamanda, direkt hastayla sözleşme ilişkisine girebilir. Hemşire tedavi uygulamak bakımından hekime bağımlı çalışır. Bununla birlikte, hemşirelik tanılama süreci ve hemşirelik bakımı açılarından bağımsız karar verme yetileriyle donatılmıştır.<sup>41</sup> Hemşirelik Yönetmeliği, söz konusu rolleri şöyle aydınlatmaktadır: “Hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını kanıta dayalı olarak planlar, uygular, değerlendirir ve denetler” (HY m. 6/1-a).

İlk ihtimalde, hemşire, haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilir (TBK. m. 49 vd.). Hemşirenin haksız fiilden kaynaklanan tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin şartları genel hükümler çerçevesinde şöyle sıralanabilir: Hemşirenin hukuka aykırı eylemde bulunması yahut aksi gerektiği hâlde eylemsiz kalması, hemşireye kusur atfedilmesi, hastanın zarara uğraması, zararla hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağı bulunması. Gerçekten, hemşirenin hastayı hedef alan haksız fiili, vücut bütünlüğünü, başka deyişle kişilik hakkının unsuru olan beden ve/veya ruh sağlığını ihlâl eder. Dolayısıyla bu tarz müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır. Kusurlu hemşirenin hukuka aykırı müdahalesiyle kişilik hakkının ihlâl edilmesi üzerine zarar doğabilir. Zararla hemşirenin hukuka aykırı davranışı arasında illiyet bağı bulunuyorsa, artık hasta lehine haksız fiil kaynaklı tazminat alacağından bahsedilebilir. Hastanın haksız fiil sebebine dayanıp tazminat talep etmesinde sözleşme ilişkisi aranmaz. Tazminat davası, kural olarak, yalnızca bağımsız çalışan hemşirenin kendisine yönel-

s. 38-50. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2021, s. 909 vd. Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21/2, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s. 793-804.

<sup>41</sup> Kuşluoğlu ve ark., s. 89. Terzioğlu/Şahan, s. 136, 140.

tilebilir. Bağımlı çalışan hemşirenin mesleğiyle alakalı haksız fiilinden hastaneye de dava yöneltilebilir ki bu olasılıkta adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu gündemde yerini bulur (TBK m. 66). İkinci ihtimalde, hemşirenin hukukî sorumluluğunda tazminat, borca aykırılıktan kaynaklanabilir. Bunun şartları da sınıflandırılmalıdır: Hemşireyle hasta arasında sözleşme bulunması, bu sözleşmeden doğan borcun hemşire tarafından ihlâl edilmesi, hemşirenin kusurlu addedilmesi, hastanın zarara uğraması ve zararlar borca aykırılık arasında illiyet bağı bulunması. Hemşire ve hasta arasındaki akdin hukukî niteliği çoğunlukla vekâlettir (TBK m. 502 vd.). Burada, vekâletin tipik görünümü değil, iş görme karşılığı ücretten oluşan ivazlı versiyonu söz konusudur. Hemşire, hastanın iradesine ve sağlığa yönelik menfaatine uygun mertebede kendi görev ve yetki alanına giren tıbbî hizmeti sunma borcunu, hiç ifa etmez veya geç yahut kötü ifa ederse, vekâlet sözleşmesine dair özel hükümlere ek olarak sözleşmeye aykırılığa dair genel hükümler uygulama alanı bulur (TBK m. 502 vd., 112 vd.). Diğer taraftan, Türk Medenî Kanunu'nda ifadesini bulan dürüstlük kuralı, sözleşmek üzere iletişime geçen müstakbel âkitlere *culpa in contrahendo* sorumluluğu yüklemektedir (TMK m. 2). Bu mesuliyetin hukukî niteliği doktrinde hâlâ tartışılabilir da çoğunlukla borca aykırılık şeklinde mütalaa edilmektedir. Dolayısıyla hemşirenin sözleşme öncesi görüşmelerde dürüst davranmaması, kural olarak, vekâlet sözleşmesine dair özel hükümlerin uygulanmasıyla; boşlukların ise, sözleşmeye aykırılığa dair genel hükümlerle doldurulmasıyla çözümlenir (TBK m. 502 vd., 112 vd.; TMK m. 2). Hazırlık aşamasında hemşirenin kendisine kusur atfedilen biçimde özensiz beyan ve/veya davranışlarıyla hastaya zarar vermesi tazminat alacağı doğurabilir. Ender karşılaşılabilir da hemşirenin vekâletsiz iş görmesine işaret edilmelidir. Eğer hemşirenin vekâletsiz iş görmesi hastanın yararına, yani menfaatlerine ve farazî iradesine uygunsa, gerçek; aksi taktirde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bahsedilir (TBK m. 526 vd.). Akde dayanmasa da sair sebeple tıbbî müdahalede bulunan hemşirenin özen borcunun derecesi değişmez. O tüm tıbbî müdahalelerinde mesleğinden beklenen özeni daima göstermelidir. Vekâletsiz iş gören hemşire her türlü ihmalden sorumludur. Ancak hastanın daha büyük zarardan korunmasını amaçlayan sağlık görevlilerinin vekâletsiz iş görmeden sorumluluğu, yasa gereği daha hafif değerlendirilir (TBK

m. 527/1). Hemşirenin özel hukuk kaynaklı, özellikle haksız fiil veya sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğu, hastanın zararının maddî ve/veya manevî tazminatla giderilmesini sağlar.<sup>42</sup>

Acil durumlarda hastanın kendisinden izin alınmadan tedavi edilmesi vekâletsiz iş görme hükümlerine tâbi tutulabilir. Yine sözleşme öncesi görüşmeler sırasındaki kusurlu ve/veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar *culpa in contrahendo* bakış açısında borca aykırılık kapsamındadır. Tedavi edileceği beklentisi yaratılarak oyalanan hastanın durumunun kötüleşmesi bu minvaldedir.<sup>43</sup> Nihayet, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış ve vekâletsiz iş görme olasılıkları örneklendirilebilir. Hemşirenin tıbbî bilgisini en iyi şekilde kullanması ve tedavi amacıyla tıba en uygun yöntemi seçmesi kâfidir. Yoksa hemşire iyileştirme gibi şifalı sonuç garantisi vermez. Hemşirenin, hekimden bağımsız vaziyette sağlık hizmeti sunabildiği malumdur. İşte hastanın bakım ve gözetimini üstlenmesi konusunda sözleşme müzakereleri devam ederken hemşirenin dürüst davranması önemlidir. Bunun için hızlı iyileştirme veya yaşam süresi uzatma gibi nafile vaatler dile getirilmemelidir. Tıbbî bilginin ve hemşirelik statüsünün umut tüccarlığına alet edilmesini hukuk düzeni korumaz (TBK. m. 502 vd., 102 vd.; TMK m. 2). Ayrıca, görev mahalli haricinde denk geldiği trafik kazasında yaralanan ve bilinci kapanan yalnız kişiye tıbbî müdahalede bulunan hemşire vekâletsiz iş görmekte sayılabilir. Benzer yönde, kendinde olmayan hasta, yakını olmayan üçüncü kişilerce acil servise getirildiğinde ivedi tıbbî müdahale esnasında vekâletsiz iş görüldüğü düşünülebilir. Bu örneklerde, hemşire, kural olarak her türlü ihmalden sorumludur. Yalnız hastanın veya yaralının daha büyük zarardan kurtarılmasını amaçlayan hemşirenin sorumluluğunun hafif değerlendirilmesi hâkimin takdirindedir (TBK m. 527/1; TMK m. 4).

<sup>42</sup> Kürşat, s. 303, dpn. 9, 304, 307-317. Çetinkaya Uslusoy/Duran Taşçı/Korkmaz, s. 54. Karabakır, s. 155-20. Aksoy Gülaslan, s. 269, 270. Özkaya/Elbüken, s. 118-124. Duysak, s. 25. Akbaba/Davutoğlu, s. 611. Altun/Yorulmaz, s. 7, 8, 10. Yüksel Reyhan, s. 368-377. Hakeri, "Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları-II", age. Ersoy Y., Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları, s. 183-187. Terzioğlu/Şahan, s. 139, 140. Cengiz/Küçükay, s. 120-127. Kuğuluoğlu ve ark., s. 89. Alkanat, s. 177-180. Arkan, s. 69-89. Demircioğlu, s. 43 vd. Güvenç, s. 364-370. Akyol, s. 53, 54. Görener, s. 67-80. Erçoşkun Şenol, s. 38-50. Zevkliler/Gökyayla, s. 678-680. Eren, Özel Hükümler, 909 vd. Eren, s. 40. Kılıçoğlu, s. 57, Erdoğan, s. 125-128. Yüksel Reyhani, Vekâletsiz İş Görme, s. 794-802. Güneş Kılıç, s. 67-99.

<sup>43</sup> Yüksel Reyhani, Vekâletsiz İş Görme, s. 794, 802.

## B- HEMŞİRENİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNU AYDINLATAN YARGITAY KARARLARI

Bu başlık altında ele alınan kararlar, hemşirelerin kusuru iddiasıyla tıbbî hata sebebiyle açılan tazminat davalarına ilişkindir. Öyle ki, hemşire yüzünden, hastada uzuv zaafı veya kayıplarına ek olarak, koma, bitkisel hayat ve ölüm dâhi somut olaylarda göze çarpmaktadır. Ayrıca idarî ve adlî yargı arasında görev ayırımına işaret eden içtihatlar bulunmaktadır. Yine Hazine tarafından kusurlu devlet memuru hemşireye rücu edilmesi anılmalıdır. İşte Yargıtay'ın konuya ilişkin çeşitli kararlarından yola çıkarak, hemşirelerin hukukî sorumluluğu gerçekçi tahlil edilebilir. Hemşirelerin tazminat ödemesine zemin hazırlayan olayların analizinde nesnellik değerlidir. Çünkü böylesine hassas konularda, sosyal ve hukukî olaylara metodolojik yaklaşılması, tarafgirlikten uzaklaşılmasını sağlar ve çok disiplinli bakış açısıyla kalıcı çözümleri temin eder. 1973'ten 2020'ye uzanan derleme aşağıda sıralanmaktadır.

1973'te penisilin alerjisi neticesinde anafilaksi şoku ve ölüm değerlendirilmiştir. Penisilin gibi antibiyotikler alerjik reaksiyon nedeniyle bazı bünyelerde ölüme sebep olabilir. Bu içtihadın hâlâ arz ettiği önem, hekim ve hemşire arasındaki iş yükü dağılımını sorgulamasıdır. Yüksek Mahkeme, alerjik şok yaratan ilaçların azar azar değil aniden tam doz enjekte edilmesinden doktorun değil sadece hemşirenin sorumlu tutulmasını şüpheyle karşılamıştır.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> "Doktor ve yardımcı sağlık personelinin mesleklerinin amacı, insan hayatının korunması, hastalıkların giderilmesi ve yaşantının uzatılması olduğuna göre, hekimin şok yapması olanağı bulunan bir ilacı verirken, hastayı ve yardımcı personeli uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gereklidir. Sağlık şurasının bir taraftan vahim sonucun bu ilaçla mümkün olduğunu tespit edip, öte yandan doktoru sorumlu görmemesi bu uygulamada doktor tarafından bu sonucun önlenilecek uygulama tarzı bulunmadığının açıkça belirlenmesine bağlıdır. Oysa, bu yön raporda meskût bırakılmıştır. Alerji veya şok yapan ve böylece yaşantı bakımından çok ağır tehlike doğuran veya doğurabilecek ilaçların, tehlike ender de olsa, bunu önleyecek uygulama tarzı olmak gerekir. Bu da bilindiği kadarıyla uygulanacak ilacın önce çok az dozda uygulanıp eser miktarda veya umum gerektirdiği tutarda zerk edildikten sonra hastanın reaksiyonunu bekleyip hiçbir reaksiyon göstermez ve böylece hasta için tehlike olmadığı belirirse tamamının zerk edilmesi olabilir. Aksi hâlde yapılan iş tedavi değil, bilgisizlik ve ağır kusurlu ölüme sebep olmadır... Dosyadaki Sağlık Şurası dâhi doktorun sorumsuzluğunu tespit eden raporlar sorunun nitelik ve niceliğini bütün ayrıntıları ile kavramış olmaktan uzak ve yetersiz olup, usulün 275 ve sonraki maddeleri hükmünce mahkemeyi bağlamaz. Mahkemenin bilgisine ve tarafsızlığına güvendiği üniver-

2002’de böbrek hastasının ateşine bakılmadığı hâlde ölçülmüşçesine 36,5 yazılması değerlendirilmiştir. Yirmi dakika sonra hastanın ateşinin 39’a yaklaştığı fark edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu doğrulukla bağdaşmayan bu davranışın kusurlu olduğunu teyit etmiştir.<sup>45</sup>

2003’te hemşirenin tıbbî hatası yüzünden hekime dava yöneltilmesi üzerine, hekim ve hemşirenin birlikte veya ayrı kusuru tartışılmış; yardımcı kişinin akde aykırı davranışından çalıştırının kusursuz sorumluluğunda karar kılınmıştır. Öyle ki 818 sayılı mülga Türk Borçlar Kanunu’nun muavin şahısların akde aykırı eylemlerinden istihdam edenin kusursuz mesuliyetini ele alan hükmüne dayanılmıştır (EBK m. 100).<sup>46</sup> Bu olayda yardımcı hemşirenin kusurundan hekimin kusursuz sorumlu olduğu içtihat edilmiştir.<sup>47</sup>

2004’te ilk olarak, enjeksiyonla siyatik sinirinin zedelenmesinde, olayın devlet hastanesinde gerçekleşmesi adli yargının görevsizliği sonucunu doğurmuştur. Kamu hastanesinde çalışıp görevden ayrılan kişisel kusuru da bulunmayan kişilere adli yargıda dava açılmaz.<sup>48</sup>

2004’te doğum doktoru ve hemşiresine yöneltilen husumet değerlendirilmiştir. Zarar gören davacının iddiaları şöyledir: Hekimin hemşireyi denetlemediği, hemşirenin doktorun talimatlarına uymadığı, doktorun davacının doğumunu bırakıp başka doğuma gittiği, hemşirenin doktoru beklemeden gebeyi doğurtmaya kalktığı, gebenin karnına şiddetle bastırılması sonucu yeni doğanın kolundaki sinirlerin zedelenmesi, bebeğin kolunun sakat kaldığı. Yüksek Mahkeme, davalıların kişisel kusuruna dayanılmasından ötürü davanın kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Öyle ki, sırf dava dilekçesinde kişisel kusurdan bahsedildiği için, mahkemece davanın esasına girilmeli ve davalıların kişisel kusurlarının olup olmadığı belirlendikten sonra bu belirlemeye göre hüküm kurulmalıdır.<sup>49</sup>

---

site profesörüne incelettirilip sonucuna göre kusur derecesini tespit etmeden ek-sik incelemeyle verilen karar bozulmalıdır”. Yarg 4. HD, 1973/2684, 1973/2978, 13.3.1973.

<sup>45</sup> Yarg HGK, 2002/9-550, 2002/561, 26.6.2002.

<sup>46</sup> 818 sayılı Mülga Türk Borçlar Kanunu (Resmî Gazete 29.4.1926, 359).

<sup>47</sup> Yarg 13. HD, 2003/2333, 2003/6348, 22.5.2003.

<sup>48</sup> Yarg 21. HD, 2004/7439, 2004/8136, 11.10.2004.

<sup>49</sup> Yarg 4. HD, 2004/11762, 2004/10881, 30.9.2004.

2004'te, doğum doktoru ve hemşiresine, annenin ve bebeğin vefatına sebep olmak dolayısıyla dava ikame edilmiştir. Ne var ki bu defa, açılan davada kamu hastanesinde çalışan devlet memuru davalıların kişisel kusurlarına dayanılmadığı için idarî yargı yönlendirmesi aşikârdır.<sup>50</sup>

2005'te, iğne sonrasında başlayan ağrılar akabinde sol ayakta hissin tamamen yitirilmesi davasında vekâlet sözleşmesi ve adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulacağına işaret edilmiştir.<sup>51</sup>

2005'te, hemşire hatasıyla yeni doğanlar karışmıştır. Çünkü aynı hastanede doğum yapan başka anneye davacı annenin bebeklerinin isim bantları her nasılsa değişmiştir. Gerçeği öğrendiği tarihe kadar öz bebeğinden uzak kalan anne, bilmeden başkasının çocuğunu emzirmiştir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumları araştırılmadan tespit edilen manevî tazminat miktarı dolayısıyla kararın bozulması gerekmiştir.<sup>52</sup>

2005'te, hemşire tarafından kaleme alınan sahte reçete olayı ilgi çekicidir. Davalı hemşire, sağlık yardımından faydalanan iki kişi adına sahte reçete düzenlemiştir. Lâkin düzme reçetelerde yazılı ilaçları bu hastalar kullanmamıştır.<sup>53</sup>

2007'deki içtihat yine enjeksiyonla ilgilidir. Şiddetli böbrek ağrısıyla acile gelen davacıya ağrı kesici iğne yapılmıştır. İğneyi hekim yazmış, uygulamasını hemşire yerine getirmiştir. Ne var ki, sinire gelen iğne davacının sağ bacağına felcine sebep olmuştur. Davacının bedeninin çok zayıf yani yağsız olması davalıların kendilerini savunma sebepleri arasında anılmaktadır. İlk derece mahkemesinin tazminata hükmeden kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Çünkü Adli Tıp Kurumu'ndan gelen rapor yetersizdir. Kusur oranı, hemşireye 4/8 atfedilmiştir. Fakat davalı doktorun hangi sebeplerle 4/8 kusurunun bulunmadığı tartışılmamıştır. Eksik rapora dayanarak hüküm tesisi olanaklı değildir.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Yarg 21. HD, 2003/10347, 2004/765, 9.2.2004.

<sup>51</sup> Yarg 4. HD, 2005/5837, 2005/5679, 26.5.2005.

<sup>52</sup> Yarg 13. HD, 2004/15903, 2005/3133, 2.3.2005.

<sup>53</sup> Yarg 4. HD, 2004/6066, 2005/290, 25.1.2005.

<sup>54</sup> Yarg 13. HD, 2007/7502, 2007/9890, 9.7.2007.



2011'deki içtihadta, adaleye uygulanması gereken ve üzerinde damara vurulmaz açıklaması bulunan iğneyi damardan vurarak yedi yaşında çocuğun sağ ayağında felce sebep olan hemşirenin kusuru tartışılmazdır. Lâkin eylem devlet hastanesinde çalışan hemşire tarafından ika edildiğinden mezkûr dava görev sebebiyle reddedilmiş ve idarî yargıya işaret edilmiştir.<sup>55</sup>

2012'de devlet hastanesinde çalışan hemşirenin kas içi enjeksiyondan sorumluluğunda adlî yargının görevli olmadığı içtihat edilmiştir.<sup>56</sup> 2013'te ise, hatalı enjeksiyon yapan hemşirenin kusur derecesi, ceza yargılamasında 4/8 belirlenmiştir. Bu oran hukuk yargılamasında da dikkate alınmış ve zararın yarısı enjeksiyonu gerçekleştiren hemşireye tazmin ettirilmiştir.<sup>57</sup>

2014 ve 2015 yıllarında münferit üç içtihadta, kamu görevlisi hemşirenin kusuru sebebiyle hemşireye yöneltilen davada yerel mahkemenin davayı sıfat yokluğu nedeniyle reddetmesi gerekirken görev ve esas yönünden reddetmesi hatalı bulunmuştur.<sup>58</sup> Ancak kararlarda karşı oya rastlanmıştır. Karşı oylarda memurun kişisel kusurunun ayırık tutulmaması eleştirilmiştir. Sonuçta, davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığı maddî olgulardan anlaşılıyorsa, artık bu iddia doğrultusunda deliller toplanıp değerlendirilmeli ve böylece hukukî sonuca ulaşılmalıdır.<sup>59</sup>

2016'da Yargıtay, taksirle yaralamadan cezalandırılan hemşireye dair ceza ilâmının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamadığını değerlendirmiştir. Bunun için, hukuk ve ceza hâkimleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen Mülga Türk Borçlar Kanunu hükmüne dayanılmıştır (EBK m. 53). Ceza ilâmında geçen maddî olgulara binaen hemşirenin hukukî sorumluluğuna gidilebilir.<sup>60</sup>

2016'da hemşire tarafından ika edilen enjeksiyon, yine hukukî sorun statüsünde gündemdedir. Bu defa, mezkûr enjeksiyondan hemşi-

<sup>55</sup> Yarg HGK, 2011/4-64, 2011/200, 20.4.2011.

<sup>56</sup> Yarg 4. HD, 2012/6576, 2012/10015, 7.6.2012.

<sup>57</sup> Yarg 4. HD, 2012/8778, 2013/8959, 16.5.2013.

<sup>58</sup> Yarg 4. HD, 2015/9285, 2015/9678, 10.9.2015. Yarg 4. HD, 2015/4017, 2015/4876, 16.4.2015. Yarg 4. HD, 2014/7428, 2014/10382, 23.6.2014.

<sup>59</sup> Yarg 4. HD, 2014/620, 2014/1593, 4.2.2014. Yarg 4. HD, 2011/1694, 2012/4172, 15.3.2012.

<sup>60</sup> Yarg 13. HD, 2014/43885, 2016/2467, 2.2.2016.



renin kusurunun belirlenebilmesi için, davacıya imzalatılan hasta rıza formunun dosyaya celbinin sağlanmaması sebebiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur.<sup>61</sup>

2016'daki başka içtihatla, iğneden sonra ayağının üzerine basamaz hâle gelen davacının fizik tedavi görmesine rağmen düzelme gerçekleşmemiştir. Davada hemşirenin meslekî kusurunun olup olmadığının saptanması adına üniversitelerin nörologlarından akademik kariyere sahip uzmanlar seçilmeli ve onlardan heyet raporu tedarik edilmelidir. Bu kalitede bilirkişi incelemesi yaptırılmadığı için Yargıtay bozma yolunu tercih etmiştir.<sup>62</sup>

2016'da enjeksiyon sorununun sürdüğünü gösteren bir içtihat daha anılmalıdır. Davalı hemşire, estetik ameliyat geçirmiş davacının sol kalçasına ağrı kesici ilacı kas içi uygulamıştır. Ne var ki davacının sol bacağına sakatlık meydana gelmiştir. Bilirkişi raporu, klinik tablonun enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, enjekte edilen ilacın doku içi yayılımıyla sinir hasarı meydana geldiği yönündedir. Yanlış yere tatbikat yapılmadığı taktirde, yani enjeksiyon tıbbî tekniğe uygunsuzsa, önceden öngörülemeyen ve önlenemeyen arazlar ortaya çıkabilir. Rapora göre, her türlü dikkat ve özene rağmen, herhangi kusurdan kaynaklanmayan komplikasyon söz konusudur. Yalnız işbu bilirkişi raporunda hastanenin bile sorumsuzluğunun aşkın dile gelmesi, eksik inceleme sebebiyle ilk derece mahkemesi kararının bozulmasını gerektirmiştir.<sup>63</sup>

2017'de kürtaj işlemi sonrasında, baldır kısmından yapılan ağrı kesici neticesinde, sağ bacakta ve ayakta hissizlik oluşmuştur. Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporda, mevcut tablo, her türlü özene rağmen oluşabilen ve herhangi kusura dayanmayan komplikasyon şeklinde nitelenmiştir. Enjeksiyon yerinde ve tekniğinde tıbbî uyumsuzluk, dolayısıyla enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline atfı kabul kusur tespit edilmemiştir. Ne var ki, Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesi kararını eksik inceleme dolayısıyla bozmuştur. Zira Adli Tıp Kurumu'ndan gelen bu raporla yetinilmemelidir. Mahkeme, üniversite öğretim üyelerinden, konusunda uzman ve akademik kariyere

<sup>61</sup> Yarg 13. HD, 2015/30631, 2016/7474, 10.3.2016.

<sup>62</sup> Yarg 13. HD, 2015/4491, 2016/9749, 6.4.2016.

<sup>63</sup> Yarg 13. HD, 2015/19241, 2016/13610, 26.5.2016.

sahip üç kişilik bilirkişi kurulu oluşturmalıdır. Akademik yetkinliği haiz heyete, dava konusu enjeksiyonun yeri ve tekniği itibariyle tıp bilimine uygun olup olmadığı açıklattırılmalıdır. Ayrıca heyet, hatalı olsun olmasın işbu enjeksiyondan sonra hastadan gerekli tıbbî müdahalelerin esirgenmesiyle olumsuz sonucun büyüüp büyümediğini dâhi aydınlatmalıdır. Böylesine nitelikli heyet raporu alınmadan, ek-sik incelemeyle, davalılara atfı kabil kusur bulunmadığı yönünde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırıdır.<sup>64</sup>

2018 ve 2020'ye tekabül eden iki kararda, aile sağlığı merkezi-nin bağışıklama faaliyetlerinde, soğuk zincir sorumlusu hemşirenin sorumluluğu değerlendirilmiştir. Soğuk zincir aşının etkinliğini ko-ruma amacı gütmektedir. İşte bu görevi yerine getirmeyen hemşire yüzünden aşılarda telef olmuş ve ilgili kurum zarara uğramıştır. Oysa yeterli teçhizat bulundurulmaması gerekçesiyle zararın oluştuğundan bahisle dava reddedilmiştir. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, yeterli teçhizat bulunmamasının davayı reddetmek için yeterli gerekçe teşkil etmediğini, bu hâlin ancak tazminattan indirim sebebi sayılabileceğini belirtmiştir.<sup>65</sup>

2019'da Yargıtay, hemşirenin hafif ihmal dâhil her türlü kusurundan sorumlu olduğunu yinelemiştir.<sup>66</sup> Aynı yılda davaya yansıyan başka olayda, narkoz etkisindeki hasta ameliyattan çıktıktan sonra hemşireler tarafından odasına alınmıştır. Ne var ki hemşireler yatağın emniyet kolçaklarını kaldırmadıkları için yarı baygın hasta yere düş-müştür. Dalağı patlayan hastaya yeniden ameliyat yapılması üzerine hemşirelerin sorumluluğuna gidilmiştir.<sup>67</sup>

2019'da iki davada, Yargıtay, Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen raporu eksik bulmuştur. "Enjeksiyonun yapılış tekniği ve uy-gulanan bölgeye uyumsuzluğu yönünden tıbbî delille tanımlanama-dığından" gerekçesini yetersiz bulan mahkeme, "işlemi yapan sağlık personelinin gerekli özeni gösterip göstermediği hususlarında yeterli ve doyurucu açıklama" arzu etmiştir. Ayrıca mahkeme ara kararında

<sup>64</sup> Yarg 13. HD, 2015/18038, 2017/3975, 5.4.2017.

<sup>65</sup> Yarg 4. HD, 2016/11513, 2018/7622, 5.12.2018. Yarg 4. HD, 2019/1856, 2020/199, 22.1.2020.

<sup>66</sup> Yarg 13. HD, 2016/24615, 2019/12860, 19.12.2019.

<sup>67</sup> Yarg 13. HD, 2018/4890, 2019/11954, 2.12.2019.

iş ve güç kaybı, iyileşme süresi ve varsa maluliyet oranı istenmesine karşın bu hususlara raporda yer verilmemesini eleştirmiştir. İlk derece mahkemesi hâkimine “üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli konusunda uzman öğretim görevlilerinden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetinden taraf ve yargı denetimine açık rapor almasını” rica etmiştir. Eksik inceleme dolayısıyla bozma yoluna gitmiştir.<sup>68</sup>

2019'daki başka içtihat, kişisel kusuru sabit hemşireye Devletin rücu etmesi hakkındadır. Öyle ki Hazine tarafından ödenen tazminat, potasyum iğnesiyle hastayı öldüren kasıtlı hemşireden rücu yoluyla tahsil edilmiştir. Çünkü hemşire, takibi yapan doktorun bilgisi dışında boyun yolundan potasyum enjekte etmekle hastanın ölümüne sebep olmuştur.<sup>69</sup>

2020'de enjeksiyonla siyatik sinirinin zedelenmesinde, olayın devlet hastanesinde gerçekleşmiş olması adli yargıda davanın reddedilmesine zemin hazırlamıştır. Çünkü kamu hastanesinde çalışıp da kişisel kusuru ispatlanamayan kişilere adli yargıda husumet yöneltilemez.<sup>70</sup>

2020'de Yargıtay, öncelikle hastanın tıbbî yararına odaklanılması gerektiğini şöyle ifade etmiştir: “hemşire ve hastanenin meslek alanı içinde bütün kusurları hafif de olsa sorumluluğun unsuru kabul edilmelidir... Asgarî düzeyde dâhi tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir”.<sup>71</sup>

2020'de hastanın vücudunda gazlı bez unutulması vakası Yargıtay'a intikal etmiştir. Aralarında hemşire de bulunan davalılar, ameliyat esnasında hastanın vücudunda gazlı bez unutmakla kusurlu addedilmişse de Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını manevî tazminat miktarını belirlerken hakkaniyeti dikkate almadığı gerekçeyle bozmuştur. Şöyle ki, yerel mahkeme “ tarafların sosyal ve eko-

<sup>68</sup> Yarg 13. HD, 2016/10242, 2019/5070, 18.4.2019. Yarg 13. HD, 2016/13768, 2019/6769, 29.5.2019.

<sup>69</sup> Yarg 4. HD, 2018/3874, 2019/3615, 26.6.2019.

<sup>70</sup> Yarg 4. HD, 2020/3974, 2020/8071, 26.6.2020.

<sup>71</sup> Yarg 13. HD, 2016/31093, 2020/2079, 12.2.2020.

nomik durumlarını, kusurlu eylemin mağdurda uyandırdığı elem ve ıstırabın derecesini, istek sahibinin toplumdaki yerini, kişiliğini, hassasiyet derecesini gözetmek suretiyle makul tazminata hükmetmelidir".<sup>72</sup>

2020'de bir büyükşehir belediyesi tarafından yürütülen evde bakım hizmetinde hemşirenin tıbbî hatası Yargıtay içtihadına konu olmuştur. Doğal olarak, hizmet kusurundan bahisle idarî yargıya yönlendirme yapılmıştır.<sup>73</sup>

2020'de incelenen başka vakıa, bademcik ameliyatından sonra hemşirenin hatalı enjeksiyonudur. Yargıtay'a göre, dosyada mevcut Adli Tıp Kurumu raporuna, üniversitede çalışan bağımsız akademisyenlerin bilirkişi heyet raporu eklenmelidir. Böylece, hekimin hemşireyle birlikte kusurunun bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.<sup>74</sup> Nihayet, iğne üzerine bacakta geçici felç durumunda fizik tedavi önerilse de hemşirenin her türlü kusurundan sorumluluğuna değinilmiştir.<sup>75</sup>

### C- İNCELENEN YARGITAY KARARLARININ ANALİZİ ve ÖZELLİKLE ENJEKSİYON SORUNU

Hekime bağlı ve ondan bağımsız görevleri bulunan hemşirenin tek başına sorumluluğu vakidir. Her bir görevli kendi yetki alanı dâhilinde sorumlu tutulmalıdır.<sup>76</sup> Hemşirenin tıbbî hatası yüzünden hekime dava yöneltilmesi, ifa yardımcısının akde aykırı davranışından borçlunun kusursuz sorumluluğuna yaslanabilmektedir (EBK m. 100; TBK m. 116). Ayrıca hemşirenin haksız fiilinden hastaneye dava yöneltilmesi de mümkündür (TBK m. 66). Yargıtay, hemşirenin hekime bağlı ve ondan bağımsız görevlerinin bulunduğu peki âlâ bilincindedir. Bu farkındalıkla, hekimin hemşireyle birlikte veya ayrı kusurunu uzman bilirkişilere tespit ettirmektedir.<sup>77</sup> Sonuçta yetki varsa sorumluluktan bahsedilebilir. Hekimin, istihdam edilme sebebine girmeyen hemşire eyleminden sorumlu tutulmaması uygun olabilir.

<sup>72</sup> Yarg 3. HD, 2020/3289, 2020/5633, 8.10.2020.

<sup>73</sup> Yarg 13. HD, 2017/8615, 2020/4264, 12.6.2020.

<sup>74</sup> Yarg 13. HD, 2016/30032, 2020/25, 13.1.2020.

<sup>75</sup> Yarg 13. HD, 2017/6263, 2020/3386, 25.3.2020.

<sup>76</sup> Kürşat, s. 302, 303. Ayrıca bkz. Çelik, s. 876.

<sup>77</sup> Yarg 4. HD, 1973/2684, 1973/2978, 13.3.1973. Yarg 13. HD, 2003/2333, 2003/6348, 22.5.2003. Yarg 13. HD, 2017/6263, 2020/3386, 25.3.2020.

Hemşirelerin özen borcunu yerine getirip getirmediği takdir ve tayin edilirken tıp biliminin ve hukuk ilminin gerekleri ortaklaşa dikkate alınır ki kanunda “benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli vekilin göstermesi gereken davranış” seviyesi anılmaktadır (TBK m. 506/3). İncelenen bazı olaylarda hemşireler, gereken önem ve hassasiyeti göstermekten acizdir. Meselâ, narkoz etkisindeki hastanın emniyet kolçakları kaldırılmamış yatakta öylece bırakılması nedeniyle yere düşmesi; üzerinde damara vurulmaz açıklaması bulunan iğnenin damardan vurulması sebebiyle çocuğun sağ ayağının felç kalması; gebenin karnına şiddetle bastırılması sonucu yeni doğanın kolundaki sinirlerin zedelenmesi; ameliyat esnasında hastanın vücudunda gazlı bez unutulması, incelenen Yargıtay kararları kapsamında özen borcuna aykırılığın rahatsız edici örneklerindedir.<sup>78</sup>

Yargıtay tarafından da dile getirildiği gibi, hemşirenin taksirle yaralama veya öldürme eylemleri, ceza kovuşturmasında maddî vakıa olarak sabitse, hukuk mahkemesinde de tabii ki nazarı itibara alınır. Hiç kuşkusuz, hukuk ve ceza hâkimleri birbirlerine tâbi değildir. Türk Borçlar Kanunu da bu konuyu düzenlemektedir (EBK m. 53; TBK m. 74). Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma aşamasında gerçekleştiği kesin belirlenmekle sübutu sabit maddî olgular hukuk hâkimini bağlar.<sup>79</sup>

Mülga Türk Borçlar Kanunu’ndaki “ tarafların sıfatını, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır” ifadesi yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu’na alınmamıştır (EBK m. 49/2; TBK m. 58). Elem ve ıstırap derecesi taraflarca yürütülen ispat faaliyetlerine dâhildir.<sup>80</sup> Örneğin felç gibi ağır sonuçlarda mağdurun çektiği acı yüksek olduğundan daha yüksek manevî tazminat miktarına hükmedilebilir.<sup>81</sup> Doktrinde bir görüşe göre, tarafların sıfatı ve işgal ettikleri makam, ancak daha fazla katlanma zorunluluğu yaratıyorsa dikkate alınabilir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumu, tazminat

<sup>78</sup> Yarg 13. HD, 2018/4890, 2019/11954, 2.12.2019. Yarg HGK, 2011/4-64, 2011/200, 20.4.2011. Yarg 4. HD, 2004/11762, 2004/10881, 30.9.2004. Yarg 3. HD, 2020/3289, 2020/5633, 8.10.2020. Ayrıca bkz. Kürşat, s. 294, 295.

<sup>79</sup> Yarg 13. HD, 2014/43885, 2016/2467, 2.2.2016.

<sup>80</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 275, dpn. 925. Dural/Öğüz, prg. 803, 808.

<sup>81</sup> Kürşat, s. 317, dpn. 52.

borçlusu yönünden azamî ve asgari ölçü teşkil edebilir.<sup>82</sup> Zıt görüş ise, bu uygulamaya karşı çıkmaktadır. Yargıtay kararlarında manevî tazminatın belirlenmesinde davacının sosyal ve ekonomik statüsünün dikkate alınması, sosyal eşitlik ve adalet ilkelerinin topyekûn ihlâlidir.<sup>83</sup> Aynı yönde başka görüşte, Yargıtay'ın manevî tazminatın fonksiyonu hakkındaki açıklamalarıyla manevî tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasını salık verdiği kriterler arasında paralellik bulunmamaktadır.<sup>84</sup> Son anılan iki görüşe katılmak mümkündür. Acı şiddetinin tarafların sosyal statüsüne ve ekonomik durumuna göre değiştiği zannı, hemşirenin hukukî sorumluluğuna dair Yargıtay kararlarına da yansımaktadır.<sup>85</sup> Hemşire hatasıyla yeni doğanların karışması olayında sıra manevî tazminata geldiğinde Yargıtay tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının dikkate alınmasını istemektedir. Somut vakiada davacı anne asıl yavrusuna kavuşuncaya kadar başkasının bebeğini emzirmiştir. Üstelik gerçeği öğreninceye değin bebeğinin başkası tarafından beslenmiş, belki de aç bırakılmış olmasını hazmetmek zorunda bırakılmıştır. Böylesine ıstırapın miktarı, davacı anne, zenginse, eğitimliyse, orta sınıftansa; fakirse, eğitimsizse, işçi sınıfındansa azalır artar mı? Yahut mezkûr annenin hak ettiği manevî tazminat miktarı davalının işgal ettiği makama göre değişebilir mi? Yine vücudunda gazlı bez unutulmuş, bu durum fark edilinceye kadar gazlı bezle yaşamış ve yeniden ameliyat edilme talihsizliğiyle yüz yüze kalmış davacının hak ettiği manevî tazminat miktarının, onun veya hasmının sosyal ve ekonomik durumuna göre değişmesi, menfaat içtihatçılığı değildir. Bilakis, yasanın artık hâkime tanımadığı takdir yetkisinin kullanılmasının hukuka aykırı sürdürülmesidir. Vücudunda gazlı bez unutulmuş hastaya hemşirenin ödeyeceği tazminat miktarı, hastanın ve/veya hemşirenin işgal ettiği statüye, toplumdaki yerine

<sup>82</sup> Dural/Öğüz, prg. 806, 807.

<sup>83</sup> Gökhan Antalya, "Manevî Zararın Belirlenmesi ve Manevî Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukuku'na Manevî Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, 22/3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 241. Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Medenî Hukuk (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri)*, C. 1, Seçkin, İstanbul, 2015, s. 320.

<sup>84</sup> Hülya Altan, "Beden Bütünlüğünün İhlâlinde Manevî Tazminat Miktarının Belirlenmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 65/4, s. 2667.

<sup>85</sup> Yarg 13. HD, 2004/15903, 2005/3133, 2.3.2005. Yarg 3. HD, 2020/3289, 2020/5633, 8.10.2020.

ve/veya malik olduğu eşyalara göre değişmez. Aslında Yargıtay nezdinde, manevî tazminat miktarının netleştirilmesi sürecinin, ihyası bile değil, sil baştan inşası savunulmaktadır. Manevî tazminat, davacının ve/veya davalının toplumda tanınması, kirada oturması, araba-sının olması, milletvekili/mühendis/müdür statüsünde çalışması, yurt dışında yaşaması, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bulunması gibi kriterlerden yalıtılmalıdır. Bu kıstaslar nafaka miktarının belirlenmesinde hesaba katılabilir. Yalnız bu önemli konu, başka çalışmada manevî tazminat miktarının mukayeseli incelenmesine ötelenmelidir.

Derlenen otuz altı içtihadın yarısı kas içi veya damar içi enjeksiyon hakkındadır. İhtilafların yarısına sebep olmuş spesifik tıbbî sorun, yüksek oran addedilmeli ve önemsenmelidir. 2003, 2004, 2005, 2007, 2011, 2012, 2013, 2016, 2017, 2019 ve 2020’de pek çok içtihadta, kas içi enjeksiyon neticesinde sakatlık, his kaybı ya da düşük ayak incelenmiştir. Zaten araştırmalar da hemşirenin tıbbî hatasını her vardiyada yüzde yirmi oranında yansıtmaktadır. Aslında malpraktisin önlenmesi en başta hataların dile gelmesini gerektirir. Ne var ki hemşirelerin hatalarını gizlemeye eğilimli olduğu bazı yazarlarca kaleme alınmıştır.<sup>86</sup> Enjeksiyon sonucu bedensel zarar, tamamen komplikasyona dayanıyorsa, hemşirenin kusurundan bahsedilmez. Komplikasyon teşkil eden enjeksiyon nöropatisinde hemşire sorumsuzdur. Buna karşılık, siyatik sinir hasarı, iğne tekniğinde hatadan ya da ilacın, dozun veya yerin seçiminde yanlıştan mütevellitse, artık malpraktis teşkil eder.<sup>87</sup> İşte bu nedenle Yargıtay, enjeksiyon nöropatisi olgularında, bilirkişi incelemesine üst düzey önem atfetmektedir. Ancak ehli-vukuf, somut olayı, malpraktis veya komplikasyon şeklinde vasıflandırabilir. Mahkeme, üzerine hüküm kurmaya elverişli ve bilimsel açıdan gerekçeli heyet raporu temin etmelidir. Adli Tıp Kurumu’ndan gelen raporlar çoğunlukla yetersiz görülmektedir. Ayrıca, üniversitelerde kürsü sahibi bağımsız nörologlardan EMG ve/veya MR gibi akademik ekspertizlere istinaden gerekçeli tanzim edilmiş heyet raporu beklenmektedir.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Kahrıman/Öztürk/Babacan, s. 5, 55.

<sup>87</sup> Kaya Kenan/Necmi Çekin, “Enjeksiyon Sonrası Gelişen Nöropati: Komplikasyon/Malpraktis Ayırımında İnce Bir Çizgi”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2018, 13/2, s. 64, 65. Aynı yönde bkz. Şaşı, s. 70, 86.

<sup>88</sup> Yarg 21. HD, 2004/7439, 2004/8136, 11.10.2004. Yarg 4. HD, 2005/5837, 2005/5679, 26.5.2005. Yarg 13. HD, 2007/7502, 2007/9890, 9.7.2007. Yarg HGK, 2011/4-64, 2011/200, 20.4.2011. Yarg 4. HD, 2012/6576, 2012/10015, 7.6.2012. Yarg



“Tıbbî uygulama hatası iddiasıyla açılan davaların sayısının artması tesadüf değildir. Teknolojik ve bilimsel gelişmelerle beraber toplumun eğitim düzeyi ve sosyal etkileşimi artmıştır... Toplumsal bilinçlenme ile beraber, sağlık endüstrisinden hizmet alan hastaların beklentileri de artmıştır...”.<sup>89</sup> Yine hekimi hukuk kıskacında kurban bilincinde açıklayan ve malpraktis davalarının sıklığını hekimin ideal sağlık hizmeti vermek için asgarî fizikî şartlardan yoksunluğuna bağlayan görüş anılmalıdır.<sup>90</sup>

Malpraktis kaynaklı davaların artma sebebi yazarlarca enteresan tahmin edilmektedir. Hemşireler açısından, bu tahminlere katılmak kesinlikle mümkün değildir. Türkiye’de, malpraktis kaynaklı davaların artma sebebi, hastaların hak arama hürriyeti konusunda medya ve sair teknolojik imkânlarla gözlerinin açılması değildir. Asıl bazı vakıf üniversitelerinin sağlıkla ilgili eğitim kulvarına katılması dikkate alınmalıdır. Tıp, diş hekimliği ve hemşirelik eğitimi, yetersiz, özensiz ve en önemlisi para kazanma odaklı organize edilmemelidir; aksine, literatürdeki gelişmeleri ve teknolojik ilerlemeleri yakından takip etmelidir. Sıra hemşirelik eğitimine geldiğinde, tıbbî müdahalenin sanatkarlık yönünde, meselâ damar yolu açma, branül veya kateter takma, kas yahut damar içine enjeksiyon uygulama gibi tatbikatlarda, birebir ve yüz yüze eğitime meyledilmelidir.

Hemşirelikte eğitime önem verilmesi gerektiği aşikârdır. Hemşireler üzerinde yapılan sosyolojik araştırma, onların tâbi oldukları mevzuat ve hukukî sorumluluklarını iyi bilmediklerini, bu konudaki bilgi seviyelerinin meslekî tecrübelerine bağlı yükselmediğini; fakat eğitim düzeyleri arttıkça anket sorularını doğru yanıtladıklarını göstermiştir.<sup>91</sup> Ayrıca, hemşirenin çalışma saatleriyle iş yükünde, adalet ve vicdan üzere karar verilmelidir. Talimatnameler hazırlanmasıyla hemşirelik hizmetinin standart hâle getirilmesi, hekimle hemşire ara-

4. HD, 2012/8778, 2013/8959, 16.5.2013. Yarg 13. HD, 2015/30631, 2016/7474, 10.3.2016. Yarg 13. HD, 2015/4491, 2016/9749, 6.4.2016. Yarg 13. HD, 2015/19241, 2016/13610, 26.5.2016. Yarg 13. HD, 2015/18038, 2017/3975, 5.4.2017. Yarg 13. HD, 2016/10242, 2019/5070, 18.4.2019. Yarg 13. HD, 2016/13768, 2019/6769, 29.5.2019. Yarg 13. HD, 2016/30032, 2020/25, 13.1.2020. Yarg 4. HD, 2020/3974, 2020/8071, 26.6.2020. Yarg 13. HD, 2017/6263, 2020/3386, 25.3.2020.

<sup>89</sup> Yördem, s. 539. Özkaya/Elbüken, s. 110. Aynı yönde bkz. Cantürk, s. 304.

<sup>90</sup> Akbaba/Davutoğlu, s. 609.

<sup>91</sup> Karabakır, s. 114-125.

sındaki iletişimin kuvvetlendirilmesi ve hemşirelik bilimine odaklanması önerilebilir.<sup>92</sup>

Enjeksiyon sonrası nöropati; yaygın sağlık sorunlarından biridir. Gelişmekte olan ülkelerde yüksek “maraz/hastalık (*morbidity*)” ve “ölüm (*mortality*)” sebebidir. Kas içi enjeksiyon çok basit işlem gibi görünse de malpraktis ve komplikasyon olasılığını düşürmek için uygulayıcı yeterli eğitimle donatılmalıdır.<sup>93</sup> Enjeksiyon yapan personelin yeterli eğitimle donatılması siyatik sinir hasarı yanı sıra nöropatinin önüne geçilmesinde önemli rol oynayabilir.<sup>94</sup>

1973-2020 arasında incelenen Yargıtay kararlarında, hemşireden sadır enjeksiyon nöropatisi, sıklığı itibariyle şaşırtıcıdır. Hemşirenin hukukî sorumluluğunda enjeksiyon sorunu, sosyal fenomen boyutundadır. Enjeksiyona çok disiplinli yaklaşılmalıdır ki kökten çözümler üretilebilsin. Özellikle tıp bilimiyle hukuk ilmi birlikte çalışmalıdır. Hemşirelik eğitiminde müstakbel hemşirelerin enjeksiyon konusunda daha sıkı sınavlara tâbi tutulması ve işbu uygulamanın olumsuz sonuçları hakkında hem tıbben hem de hukuken aydınlatılması önerilmektedir.

Nihayet, hemşirenin hatalı enjeksiyon uyguladığı iddiası, kural olarak kişisel kusur değil; görev, yani hizmet kusurudur.<sup>95</sup> Devlet memuru hemşireden sadır malpraktis vakalarında, kural olarak idarî

<sup>92</sup> Şahin ve ark., s. 103.

<sup>93</sup> Kaya/Çekin, s. 63, 65.

<sup>94</sup> Şaşı, s. 86.

<sup>95</sup> Erkin Göçmen, “Yargıtay, Hemşirenin Hatalı Enjeksiyon Davası İçin Ne Karar Verdi?”, <https://www.medikalakademi.com.tr/yargitay-hemsire-hatali-enjeksiyon-dava-karar-ceza-erkin-gocmen/> (Erişim Tarihi: 21.6.2021). Tıpa tıp aynı kısa makale için ayrıca bkz. Taner Onay, “Yargıtay, Hemşirenin Hatalı Enjeksiyon Davası İçin Ne Karar Verdi?”, <http://dijitalhemsire.net/yargitay-hemsirenin-hatali-enjeksiyon-davasi-icin-ne-karar-verdi/> (Erişim Tarihi: 21.6.2021). “Kas içi enjeksiyon uygulamaları sonrası düşük ayak gelişmesi vakalarında Yargıtay’ın içtihatlarında da farklı yaklaşımlar görülüyor. Daha önce enjeksiyondan dolayı neredeyse kusursuz sorumluluk bulunduğu anlamına gelen kararlar veren Yargıtay’ın, bu makalede ele alacağımız son kararında bu yaklaşımından döndüğü anlaşılıyor”. Ceza ve hukuk ayırımı net olmayan bu kısa yazıda künyesi anılmayan belirsiz Yargıtay kararı incelenmektedir. Anılan ifadeler sorumluluk hukuku tekniğine aykırıdır. Ayrıca, sanki Yargıtay kas içi enjeksiyondan artık hemşireyi sorumlu tutmuyormuş ya da kararları istikrarsızmış gibi beklenmedik kanılara da sebep olmaktadır. Esasen hekimin hukukî sorumluluğunda kişisel ve hizmet (görev) kuru ayırımı için bkz. Çelik, s. 879-883, 901 vd. Hakeri, C. 2, s. 979-992.

yargı görevlidir. Yargıtay, bu kuralı pek çok defa dile getirmiştir.<sup>96</sup> Kaidenin istisnası, hüküm fıkrası ve karşı oy yazılarına konu olmuştur. Gerçekten, maddî hukukta hemşireye kişisel kusur atfedilmesi, usul hukukunda görev uyuşmazlığını ters düz edebilir.<sup>97</sup>

## SONUÇ

Hemşire, birey, aile ve toplum sağlığını korumaya ve geliştirmeye odaklanarak tüm tedavi süreçlerinde bakım ve tedaviye katkı sağlamaktadır. Ne yazık ki böylesine ulvî görev ifa eden hemşireler bile meslekî hataya düşebilmektedir ki malpraktis onların hukukî, idarî ve/veya cezaî sorumluluklarına sebep olabilir. Tabii tıbbî müdahaleye ehil her sağlık personeli gibi hemşireler açısından da komplikasyondan sorumsuzluk söz konusudur.

Hemşirenin tıbbî hatadan hukukî sorumluluğu, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıkta kaynağını bulabilir. Ayrıca hemşirenin sözleşme öncesi görüşmelerde dürüst davranma borcuna aykırı davranması ve vekâletsiz iş görmesi ender ortaya çıkan ihtimaller arasındadır. Hem hekime bağlı hem de ondan bağımsız görevleri bulunan hemşireye tek başına husumet yöneltilebilir. Hekim ve hemşire, kural olarak, kendi yetki alanları dâhilinde ayrık, bu alanlar kesiştiğinde ise birlikte sorumludur. Esasen hekimin, istihdam edilme sebebine girmeyen hemşire eyleminden sorumlu tutulmaması savunulabilir. Diğer taraftan, bazı şartlar birlikte gerçekleştiğinde, hemşirenin tıbbî hatası yüzünden, hekim veya hastaneye, yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk veya adam çalıştıranın sorumluluğu gerekçesiyle dava yöneltilebilir.

Yargıtay kararlarında manevî tazminat miktarının belirlenmesinde tarafların sosyal statüsünün ve ekonomik durumunun hâlâ dikkate alınması sosyal eşitlik ilkesini ihlâl etmektedir. Yargıtay'ın mülga mevzuatı hukuka aykırı dirilterek manevî tazminat miktarının sosyal eşitlik ilkesine aykırı kriterlere göre takdir edilmesini ilk derece mahkemelerine salık vermesi, ne yazık ki hemşirenin hukukî sorumluluğu

<sup>96</sup> Yarg 21. HD, 2003/10347, 2004/765, 9.2.2004. Yarg HGK, 2011/4-64, 2011/200, 20.4.2011. Yarg 4. HD, 2015/9285, 2015/9678, 10.9.2015. Yarg 4. HD, 2015/4017, 2015/4876, 16.4.2015. Yarg 4. HD, 2014/7428, 2014/10382, 23.6.2014. Yarg 13. HD, 2017/8615, 2020/4264, 12.6.2020.

<sup>97</sup> Yarg 4. HD, 2004/11762, 2004/10881, 30.9.2004. Yarg 4. HD, 2014/620, 2014/1593, 4.2.2014. Yarg 4. HD, 2011/1694, 2012/4172, 15.3.2012.

hakkındaki içtihatlarla da sızramıştır. Bu yöntemin yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun lafzına ve ruhuna aykırı olduğu, hasım hemşireden manevî tazminat talep edilmesine dair somut vakıalarla örneklenmiştir. Tarafların toplumdaki yeri, işgal ettikleri makam ve ekonomik yeterlikleriyle manevî tazminatın tutarı arasında korelasyon bulunmadığı düşünülmektedir.

Kamu hastanelerinde çalışan devlet memuru hemşirelerin sorumluluğunda, hizmet kusuru nitelmesi esastır ve görev yeri kural olarak idarî yargıdır. Bu kaidenin tek istisnası, kamu ajanı hemşireye atfedilen kişisel kusurdur.

Hemşirenin hukukî mesuliyeti Yüksek Mahkeme içtihatlarına sıklıkla konu olmuş gözükmemektedir. Türkiye'de hemşirenin tıbbî hatadan hukukî sorumluluğu denildiğinde, baş problem enjeksiyon denilebilir. Çünkü 1973-2020 arası Yargıtay içtihatlarının yarısı enjeksiyon sorununda yoğunlaşmıştır. Bu konu Yüksek Mahkeme'yi fazlasıyla meşgul etmektedir.

Enjeksiyon konusunda bilgisiz ve yeteneksiz hemşire sayısı totale oranla tabii ki çok azdır. Yine de enjeksiyon sorunu, sıklığı itibarıyla şüphe uyandırıcıdır ve sosyal olgu statüsündedir. Bu durum, hemşirelerin kendilerine özgü tıbbî bilgi, meslekî tecrübe ve sanatkâr müdahale konularında daha iyi eğitilmesi zaruretini ortaya koymaktadır. İchtihatlarda kas içi enjeksiyon neticesinde sakatlık, his kaybı, düşük ayak, daha doğrusu enjeksiyon sonrası siyatik sinir hasarında birikim gözlenmektedir. Adli Tıp Kurumu'ndan gelen raporların yetersizliği ve eksikliği pek çok yerel mahkeme kararının bozulma sebebidir. Yargıtay, mahkemelerce, Adli Tıp Kurumu'ndan gelen raporla yetinilmesini; üniversitelerde kadrolu çalışan bağımsız nörologlardan heyet raporu alınmasını istemektedir. Enjeksiyona çok disiplinli yaklaşılmalıdır ki bu soruna kökten çözümler üretilebilsin. Özellikle tıp bilimiyle hukuk ilminin birlikte çalışması önerilmektedir. Hemşirelik eğitiminde ilaç uygulamaya ekstra hassasiyet gösterilmelidir. Müstakbel hemşireler, enjeksiyon konusunda daha sıkı sınavlara tâbi tutulmalı ve işbu tıbbî müdahalenin olumsuz sonuçları hakkında hem tıbben hem de hukuken aydınlatılmalıdır. Hemşireliğin sanatkârlık gerektiren tabikatlarında, grup eğitimi değil, birebir ve yüz yüze dersler tercih edilmelidir.

## Kaynakça

### Kitap ve Kitap Bölümleri

- Altunkaş Aysun, "Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları", II. Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbî Müdahalenin Hukukî Yansımaları Sempozyumu, Seçkin, Ankara, 2015, s. 51-83.
- Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz, İstanbul, 1995.
- Antalya Gökhan/Topuz Murat, Medenî Hukuk (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), C. 1, Seçkin, İstanbul, 2015.
- Ayan Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Kazancı, Ankara, 1991.
- Ayan Mehmet/Ayan Nursen, Kişiler Hukuku, Adalet, Ankara, 2020.
- Barlıoğlu Hüseyin Cem, Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbî Malpraktis, Seçkin, Ankara, 2020.
- Cantürk Gürol, "Tıbbî Malpraktis ve Tıbbî Bilirkişilik", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahit Doğan, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015, s. 299-322.
- Çelik Ahmet Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Seçkin, Ankara, 2018.
- Çetinkaya Perihan, Hemşirelikte Tıbbî Uygulama Hataları ve Hukukî Sonuçları, Seçkin, Ankara, 2016.
- Deryal Yahya, "Hemşirelerin Hukukî Sorumluluğu", 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2011, s. 416-439.
- Demircioğlu Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin, Ankara, 2009.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Kişiler Hukuku, Türk Özel Hukuku, C. II, Filiz Kitabevi, 2017.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2021 (Eren, Özel Hükümler).
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2020.
- Erdoğan Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der, İstanbul, 2014.
- Furrer Andreas/Muller-Chen Markus/Çetiner Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- Gülşan Aksoy Pınar, "Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahit Doğan, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015, s. 267-298.
- Güneş Kılıç Bahu, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Legal, İstanbul, 2016.
- Güngördü Demirci Nuray, "Hospiz Anlayışında Hasta Bakımı ve Hemşirenin Rolü: Bir İnceleme Çalışması", Tıp-Etik-Hukuk Boyutuyla Hospiz, Ed. Çağatay Üstün, Ege Tıp, İzmir, 2016, s. 13-21.

- Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin, Ankara, 2021 (2 Cilt).
- Hancı İ. Hamit/Erdem Yurdagül/Polat Sevinç, Adli Hemşirelik, Seçkin, Ankara, 2020.
- Hatemi Hüseyin, Kişiler Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Kalabalık Halil, "Ebe ve Hemşirelerin İdare Hukuku Açısından Sorumluluğu", 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2011, s. 332-405.
- Oflaz Fahriye, "Hemşirenin Görev ve Yetkileri", 3. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2011, s. 406-415.
- Oğuzman M. Kemâl/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz, İstanbul, 2020.
- Özpinar Berna, "Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluğun Türleri", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2008, s. 269-292.
- Polat Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin, Ankara, 2005.
- Savaş Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbî Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin, Ankara, 2009.
- Sayek Füsün, TTB Kitapları/Raporları-2010 Hasta Güvenliği Türkiye ve Dünya, Türk Tabipler Birliği, Ankara, 2011.
- Şenocak Zarife, "Hekimin Hukukî Sorumluluğunda Özel Sorunlar", Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu, Ankara, 2008, s. 241-254 (Şenocak Z., Hekimin Hukukî Sorumluluğunda Özel Sorunlar).
- Yüksel Reyhan Sera, "Hekimin Uyguladığı İlaç Tedavisinden Doğan Zararlardan Hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Korunması", 5. Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ed. Hakan Tokbaş ve H. Fehim Üçışık, Bilge, Ankara, 2016, s. 360-380.
- Zevkliler Aydın /Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat, İstanbul, 2020.
- Tez ve Projeler
- İşık Olcay, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Dan. Metin İkişler, Erzurum, 2010.
- Kahriman İlknur/Öztürk Havva/Babacan Elif, "Hemşirelerin Tanı, Tedavi ve Bakım Uygulamaları Sırasında Tıbbi Hata Oranlarının Değerlendirilmesi", Vehbi Koç Vakfı Hemşirelik Fonu, Proje 2014/2, Trabzon, 2015, <https://sanerc.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2017/04/Hemşirelerin-TanıTedavi-ve-Bakım-Uygulamaları-Sırasında-Tıbbi-Hata-Oranlarının-Değerlendirilmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 2.7.2021).
- Karabakır Belkız, Hemşirelerin Tabii Oldukları Mevzuat ve Hukukî Sorumlulukları Konusundaki Farkındalıkları, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Dan. Gürsel Çetin, İstanbul, 2011.
- Karayavuz Arzu, "Kateter Hemşireliği", Türk Hematoloji Derneği-Hematoloji Pratiğinde Uygulamalı Kateterizasyon Kursu, s. 58-61, [http://www.thd.org.tr/thdData/userfiles/file/Katater\\_Kurs\\_14.pdf](http://www.thd.org.tr/thdData/userfiles/file/Katater_Kurs_14.pdf) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).

## Makaleler

- Adıgüzel Sibel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, 5/19, s. 943-945.
- Akbaba Murat/Davutoğlu Vedat, "Sağlık ve Hukuk Kıskaçında Hekim: Ne Yapmalı?", *Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi*, 2016, 44/7, s. 609-616.
- Alkanat Murat B., "Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk", *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, 2002, 11/5, 177-180.
- Altan Hülya, "Beden Bütünlüğünün İhlâlinde Manevî Tazminat Miktarının Belirlenmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 65/4, s. 2659-2683.
- Altun Gürcan/Yorulmaz Abdullah Çoşkun, "Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis", *Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2010, 27/1, s. 7-12.
- Antalya Gökhan, "Manevî Zararın Belirlenmesi ve Manevî Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukuku'na Manevî Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, 22/3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 221-250.
- Arıkan Mustafa, "Culpa in contrahendo Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, 17/1, s. 69-89.
- Atak İsmail, "Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, 2020, 19, s. 19-26.
- Ateş Yerköy Aysun/Okur Figen, "Covid-19 Pandemisinde Gizli Kahramanlar: Hemşire Liderler", *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 2020, 6/3, s. 625-638.
- Bayraktaroğlu Taner/Fidan Emine, "Kriz ve Pandemide Hemşirelik Hizmetleri Önerileri", *Batı Karadeniz Tıp Dergisi*, 2020, 4/2, s. 44-50.
- Bölüktaş Rukiye Pınar/Özer Zülfünaz/Yıldırım Dilek, "Uluslararası Hemşirelik And'ının Meslekî Değerler Açısından İncelenmesi", *Çekmece İZÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, 6/13, s. 83-98.
- Cengiz İstar/Küçükay Alper, "Tıbbî Malpraktis, Tıbbî Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbî Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, 37, s. 107-131.
- Çetinkaya Uslusoy Esin/Taşçı Duran Emel/Korkmaz Medet, "Güvenli Enjeksiyon Uygulamaları", *Hacettepe Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi*, 2016, 3/2, s. 50-57.
- Değdaş Ulaş Can, "Hatalı Tıbbî Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 6/1, s. 41-65.
- Duysak Merve, "Hekimin Tıbbî Uygulama Hatalarından Doğan Cezaî Sorumluluğu", *Ankara Barosu Hukuk Gündemi*, 2009, 5/3, s. 25-38.
- Er Fatma/Altuntaş Serap, "Hemşirelerin Tıbbî Hata Yapma Durumları ve Nedenlerine Yönelik Görüşlerinin Belirlenmesi", *Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi*, 2016, 3/3, s. 132-139.
- Erçoşkun Şenol Kübra, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistematik Açısından Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki



- Durum", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 12/4, s. 37-65.
- Ersoy Verda L., "Tıbbî Malpraktis", *Toraks Dergisi*, s. 29-32, [https://toraks.org.tr/site/sf/books/pre\\_migration/c68713cbd3e5aef1177da489dc1a646d1645271e69486e-a3bb79c144ff909737.pdf](https://toraks.org.tr/site/sf/books/pre_migration/c68713cbd3e5aef1177da489dc1a646d1645271e69486e-a3bb79c144ff909737.pdf) (Erişim Tarihi: 16.6.2021-Ersoy V., Tıbbî Malpraktis).
- Ersoy Yüksel, "Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, 53, s. 161-190 (Ersoy Y., Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları).
- Gojayeve Alvina, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku'na Etkileri", *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, 1, s. 28-69.
- Göçmen Erkin, "Yargıtay, Hemşirenin Hatalı Enjeksiyon Davası İçin Ne Karar Verdi?", <https://www.medikalakademi.com.tr/yargitay-hemsire-hatali-enjeksiyon-dava-karar-ceza-erkin-gocmen/> (Erişim Tarihi: 21.6.2021).
- Görener Aylin, "Culpa in contrahendo Sorumluluğu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, 36/2, s. 67-80.
- Günel İlhan, "Tıbbî Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, 1/5, s. 585-644.
- Güvenç Özgür, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, 18/3-4, 363-405.
- Hakeri Hakan, "Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları-II", <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-hemsirelerin-yasal-sorumluluklari-II-72-64-1271.html> (Erişim Tarihi: 9.5.2021-Hakeri, Hemşirelerin Yasal Sorumlulukları-II, age).
- İpekyüz Yavuz Filiz, *Türk Hukuku'nda Hekimlik Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 2006.
- Kahraman Zafer, "Medenî Hukuk Bakımından Tıbbî Müdahaleye Hastanın Rızası", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 7/1, s. 479-510.
- Kaya Kenan/Çekin Necmi, "Enjeksiyon Sonrası Gelişen Nöropati: Komplikasyon/Malpraktis Ayrımında İnce Bir Çizgi", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2018, 13/2, s. 63-66.
- Kaya Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, 100, s. 45-82.
- Kılıçoğlu Mustafa, "Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2006, 1/4, s. 17-40.
- Kuğuluoğlu Sema ve ark., "İlaç Uygulamalarında Hemşirenin Meslekî ve Yasal Sorumluluğu", *Maltepe Üniversitesi Hemşirelik Bilim ve Sanat Dergisi*, 2009, 2/2, s. 86-93.
- Kuzgun Ünal, "Komplikasyon mu? Malpraktis mi?", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, 2019, 18, s. 98-101.
- Kürşat Zekeriya, "Hemşirelerin Hukukî Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2008, 66/1, s. 293-322.
- Oktaç Ahsen E., "Tıbbî Malpraktis Kavramı ve Sonuçları", [http://www.turkhukukstesi.com/makale\\_1183.htm](http://www.turkhukukstesi.com/makale_1183.htm) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).

- Onay Taner, "Yargıtay, Hemşirenin Hatalı Enjeksiyon Davası İçin Ne Karar Verdi?", <http://dijitalhemsire.net/yargitay-hemsirenin-hatali-enjeksiyon-davasi-icin-ne-karar-verdi/> (Erişim Tarihi: 21.6.2021).
- Özata Musa/Altuncan Handan, "Hastanelerde Tıbbî Hata Görülme Sıklıkları, Tıbbî Hata Türleri ve Tıbbî Hata Nedenlerinin Belirlenmesi: Konya Örneği", *Tıp Araştırma Dergisi*, 2010, 8/2, s. 100-111.
- Özdemir Hayrunnisa, "Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, 15/1-2, s. 177-229 (Özdemir, Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu).
- Özdemir Hayrunnisa, "Hekimin Hukukî Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 11/1, s. 33-81 (Özdemir, Hekimin Hukukî Sorumluluğu).
- Özdemir Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, 1, s. 148-166 (Özdemir, Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü).
- Özgönül Levent Mustafa/Arda Berna/Dedeoğlu Necati, "Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbî Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 2019, 27/1, s. 48-56.
- Özkaya Nesrin, "Hemşirelik Mesleğinde Tıbbî Uygulamalardan Doğan Sorumluluklar", <http://www.saglikcalisanisagligi.org/sunumlar/avnesrin.pdf> (Erişim Tarihi: 21.6.2021).
- Özkaya Nesrin/Elbüken Burcu, "Sağlık Profesyonellerinin Hatalı Tıbbî Uygulamalarından Doğan Yasal Sorumlulukları: Hekim Haricindeki Sağlık Meslekleri Özetinde", *Sağlık ve Sosyal Politikalara Bakış Dergisi*, Güz 2018, s. 109-128.
- Şahin Derya ve ark., "Hemşirelikte Malpraktis: Olgu Sunumları", *Adli Tıp Bülteni*, 2014, 19/2, s. 100-104.
- Şaşı Murat, "Enjeksiyon Nöropatisinden Kaynaklı Tam Yargı Davalarında Risk İlkesi Uyarınca İdarenin Kusursuz Sorumluluğunun Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, 152, s. 69-108.
- Terzioğlu Füsün/Şahan Fatma Uslu, "Hemşirelerin Tıbbî Müdahalede Karar Verme Yetkisi ve Konumu", *Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi*, 2017, 3/4, s. 136-142.
- Üstün Çağatay, "Tıp'ta Etiğin Yerini Belirlemek", *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası*, 2009, 1, s. 115-118.
- Yılmaz Hamdi, "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur -Culpa In Contrahendo- ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", *Yargıtay Dergisi*, 1975, Ocak-43, s. 234-252.
- Yördem Yılmaz, "Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortasında Hatalı Tıbbî Uygulama Sorumluluğuna İlişkin Yargı Kararlarına Genel Bakış", *Journal Of Institute Of Economic Development and Social Researches*, 2018, 4/12, s. 539-546.
- Yüksel Reyhani Sera, "Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21/2, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, s. 793-804 (Yüksel Reyhani, Vekâletsiz İş Görme).

### Diğer Kaynaklar

- Anadolu Ajansı, “Kovid Hemşireleri Salgınla Mücadelede En Ön Cephede Savaşıyor”, <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/kovid-hemsireleri-salginla-mucadelede-en-on-cephede-savasiyor/1836356> (Erişim Tarihi: 17.6.2021).
- Cumhuriyet, “Yargıtay’dan Sağlık Çalışanlarına Emsal Niteliğinde Fazla Mesai Kararı”, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yargitaydan-saglik-calisanlarina-emsal-niteliginde-fazla-mesai-karari-1796111> (Erişim Tarihi: 21.6.2021).
- İstanbul Tabip Odası, “Tıbbi Uygulama Hatası”, [https://www.istabip.org.tr/site\\_icerik\\_2016/haberler/aralik2016/iyihekimlik/sunumlar/dr\\_ali\\_demircan.pdf](https://www.istabip.org.tr/site_icerik_2016/haberler/aralik2016/iyihekimlik/sunumlar/dr_ali_demircan.pdf) (Erişim Tarihi: 16.6.2021).
- Mersin İl Sağlık Müdürlüğü, “Pandemi Kahramanı Hemşireler”, <https://mersinism.saglik.gov.tr/TR,183252/pandemi-kahramani-hemsireler.html> (Erişim Tarihi: 17.6.2021).
- Tıbbi Hata, “Tıbbi Hata-Malpraktis Nedir?”, [http://www.tibbi-hata.com/Türkçe/Blog/Blog\\_Detay/Tıbbi\\_Hata-Malpraktis\\_Nedir%3F/1434543120.html](http://www.tibbi-hata.com/Türkçe/Blog/Blog_Detay/Tıbbi_Hata-Malpraktis_Nedir%3F/1434543120.html) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).
- Vikipedi-1, “Saint Fabiola”, [https://en.wikipedia.org/wiki/Saint\\_Fabiola](https://en.wikipedia.org/wiki/Saint_Fabiola) (Erişim Tarihi: 26.6.2021).
- Vikipedi-2, “Florence Nightingale”, [https://tr.wikipedia.org/wiki/Florence\\_Nightingale](https://tr.wikipedia.org/wiki/Florence_Nightingale) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).
- Vikipedi-3, “Primum Non Nocere”, [https://tr.wikipedia.org/wiki/Primum\\_non\\_nocere](https://tr.wikipedia.org/wiki/Primum_non_nocere) (Erişim Tarihi: 17.6.2021).

# SONRADAN VE YETKİLİ MAKAM KARARI İLE TÜRK VATANDAŞI OLMANIN BAŞVURU ŞARTLARI (TVK m.11)

## APPLICATION REQUIREMENTS OF BEING TURKISH CITIZEN BY NATURALIZATION (Turkish Nationality Act Article 11)

F. Elif ÇELİK\*

**Özet:** Kişilerin, doğumdan başka sebeplerle sonradan vatandaşlık edinmeleri, hem bu yeni vasfı yüklenecek yabancılar, ağırlıklı olarak göçmenler, hem de bu yolla vatandaşlık yüklenmiş önceleri kişiler bakımından aralarına kimlerin ne tip şartlarla katılacağı açısından çift yönlü önem taşımaktadır. Bu yolun açılması ve mahiyetinin belirlenmesi, devletler nezdinde de, onları mükemmeliyetçi bir seçiciliğe yöneltecek kadar mühim kabul edilmekte; yetkili makamlar tarafından yoğunlaştırılmış bir titizlikle hazırlanmış olan gereklilikler listesinin adil olup olmadığı sorusunu gündeme getirmekte; yabancıları, sonradan vatandaş kılma kararına, hangi bakış açısıyla hangi ilkelerin yön vereceğinin ya da vatandaşlık talep edenlerden yeni toplumlarına karşı ne tür bir bağlılık göstermelerinin bekleneceğinin saptanması gerekmektedir.

5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu m.11 uyarınca yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığı başvurusunda bulunmak isteyen yabancıların, kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olma, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet etme, Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etme, genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığı bulunmama, iyi ahlak sahibi olma, yeteri kadar Türkçe konuşabilme, Türkiye’de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire ve mesleğe sahip olma ile milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartlarını birlikte taşıması gerekmektedir. Ancak Kanun’da sayılan şartlara uygunluk, yalnızca başvuruma hakkı yaratmakta; vatandaşlık statüsü yetkili makamın takdiri üzerine yüklenilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Vatandaşlık, Türk vatandaşlığı, Yabancı, İkamet, Takdir

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ufuk Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, fatmaelif.celik@ufuk.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0373-5494, Makale Gönderim Tarihi: 19.03.2021, Kabul Tarihi: 20.03.2021

**Abstract:** The fact that people acquire citizenship after birth has an importance from the perspective of who will join them under what conditions both for foreigners, who will hold the new status, predominantly immigrants and former citizens who have been naturalized in this way. Opening of this legal path and to determine its essence is also considered important by states enough to direct them to a perfectionist selectivity; it raises the question of whether the list of requirements, which has been meticulously prepared by the authorities, is fair or not. It should be legally framed that what kind of principles will guide the decision of naturalizing or what kind of allegiance will be expected from those who seek citizenship to their new society.

In accordance with the Turkish Nationality Act, Number 5901, article 11, foreigners who wish to apply to become a Turkish citizen by the decision of the competent authority shall be in the age of majority and have the capacity to act either according to his/her own national law or, if he/she is stateless according to Turkish law; have been resident in Turkey without interruption for five years preceding the date of his/her application; have affirmed by his/her behaviour that he/she has decided to settle in Turkey; have no disease constituting an obstacle in respect of public health; be of good moral character; be able to speak a sufficient level of Turkish; have income or profession to provide for maintenance for himself/herself and his/her dependants in Turkey; have no quality constituting an obstacle in respect of national security and public order. However, compliance with the conditions listed in the Law only creates the right to apply; citizenship status is imposed at the discretion of the competent authority.

**Keywords:** Citizenship, Turkish Nationality, Foreigner, Residence, Discretion

## I. GİRİŞ

Vatandaşlık, toprağı paylaşmaya dayalı içkin bir nosyondan öte; hukuki, siyasi ve sosyal ilişkileri taşıyan, değışe[tirile]bilir nitelikli bir statü olup; şartları ve hükümleri, egemenlik hakkı kullanılarak idari otorite tarafından tek taraflı belirlenen bu statünün edinilme yolları, ülkeden ülkeye farklılaşabilmektedir.

Kişi ile devlet arasındaki vatandaşlık bağı, doğum anında ve doğum dolayısıyla aslen kurulabileceğı gibi; doğumdan başka bir sebeple sonradan da kurulabilmektedir. Kaideten, doğumla vatandaş olanlar ile sonradan vatandaş olanlar arasında vatandaşlık statüsünün içerdiği haklardan faydalanmak ve yükümlülükleri yerine getirmek konusunda bir fark bulunmamakla birlikte; bu vasfın kişiye yüklenmesinde aranılan şartlar yönünden bakıldığında, terazinin aynı ağırlıktaki kefelerle tartılmadığı görülmektedir.

Bu makale konusunun çalışılma bağlamı, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmanın başvuru şartlarının makul bir seçicilik anlayışını temsil edip etmediğinin araştırılmasıdır. Dolayısıyla, Türk vatandaşlığını sonradan ve yetkili makam kararı ile olağan yoldan temin eden şartların, karşılaştırmalı olarak incelenmesi ve değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Makalede, yalın bir plânla, ilk olarak sonradan ve yetkili makam kararınca Türk vatandaşlığı olmayı temin eden hukuki imkânın kavramsal olarak ele alınmasına; ardından başvuru şartları ve usulünün irdelenmesine gayret edilmiş; bilimsel araştırma ve yayın etiği ilkelerine uyulmuştur.

## II. İFADE SARMALI

Vatandaşlık hukukunda gerçek kişilerin, başvuru şartı ile, sonradan ve yetkili makam kararı üzerine vatandaşlık edinmelerine Fransızca'da "*naturalisation*", İngilizcede "*naturalization*", Almancada "*naturalisierung*", İspanyolcada "*naturalización*" denilmektedir.<sup>1</sup> Bir devletin, doğumdan başka bir sebeple, tebaasını oluşturma yollarından bir tanesi olarak benimsenen bu tip vatandaşlığa Osmanlı Türkçesinde "*telsik*" denilmiştir. Telsik, Arapçada "*kavuşturma*" anlamına gelmektedir.<sup>2</sup> O hâlde vatandaşlık hukuku bakımından telsik, kanunun belir-

<sup>1</sup> Teorik açıdan, göçmenlerin ya da daha genel olarak bir devletin siyasi birliği dışındaki kişilerin, başvurularına binaen vatandaş edilme yolu ile o topluluğun tam üyesi hâline geçmelerini mümkün kılan, dönüştürücü bir yoldur. Ancak vatandaşlığın sonradan yetkili makam kararı ile oluşturulması, yani "*naturalization*" kavramı, aynı zamanda paradoksaldır; zira vatandaşlık statüsünün bu şekilde oluşumunda "doğal olarak (*natural*)", yani kendiliğinden gerçekleşen bir husus bulunmamaktadır. Bu çelişki, hukuki pencereden bakıldığında vatandaşlığın, usul yüklü bir çizgide edinilmesi sebebi ile daha da belirginleşmektedir. *Naturalization* kavramında anahtar kısım, vatandaşlık statüsünü talep eden kişinin bu isteğinin yetkili makamın kararı ile neticelendirilmesidir. Bu bakımdan vatandaşlık statüsünün otomatik olarak oluştuğu veya başvuru sahibinin niyet açıklamasında bulunmasını gerekli tutmayan *ex lege* usuller ile yalnızca ilgili kişinin tek taraflı sözlü ya da yazılı eylemine dayanan beyan veya seçme hakkının kullanılmasından ayrılmaktadır. Sara Wallace Goodman, *Naturalisation Policies In Europe: Exploring Patterns Of Inclusion and Exclusion*, EUDO Citizenship Observatory, 2010, s.2-3.

<sup>2</sup> Telsik, iltisak kelimesi ile ortak kök olan [-ışk]'tan; iltisak kelimesi ise [lüşuk]'tan gelmektedir. İltisak kelimesi, yapışmak, bitişmek, kavuşmak anlamlarına sahiptir. Yaşar Çağbayır, *Orhun Yazıtlarından Günümüze Türkiye Türkçesinin Söz Varlığı-Büyük Türkçe Sözlük*, Cilt 9, Ötüken Yayınevi, 2016, s.5730; (Erişim) <https://archive.org/details/ArapaTrkeSzlck-/page/n805/mode/2up?q=%C4%B1kl> - ET:30.12.2020. Vatandaşlık hukuku ile ilgili eski kaynaklarda telsik kelimesinin

lediği şartları sağlayan bir yabancıнын, yetkili makamın kararı/kabulü ile, talep ettiği devletin vatandaşlığına kavuşturulmasıdır. Diğer ifade ile telsik, bir kişinin vatandaşı olarak doğmadığı bir ülkenin vatandaşı kılınmasıdır.<sup>3</sup> Türk hukuk doktrininde telsik dar kapsamı ile, yani vatandaşlık statüsünün sonradan izafesinde ilgili kişinin talebinin yetkili makamın kararı ile karşılandığı usul anlamında kullanılmaktadır.<sup>4</sup>

Teksik, gerek cumhuriyet öncesi Tabiiyeti Osmaniye Kanunnamesi'nde gerekse cumhuriyet dönemi 1312,<sup>5</sup> 403<sup>6</sup> ve 5901<sup>7</sup> sayılı Türk Vatandaşlık Kanunlarında geçen bir terim değildir. Telsik, hukuki bir terim olarak yalnızca 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te<sup>8</sup> yetkili makam kararı ile kazanma kavramının, ikâme edilebilir eş kavramı olarak, hüküm başlıklarında kullanılmıştır.<sup>9</sup>

sözlük anlamı, bir kişinin mensup olduğu kabileden ayrılıp diğer bir kabileye ilthak etmesi biçiminde ifade edilmiştir. Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1949, s. 67; Hicri Fişek, Türk Vatandaşlık Hukuku, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1959, s.53; Erdoğan Göğer, Türk Tabiiyet Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s.57.

3 "Telsik, öyle bir hakimiyet tasarrufudur ki onunla devlet, bir ecnebiyi tebaası arasına alır". Muammer Raşit Seviğ, Vedat Raşit Seviğ, Devletler Hususi Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, 3.Bası, İstanbul, 1962, s.91. Bir başka bakış açısından telsik, bir kişinin, mensup olmadığı bir devletin vatandaşlığını talep ve bu devletin mevzuatının tespit ettiği şartlara uygun olarak mezkûr tabiiyeti iktisap etmesidir. Fişek, s.53.

4 Geniş anlamı ile telsik, doğum olayı haricindeki nedenlerle vatandaşlık kazanılmasına ilişkin tüm hâlleri ifade etmektedir. Örneğin, ana ya da babasına vatandaşlık verilmesi sebebiyle küçük çocuğun veyahut eşin aynı vatandaşlığı kazanması; hatta arazi terk ve ilhakı gibi uluslararası sözleşmelere bağlı olarak vatandaşlık statüsünün değişmesi geniş anlamı ile telsik olarak yorumlanmaktadır. Rona Aybay, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s.113-114. Doktrinde telsikin, Türk vatandaşlığının sonradan ve yetkili makam kararına bağlı olarak ilk defa elde edilmesini karşılayan bir anlamı bulunduğu; buna karşılık daha önce Türk vatandaşı olup da Türk vatandaşlığını kaybetmiş olanların yeniden Türk vatandaşı olmalarının telsik olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bilgin Tiryakioğlu, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu-29 Şubat 2008, Bildiriler Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.81.

5 RG: 04.06.1928 (T); 904 (S)

6 RG: 22.02.1964 (T); 11638 (S)

7 RG: 12.06.2009 (T); 27256 (S)

8 RG: 01.07.1964 (T); 11742 (S)

9 11.02.1964 Tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik Birinci Bölüm İkinci Kısım: "Yetkili Makam Kararı ile Kazanma (Telsik)", 10.maddenin üst başlığı: "Genel Olarak Vatandaşlığa Alınma (Adi



1312 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, vatandaşlık izafesine yönelik terminolojiye bakıldığında asli ve müktesep vatandaşlık terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Kanun koyucu, Türk vatandaşlığının, ana-baba ve doğum yeri itibari ile yüklenmesinin dışındaki diğer yolları, kesp hâline ilişkin tutmuştur. Bu bakımdan yetkili makam kararına dayalı olarak iktisap edilen vatandaşlık, 5.maddede "müktesep" vatandaşlık olarak ifade edilmiştir. Bu yolla gerçek kişiler, esastan sahip oldukları vatandaşlıklarını, bir takım sebep ve hâllere dayalı olarak sonradan değiştirerek başka bir devletin vatandaşlığına geçmiş olmaktadır. 1312 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda müktesep vatandaşlık üç biçimde gerçekleşmektedir. Dönemin doktrini tarafından,<sup>10</sup> ikamet şartını temel alan müktesep vatandaşlığı (m.5) ifade etmek üzere "adi telsik", ikamet şartından bağışlanmış müktesep vatandaşlığı (m.6) ifade etmek üzere, altıncı maddenin başlığı ile uyumlu olarak, "fevkalade telsik" ve Türkiye'de doğan yabancı çocuklar bakımından geçerli müktesep vatandaşlığı (m.3-4) ifade etmek üzere "kolaylıklı telsik" kavramları kullanılmıştır.

Vatandaşlığın izafesine yönelik olarak 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun terminolojisi, 1312 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nunkinden farklıdır. Kanun koyucunun, Türk vatandaşlığının oluşumunu, "kazanma" kavramını kullanarak açıkladığı görülmektedir.<sup>11</sup> Türk vatandaşlığı, kazanılan bir vasıf olarak kanun yolu ile, yetkili makam kararı ile ya da seçme hakkı ile gerçekleştirilmektedir. Hâlbuki "kazanma" kelimesinin, oluş eylemi özelliği yani

Telsik)", 11.maddenin üst başlığı: "İstisnai Vatandaşlığa Alınma (Fevkalade Telsik)".

<sup>10</sup> Abdülhak Kemal Yörük, Devletler Hususi Hukuku, C.I, Tan Matbaası, İstanbul, 1938, s.127; Berki, s.77; Fişek, s.56-65; Seviğ, Seviğ, s.92.

<sup>11</sup> Doğumla vatanlı olmayı (acquisition of nationality at birth) ya da sonradan vatanlı hâline geçmeyi (acquisition of nationality after birth) karşılaması itibariyle gerçek kişilere vatandaşlık statüsünün yüklenmesi Fransızca ve İngilizcede, "acquisition" kelimesi ile ifade edilmektedir. Latince "acqisito" olan bu kelime, özellikle bir bilgi ya da beceri elde edilmesine yönelik eylem demektir ve aramak (seek) anlamına sahip "quarerere" fiilinden türemiştir. Bu bağlamdan bakıldığında "acquisition" kavramının Türkçedeki dengi, tam olarak "kazanmak" değildir; çünkü "kazanmak" kelimesinin TDK Güncel Sözlük'teki ilk anlamı, iktisadidir ve kazanç sağlamak biçiminde ifade edilmiştir. "Kazanmak" kelimesinin ikinci anlamı, olumlu bir sonuç elde etmektir. İkinci anlamı itibariyle kazanmak kelimesinin, etimolojik olarak toprak kazılarak (kazgan/kazı) elde edilmiş maldan geldiği görülmektedir. Kazanmak kelimesinin ancak dördüncü anlamında edinmek, sahip olmak kavramları karşımıza çıkmaktadır.

öznenin iradesi dışında bir durumdan başka bir duruma geçişi ifade ettiği ve eylemin edilgenliği hatırlandığında, tam olarak doğum sebebine dayanan asli vatandaşlığı karşılamadığı gibi seçme hakkı kullanılarak ulaşılan sonraki vatandaşlık durumunu da karşılamadığı düşünülmektedir.

403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Türk vatandaşlığının yetkili makam kararı ile kazanılması, kanun yolu ile ve seçme hakkı ile kazanmadan ayrı bir yol olarak tasnif edilmiş olmakla birlikte bu yolun kendi içindeki sınıflandırmasında ifade bütünlüğüne dikkat edilmemiştir. Yetkili makam kararı ile kazanılan Türk vatandaşlığının, genel olarak vatandaşlığa alınma, istisnai vatandaşlığa alınma ve yeniden vatandaşlığa alınma biçiminde gerçekleştiği; kanun koyucunun burada "kazanma" kelimesinden vazgeçerek, "alınma" kelimesini benimsediği görülmektedir. "Alınma" kelimesinin, eylemin niteliği ve çatısı göz önünde bulundurulduğunda vatandaşlık vasfının sonradan ve yetkili makam kararı ile oluşumunu, esas yönünden, karşıladığı görülmektedir. Bununla birlikte kelime, "alma işi yapmak" biçimindeki ilk anlamı üzerinden düşünüldüğünde yalnızca yetkili makamın kararını çağrıştırmakta, bu yönüyle vatandaşlık tevcih edilmiş olmakta; elde edilmek biçimindeki ikinci anlamı üzerinden düşünüldüğünde ise yalnızca kişinin iradesi ön plâna çıkmakta ve bu yönüyle subjektif bir kamu hakkının varlığına işaret etmektedir.

Hâlen yürürlükte olan 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun, vatandaşlığın izafesini, mülga vatandaşlık kanunlarındaki temel anlayış doğrultusunda doğum olayına ve doğum dışı nedenlere bağladığı; vatandaşlık vasfının oluşumunu, yine, "kazanma" kelimesi ile açıkladığı görülmektedir. 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndan farklı olarak Türk vatandaşlığının sonradan ve yetkili makam kararına dayalı olarak elde edildiği durumlar bakımından "kazanma" - "alınma" kelimelerinin tercihi sebebiyle oluşmuş anlam ikiliğinin giderildiği ve Türk vatandaşlığının bu yolla oluşmasına imkân veren tüm durumlar bakımından (m.11, m.12, m.13, m.14 ve m.16) "kazanma" kavramının, ortak kavram olarak benimsediği anlaşılmaktadır. Kanun'un ikinci bölümünde hükme bağlanan tüm hâller bakımından cereyan eden hadise "kazanma" hadisesidir. Oysaki yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere, "kazanma" doğrudan gerçekleşmek veya sonradan yapılmak anlamlarını kapsayıcı bir kavram değildir. Lisanimizde meydana gelmek,

varlık kazanmak, gerçekleşmek ya da yapılmak anlamlarının karşılığı olarak kullanılan kelime “*olmak*”tır. Vatandaşlığın hukuki ve siyasi bir bağlılık<sup>12</sup> durumuna vücut vermesi sebebiyle, yetkili makam kararı ile sonradan vatandaş kılınmanın, vatandaş olmayı sağlayan yollardan bir tanesi olarak tanzim edilebileceği; hatta mevcut 10. maddedeki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda vatandaşlık vasfının, bahsedilen bir statü/vasıf olarak vurgulanabileceği düşünülmektedir.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Vatandaşlık, politik bir varlık (devlet) ile mensupları arasındaki, resmileştirildiği kadar pratikleştirilmiş, medeni, siyasi ve sosyal yönlü bir ilişkidir. Son yüzyılda gelişmekte olan temsili demokrasilerde, erkeklerin egemenliğine inhisar edilmiş vatandaşlık kavramına, kadınların ve yabancıların dahil edilip edilmeyeceği tartışmalarının aşılması ile birlikte vatandaşlık, bir devletin kişi unsurunu oluşturan herkesi kapsayan bir anlam kazanmıştır. Vatandaş, eşitlik belirten bir kelime olup; Aristoteles’in aktivist bakış açısından “yöneten ve sırası ile yönetilen kişidir”. Bu bağlamdan yaklaşıldığında vatandaşlığın altında belirtilen hak ve yükümlülükler, eşitlikçi dilde ve genele yönelik ifade edilmekte; cinsiyet, ırk, sınıf, etnik köken farklılıkları nazara alınmaksızın, sahiplenici retorik ile bir bayrağa olan bağlılık biçiminde betimlenmektedir. Thomas Humphrey Marshall, *Citizenship and Social Class In Citizenship and Social Class: And Other Essays*, Cambridge University Press, 1950, s.84; Claudia Wiesner, Anna Björk, “Citizenship In Europe After World War II-The Challenges Of Migration and European Integration”, *Contributions To The History Of Concepts*, Summer Vol. 9, No. 1, 2014, s.52; Linda K.Kerber, “The Meanings Of Citizenship”, *The Journal of American History*, Vol. 84, No. 3, 1997, s.834. Vatandaşlık, şekli içeriği itibariyle vatandaş olan gerçek kişi ile devlet arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri ihtiva eden hukuki ilişkiye işaret ettiği için o devlete aidiyeti; maddi içeriği itibariyle gerçek kişiye ait bir niteliğe işaret ettiği için kişi yönünden bir hukuki statüyü ifade etmektedir. Uluslararası hukukta kabul gördüğü üzere vatandaşlık, kişisel ilişkinin ötesinde bir gerçek kişi ile egemen bir devlet arasındaki siyasi ve hukuki bağıdır. Kay Hailbronner, *Nationality In Public International Law and European Law, Acquisition and Loss Of Nationality Volume 1: Comparative Analyses*, Book Editor(s): Rainer Bauböck, Eva Ersbøll, Kees Groenendijk and Harald Waldrauch, AUP, Rotterdam, 2006, s.35; Nihal Erdener Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, İstanbul, 1968, s.5-6; Fişek, s.9; Seviğ, Seviğ, s.53; Göger, s.5; Aybay, s 2, 20; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 11.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.24; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler*, 7.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.1; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2019, s.21. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda bu husus, “Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür” biçiminde ifade edilmiştir (m.66/1).

<sup>13</sup> Bu itibarla, kanun koyucunun dikkatine sunmak üzere, 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’ndaki gibi yalın biçimde “Türk Vatandaşlığı” ya da “Türk Vatandaş Olma” başlığı ile takdim edilerek bölümlenme yapılmasının; sonradan oluşan Türk vatandaşlığını kendi içinde, yetkili makamın ihması ile yüklenmesi sebebiyle bahsedilen bir statü olduğunu vurgulamak için yetkili makam takdiri ile ve seçme hakkı kullanılarak Türk vatandaşı olma biçiminde tasnif edilerek; yetkili makamın takdiri ile sonradan Türk vatandaşı olacak kişilerin de kendi içinde ilk defa Türk vatandaşı olacak kişiler ve yeniden Türk vatandaşı olacak kişiler olmak

### III. MAHİYET

Kişilerin, doğumdan başka sebeplerle sonradan vatandaşlık edinmeleri, hem bu yeni vasfı yüklenecek yabancılar, ağırlıklı olarak göçmenler, hem de bu yolla vatandaşlık yüklenmiş önceki kişiler bakımından aralarına kimlerin ne tip şartlarla katılacağı açısından çift yönlü önem taşımaktadır. Bu yolun açılması ve mahiyetinin belirlenmesi, devletler nezdinde de, onları mükemmeliyetçi bir seçiciliğe yönleltecek kadar mühim kabul edilmekte; yetkili makamlar tarafından yoğunlaştırılmış bir titizlikle hazırlanmış olan gereklilikler listesinin adil olup olmadığı sorusunu gündeme getirmekte; yabancıları, sonradan vatandaş kılma kararına, hangi bakış açısıyla hangi ilkelerin yön vereceğinin ya da vatandaşlık talep edenlerden yeni toplumlarına karşı ne tür bir bağlılık göstermelerinin bekleneceğinin<sup>14</sup>saptanması gerekmektedir.

Bir yabancıyı, sonradan vatandaş kılma, devletin, kendini temsil eden topluluğu tasarlamak konusunda sahip olduğu kudreti menşe alan; her devletin kendi öz takdirine kalmış ulusal karakterde hukuksal bir işlem olarak nitelendirilmektedir.<sup>15</sup> Devletler, vatandaşlık

---

üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmasının, kavramlar üzerinden doğan sarmalı gideceği düşünülmektedir.

<sup>14</sup> Bir görüşe göre, bilhassa göçmen yabancılar, kendilerini biz ve onlar kutuplaştırmasından sıyrarak halihazırda biz durumuna geçmiş olan insanlarla özdeşleşmeli ve paydaşı oldukları ortak kimliklerine duygusal açıdan bağlanmalıdır. Dolayısıyla burada vatandaşlık talep eden tarafından gösterilmesi gerekli bir çabanın varlığı, araştırma konusu kabul edilmelidir. Diğer bir görüşe göre ise devletler, yine özellikle göçmen yabancıları ağırlıklı olarak merkeze koyan ve sonradan vatandaşlığa geçişi kolaylıkla temin eden yönetim modelleri plânlamalı; geçiş sürecindeki yabancıların, kamusal ve sosyal kurumlara değer vermelerini geliştirerek bu kişilerin, kendilerini evlerindeymiş gibi doğal olarak hissetmelerini sağlamalıdır. Bu iki görüşünün kesişim kümesinde, stratejik olarak, sorgusuz-sualsiz bir varsayım yer almaktadır. Buna göre; bir yabancının sonradan vatandaşlık vasfı edinebilmesi için mutlaka önce belirli tutumları benimsemesi, bazı davranış şartlarını yerine getirmesi gerekmektedir. Böylelikle, uzun süredir göçmen olup da içinde yaşadıkları topluma hâlen yeterli seviyede bağlılık geliştirmemiş ya da uyum sağlamamış bulunanların vatandaşlık taleplerinin reddedilmesinin haklı gerekçesi yaratılmış olmaktadır. Öte taraftan aynı beklentinin doğumla asli olarak vatandaşlık yüklenmiş olup da sosyalleşme ve kimlikleşme sürecini, bahse konu yabancılar gibi, aynı toplumda aynı zaman diliminde birlikte geçirenler için de aranmayışı çelişkili kabul edilmektedir. Eğer, bu bir entegre olma ya da uyumlaşma meselesi ise, durum süreçten ibarettir ve deneyimleme zamanı, doğumla vatandaşlık statüsü yüklenmiş kişiler bakımından da eşittir. Jonathan Seglow, "Arguments For Naturalisation", *Political Studies*: Vol. 57, 2009, s. 788-790.

<sup>15</sup> Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, An-

vasfının kapsamını, diledikleri gibi belirleme ve genişletme imkanını haizdir; bu durum uluslararası hukukta “vatandaşlık konusunda devletin serbestliği doktrini” (*doctrine of the freedom of states in matters of nationality*)<sup>16</sup> ya da “mahfuz yetki” (*exclusive domestic jurisdiction*)<sup>17</sup> olarak tanımlanmaktadır.<sup>18</sup>

kara, 2001, s.31.

<sup>16</sup> Ian Brownlie, *Principles Of Public International Law*, Oxford University Press, 4th Edition, 1996, s. 381.

<sup>17</sup> İç yetki (domestic jurisdiction) ifadesi, Birleşmiş Milletler Antlaşması m.2/vıı’de “işbu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke yedinci bölümde öngörülmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemez” hükmünde geçmekle birlikte bir kavram olarak, devletler nezdinde bugün anlaşıldığı şekli ile, ilk kez Milletler Cemiyeti Mutabakat Metni’nde, somutlaştırılmaksızın, tasarlanmıştır (m.15/vııı). Hangi konuların, iç yetki kavramı ile ilişkilendirileceğine yönelik olarak özellikle ulusal çıkarların garantisi, göçmenlik politikaları, koruyucu tarifeler, tahkim gibi siyasi-hukuki ek-sende yoğun tartışmalar yaşanmış olmakla birlikte vatandaşlık konusunda arafta kalınmamıştır. Böylesi net bir kabulün gerisinde, 19. yüzyılın sonlarında Weis, Blunschli, Cogordan, Rivier gibi yazarların, kişilere, vatandaşlık vasfını yüklemenin, devletlerin tek başlarına karar verecekleri bir konu olduğuna sürekli işaret etmelerinin yer aldığı değerlendirilmektedir. Bugün itibarıyla hâlen sürdürülen uzlaş, vatandaşlık izafesinin, çerçevesi uluslararası hukuk tarafından çizilmiş ve fakat düzenlemesi devletlerin iç hukuklarına saklanmış “a sine qua non” bir konu olduğudur. Juss S. Satvinder, “Nationality Law, Sovereignty, and the Doctrine Of Exclusive Domestic Jurisdiction,” *Florida Journal of International Law*, 9, No. 2, 1994, s.226-231. Bu bakımdan iç yetki kavramı, vatandaşlık hukuku alanında mahfuz (réservé) ya da münhasır (exclusive) yetki biçiminde ifade olunmaktadır. Mahfuz yetkinin sınırlarının, uluslararası hukuktaki gelişmelerle bağıntılı olduğu hususu ilk defa Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’nın 1923 yılında verdiği Tunus ve Fas vatandaşlığı tavsiye kararında belirtilmiş; bu yaklaşım yedi sene sonra Vatandaşlık Kanunlarına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında La Haye Sözleşmesi’nde yinelenmiştir. UNHCR, *Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians*, France, 2005, s.8. Her devletin, takdir hakkına dayalı olarak vatandaşlık vasfının tanımlanması işlemlerinde, hakkın kötüye kullanılması hâlinin en üst sınırı, itiraz konusu oluşturabilmektedir. Zira, vatandaşlık izafesine yönelik işlemlerde de ona dayanak tutulacak bir noktaya gereksinim duyulmaktadır; en aşağı, vatandaşlık talebinde bulunanın insan haklarına aykırı olarak zorla başka bir devletin vatandaşlığında tutulması gibi bir başvurunun varlığı gerekmektedir. Doehring, s.31. Devletlerin, vatandaşlık izafesinde serbest ve saklı yetkilerinin bulunduğu ancak bunun uluslararası hukuka uygun biçimde kullanılması lüzumu üzerinde önemle durulması, vatandaşlığın uluslararası yönüne ve uluslararası hukukun vatandaşlık hukuku alanında da üstünlüğüne dikkat çekilmesi anlamına gelmektedir. Gülin Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan*, 17-18 MHB, Sayı 1-2, İstanbul, 1999, s.232.

<sup>18</sup> Vatandaşlık izafesi, yalnızca devletlerin uhdesinde bir konu olup egemenlik kavramının iç yüzü (internal aspect of sovereignty) ile ilgilidir. İç egemenlik kavramı ise kendi içinde devlet iktidarının kendisi ve iktidarın niteliklerini ifade eden

Kişilerin, doğumdan başka sebeplerle sonradan vatandaşlık edinmeleri, devletler tarafından, vatandaşlığın bir hak olarak yaratılması (*acquisition by entitlement*) ya da vatandaşlığın bir statü olarak yetkili makamın takdiri ile bahşedilmesi (*acquisition by discretionary granting*) şeklinde gerçekleşmektedir. İlk esas, Common-law hukukunda asırlardır bir gelenek olarak uygulanmakta;<sup>19</sup> ikinci esas ise Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup devletler tarafından benimsenmektedir.<sup>20</sup>

Sonradan edinilen vatandaşlık vasfının bir hak olarak yaratılması esasında, yaklaşımı besleyen dört farklı bakış açısı bulunmaktadır. Katkıyı esas alan (*contribution argument*) bakış açısı uyarınca yaşamlarını uzun süredir belirli bir toplumda sakin olarak sürdüren göçmen yabancılar, birlikte yaşama sundukları sosyal katkıları sebebiyle *prima facie* vatandaş olmalıdırlar. Bir diğer ifade ile bu kişilerin, vatandaş olmalarına yönelik temel hakları, birtakım şartlarla tesis edildikten sonra, toplum hayatına katkı sunmalarına rağmen onları, vatandaşlık hakkından mahrum bırakmanın haklı gerekçesi bulunmamakta-

---

iki anlama bölünmekte; vatandaşı belirleme bakımından kural koyma yetkisi ile ilişkili bulunduğu buradan iç egemenlik kavramı ilk anlamı ile kabul edilmektedir. Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s.81-82; Rona Aybay, Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s.263. Doktrinde, her devletin, vatandaşlarını kendi belirleme yetkisinin, milli hukuk düzenleri tarafından benimsenmiş ve fakat açıkça hükme bağlanmamış bir genel hukuk ilkesi olarak değerlendirilmeye uygun olduğu belirtilmektedir. Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, s.13-14.

19 Common Law'a atfedilen pragmatik değerlendirme kıstasında hak kazanmanın temeli, Oliver Wendell Holmes'e ait "uzun süredir zevk alınarak ve ait kılınarak kullanılan her şey ister eşya ister görüş olsun, insanın varlığında kök salmaktadır" sözü uyarınca kök salma fikrinden paye almaktadır. Kökleşmeyi merkeze alan bu yaklaşım, aynı zaman, aynı ilişkiler ve aynı beklentilerde bir süre sonra hukuki açıdan yasal statüde bir değişiklik yapılması zorunluluğunu doğurmakta; hatta demokratik toplumlarda somut ve kapsayıcı bir katılım idealini gerçekleştirmeye yönelik yöntem yaratılmasını önermektedir. Ayelet Shchar, "Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform", *Yale Journal Of Law & The Humanities*, 23, No. 1, 2011, s.113-114.

20 Avrupa'da, insan hakları hukukundaki gelişmelere ve uygulamalara paralel seyirde, belirli kategorilerdeki yabancılara, yargı yoluna başvurma imkanını doğuran hukuki bir bağlanma tevcih edilerek ve sonradan yetkili bir makamın kararı ile vatandaşlık vasfının, bireysel şekilde yüklenmesinin kabul edildiği görülmektedir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde sonradan vatandaşlık yüklenmesinde dilsel özene dikkat edilerek özellikle m.6/iv'te bahsi geçen yedi grup kişi yönünden vatandaşlığın, kolaylaştırılmış şekli ile bir hak olarak değil ve fakat tevcih edileceği ifade edilmiştir. Hailbronner, s.58; Güngör, *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*, s.238.



dır. Bu bakış açısından “katkı” kavramının ölçülebilirlik cetveli geniş açılmalı; örneğin çocuk yetiştiren ve çalışmayan ebeveynler, yetiştirdikleri çocukların gelecekte iş gücüne dahil olup verim üretecekleri düşünüldüğünde, toplumsal katkısı olan kişilerden görülmelidirler.<sup>21</sup>

Üyelik kavramını esas alan (*membership argument*) bakış açısı uyarınca herkesin toplumsal yaşamdaki amaç ve çıkarları bir noktadan sonra aynılaşmaktadır. Joseph Carens tarafından temellendirilen fikri dayanak uyarınca, göçmen yabancılar, buldukları ülkenin vatandaşları ile birlikte yaşamakta oldukları için, o ülkenin insan topluluğunu oluşturan bireylerden biri hâline zaten gelmekte ve bu durum vatandaşlık bakımından, ahlaki prensipte, onlar lehine bir hak yaratmaktadır. Yerleşik göçmenlere vatandaşlık verilmediği takdirde siyasi otoritenin iktidar olma kuvvetini, yönetilenlerin rızasından alması gerekliliği yönündeki ilke zayıflamakta; devam etmekte olan ikamet, sonraki vatandaşlığın nasıl olması gerektiğini yönlendiren tek kaide olmaktan çıkmaktadır.<sup>22</sup>

Saygıyı esas alan (*respect argument*) bakış açısından, vatandaşlığın ampirik varsayımı, bu vasfın ayırım gözetmeyen bütüncül bir statü olarak kabulünü zorunlu tutmakta; felsefi temeli ise ahlaki açıdan eşitlik ilkesine yaslanmaktadır. Bu düşüncede, siyasal toplum, çok yönlü kurumsal bir ağa benzetilmekte, günlük yaşamda aynı süreçlerden geçen herkesin bu ağa, aynı fırsatlarla katılmaları ve imkanlardan faydalanmak hususunda yalnızca insan olma olgusun nazara alınması gerekliliğinin altı çizilmektedir. Bir diğer anlatım ile sosyal yaşama tüm unsurları ile adapte olmuş kişilerin vatandaşlık haklarına saygı gösterilmesi lüzumu; bu kişilerin ne yaptıklarından, neyi başardıklarından ya da pozisyonlarından değil; sırf insan olmalarından kaynaklanmaktadır.<sup>23</sup>

Sonradan edinilen vatandaşlık vasfının bir hak olarak yaratılmasında, cebri esas alan (*coercion argument*) bakış açısı uyarınca göçmen

<sup>21</sup> Jonathan Seglow, “Arguments for Naturalisation”, *Political Studies*, Vol. 57, 2009, s. 791.

<sup>22</sup> Seglow, s. 794. Carens’in düşünsel temelini attığı sosyal üyelik görüşü üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. Peter C. Meilaender, “Liberalism and Open Borders: The Argument of Joseph Carens”, *International Migration Review*, 33, No. 4, 1999, s.1062-1081.

<sup>23</sup> Seglow, s. 797-798.



yabancılar, vatandaş olma hakkını kendileri için yaratan devletlerin hukuk düzeninin bir parçası hâline geldiklerinde hukukun zorlayıcı gücünün etkinliği, onlar için de geçerli olmaktadır. Asimetrik problemlerle ilgilenmeyen söz konusu esasın temelinde basit bir anlayış yer almaktadır. Buna göre, gönüllü olarak göç edilen ülkelerin hukuk düzenlerine tabi olan yabancıların, vatandaşlık hakkı elde etmelerinin beraberinde getirdiği sonuç, bu kişilerin hukuk düzenini değiştirme iradesi /gücü olarak kabul edilen oy verme hakkına da eriştiklerinin kabulüdür.<sup>24</sup>

Vatandaşlığın, sonradan ve bir statü olarak yetkili makamın takdiri ile bahşedilmesine yönelik esasın gerisinde ise devletlerin egemenlik hakkı yer almaktadır. Buna göre, yabancıların, vatandaşlık talep ettikleri devletin kanunlarında aranılan şartları sağlıyor olmaları hâlinde yalnızca vatandaşlık için başvuru yapma hakları doğmakta; buna karşılık devletler, ilgilileri vatandaş kılma yönündeki takdiri, yetkili bir makamın kararına bırakmaktadır. Dolayısıyla bu bakış açısından vatandaşlık, yabancılar, siyasi otoritenin inisiyatifine dayalı olarak yüklenmektedir.<sup>25</sup> Yetkili makam, kanuni şartları taşıyan yabancıyı vatandaş kılıp kılmamakta kesinlikle bir serbestiye sahiptir.<sup>26</sup>

II.Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının ve ulus üstünlüğün Kıta Avrupasında kurumsallaştırılması ile birlikte devletler, "*haklara sahip olma hakkı*" prensibinin özüne sadık kalsalar bile, kendilerinden vatandaşlık talep eden kişileri, Thomas Humprey Marshall'ın yönlendirmesiyle

<sup>24</sup> Seglow, s. 792-793.

<sup>25</sup> Vatandaşlık konusunda yetkili makamın muhtariyetinin, bir lütuf olduğu; aleyhine itiraz ve müracaat hakkının doğmadığı yönünde bkz. Seviğ, Seviğ, s.94, Fişek, s.53; Doğan, s.70 aksi yönde görüş için bkz. Uluocak, s.43. Ülkemizde özellikle 1930 ve 1940'lı yıllarda, Bakanlar Kurulu tarafından tesis edilen bazı kategorideki idari işlemlere karşı açılan davalar, Danıştay tarafından yargı denetimi dışında tutulmuştur. Zira Danıştay bu tür işlemleri devletin siyasi tasarrufları olarak nitelendirilmiş ve bu işlemlerin devletin yüksek menfaatlerini korumak amacıyla tesis edildiğini belirterek bu kategorideki idari işlemlere karşı açılan davaları görev noktasından reddetmiştir. 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ve Anayasa'nın "yargı denetimi" başlıklı 114/1 maddesinde "idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" hükmünün yer alması ile hükümet tasarrufu uygulaması sona ermiştir. Cemil Kaya, "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 7, Ankara, 2016, s. 638.

<sup>26</sup> Fişek, s.53; Seviğ, Seviğ, s.91.

rini tayin ettiği<sup>27</sup> tam vatandaşlık vasfına eriştirip eriştirmemek hususundaki titiz seçiciliğe devam ederek; vatandaşlığın mahiyetinin belirlenmesinde takdir olgusuna yaslanan klasik gerçekçi yaklaşımı terk etmemişlerdir.<sup>28</sup>

Yabancıların vatandaşlık taleplerine cevap verilirken, vatandaş olma iradesini ortaya koyan ilgililerde bu iradeyi destekleyecek kuvvetli dahili bir bağlantının<sup>29</sup> varlığı gözetilmektedir. Bu bakımdan vatandaşlığın, sonradan ve bir statü olarak yetkili makamın takdiri ile bahşedilmesine yönelik olarak değinilmesi gereken önemli bir konu, siyasi otoritenin, bu yolla vatandaş kılınanlardan kendi öz kimliklerini ne ölçüde terk etmelerini bekleyeceği meselesidir. Söz konusu durum, vatandaşlığın sonradan oluşumunu “hak” kavramı ile bağdaştıran anlayışta, sonradan vatandaş olanların, politikacıların siyasi üstünlüklerinden nispeten daha az etkilenecekleri anlamında yorumlanabilmektedir; zira siyasi irade başlangıçta, sonradan vatandaş olmanın şartlarını belirli bir politik anlayış çerçevesinde tespit etmekte; bu doğrultudaki kabul iradesini baştan açıklamaktadır. Buna karşılık takdir kararı ile oluşacak vatandaşlıkta, siyasi irade, politikasını değiştirdiğiçe toplumsal sosyal çehre de değişmektedir.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Marshall, vatandaşlık kavramının yön kazanımlarını, İngiltere ve tarihsel süreçteki gelişmeler üzerinden açıklamaktadır. Vatandaşlığın muhtevası, 18.yy’da medeni haklara; 19.yy’da siyasal haklara; 20.yy’da ise sosyal haklara ilişkindir. Medeni haklar, kişisel özgürlükleri, mülkiyet hakkını ve kişiye bağlı diğer hakları içermektedir; siyasal haklar, kişilerin siyasal iktidarın kullanımına katılmalarını sağlayan haklardır; sosyal haklar ise belirli bir ekonomik refah düzeyi ve toplumdaki pay almaya yöneliktir. Burada önemli olan, hangi yönde gelişim gösterirse gösterecek, vatandaşlığın vasıf eşitliği yaratabilmesidir. Thomas Humphrey Marshall, Tom Bottomore, Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar, Çev. Ayhan Kaya, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s.6-9. Hâli ile, münferit alanlarda yaşanan gelişmeler, ancak birbirlerine etki ederek vatandaşlığın bütüncül görünümünü yaratmaktadır. Ancak, medeni, siyasi ya da sosyal alanlardaki gelişim ve bunların vatandaşlığın muhtevasına katkısı aynı düzeyde olmayabilir; dolayısıyla vatandaşlığı, vasfın tanımlanması yönünden birleşik, tek görünümlü kabul etmek ve fakat muhtevası yönünden bölünemez görmemek gerekmektedir. Michael Lister, “Marshall-ing Social and Political Citizenship: Towards A Unified Conception Of Citizenship”, Government and Opposition, Vol. 40, No. 4, Cambridge, 2005, s.474-475.

<sup>28</sup> Wiesner, Björk, s.53.

<sup>29</sup> Ergin Nomer, Vatandaşlık Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s.55.

<sup>30</sup> Sonradan vatandaş olup; topluma entegre edilmiş insanlardan, dil, giyim ya da dini alışkanlıklar gibi kendi özgün kültürlerinin önemli özelliklerini sosyal yaşamda kaybetmeleri; bu özelliklerini yalnızca özel yaşamlarında sürdürmeleri beklenmektedir. Bu ise göçmen azınlıkların haklarını savunularının, bilhassa vatandaşlığı üst bir kimlik olarak değerlendiren görüşte, vatandaşlık kimliğini bes-

Yeni literatürde, takdir kararına etki eden etmenler yalnızca siyasi dairede toplumsal refah üretimine odaklanılarak değerlendirilmemekte; küreselleşmenin yadsınamaz yansımalarından birisi olarak ekonomik refah üretimine doğru yön değiştirmektedir. Neo-komünitarist bu bakış açısından vatandaşın kim olacağını belirleyen sebepler, istihdam talep eden sivil toplumun ruhundan doğmaktadır. 1980'lerden bu yana Batı Avrupa ülkelerinde ağırlıkta bulunan bu türdeki yaklaşımlar, ideolojik politikanın alternatifi olarak sosyal ortaklar üzerinde tesis edilecek yeni bir hegemonik yönetim anlayışını yaratmaktadır.<sup>31</sup>

Vatandaşlığın, sonradan ve bir statü olarak yetkili makamın takdiri ile bahşedilmesi ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer konu, bu şekilde oluşan vatandaşlık statüsü, çifte ya da çok vatandaşlık hâli ile ilişkilendirildiğinde, yetkili makamın takdirine, *tabiiyetin gerçekliği ilkesi* etrafında içerik kazandırma gerekliliğinin doğmasıdır. Burada vatandaşlık, daima bir tercihi kapsadığı için söz konusu tercihin "gerçek" olup olmadığının tespitinin ilgili kişinin vatandaşlığını kazandığı devletle fiili bağlantılarını, onlara üstün bulunup bulunmadığının ortaya çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Tercih, ancak fiili bağların güçlü olduğu devlet lehine yapılmış ise gerçek olmakta; başka bir devlet lehine yapılmışsa toplumsal gerçeği sağlıklı yansıtmadığı için sözde kalmaktadır.<sup>32</sup>

---

lemediği gerekçesi ile temel itiraz konusunu oluşturmaktadır. Alejandro Roberto Alba Meraz, *Complex Citizenship and Globalization, Philosophy of Globalization*, Book Editor(s): Concha Roldán, Daniel Brauer and Johannes Rohbeck, 2018, s.19. Örneğin İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, 1945-1973 yılları arasında Fransa'da agresif şekilde yükselen nüfusu artırma retorikğine rağmen vatandaşlık tercihinde, asimile edilmesi daha kolay yabancıların seçilmesi politikası izlenmiştir. Rainer Bauböck, Eva Ersbøll, Kees Groenendijk, Harald Waldrauch, *Acquisition and Loss of Nationality Policies and Trends in 15 European States Volume 2: Country Analyses*, Amsterdam University Press, 2006, s.192.

<sup>31</sup> Alba Meraz, s.19.

<sup>32</sup> Adalet Divanı'nın Nottebohm kararında bu husus, şu soru sorularak tartışılmıştır: "telsiki anında Nottebohm geleneği ile, yerleşme tarzı ile, ilgi ve çıkarları ile, faaliyeti, aile ilişkileri ile, yakın geleceğe yönelmiş niyetleri ile bütün devletlerden fazla Liechtenstein'a bağlı gözükmekte midir? Telsikten sonra Nottebohm'un yaşayış şekline ilişkin unsurlar değişse dahi, gerçeklik niteliğinin yoksunluğu sebebiyle vatandaşlık statüsünün devamlılığı sorguya açılabilir mi?" Burada hatırlanması gereken konu, uluslararası hukukta bir yabancıнын sonradan vatandaş kılındığı hâllerde, takdir kararını izleyen dönemdeki davranışlarının vatandaşlık statüsünün geçerliliğini olumsuz manâda etkileyecek bir kuralın mevcut olmadığı; çifte ya da çok vatandaşlık hâlinde ise bu durumun aksi yönde sonuç verebilme ihtimalinin bulunduğuudur. Çünkü uluslararası hukukta önemli olan çifte ya da çok vatandaşlık hâlinde ilgili yabancıyı bir kez daha vatandaş kılma takdirinde

5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nda "*Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanun'da belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak<sup>33</sup> sağlamaz*" hükmü yer almaktadır (m.10/1). Hükmün ifade biçiminden, Türk vatandaşlık hukukunda, vatandaş olma talebini kanuni şartların yanı sıra yetkili makamın takdiri yetkisi çerçevesinde yerindelik değerlendirmesine konu eden yaklaşımının benimsendiği anlaşılmaktadır.<sup>34</sup>

#### IV. YETKİLİ MAKAM KARARI İLE SONRADAN VATANDAŞ OLMAYI BELİRLEYEN KİSTASLAR

Yetkili makam kararı ile sonradan vatandaş olmayı belirleyen kıstaslar, vatandaşlığın sosyal yönü ile ilgili tutulup; uygulamalardan tam olarak bağımsızlaştırılmasa da, soyut bir kuram olarak değeri-

---

bulunan makamın hangi koşullar altında bu tercihe yöneldiğinin araştırılması, kararın ciddi bir karakter taşıması ihtimalinde tercih edilen yeni vatandaşlığın uluslararası hukukta geçerliliğinin kabul edilmemesidir. İlhan Ünat, Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966, s.72-74.

<sup>33</sup> Doktrinde, hükümde geçen "mutlak hak" ifadesinin yanlış anlaşılmalara yol açabileceği değerlendirilmektedir. Nomer, 2019, s.77. Kanaatimizce, kanun koyucunun "mutlak hak" ifadesini, herkese karşı ileri sürülebilen sınırlı sayıdaki hak biçiminde kavramsallaşmış olan anlamı ile kullanmadığı açıktır. Türk vatandaşlık hukukundaki geleneksel yapı göz önünde bulundurulduğunda mutlak kelimesi ile, hakka yönelik bir sınıflandırma yapılmadığı bilakis kelimenin, yüklem zarfı olarak "kesinlikle" anlamında kullanıldığı tereddüt yaratmamaktadır. Öte yandan aynı görüşe dahil olan ikinci itiraz konusuna katıldığımızı belirtmek isteriz. Hükmün lafzında "hak" kelimesinin tercih edilmesi, vatandaşlık talep eden kişiler lehine yaratılmış bir menfaat durumunu dolaylı olarak çağrıştırmaktadır. Burada, konu ile ilgili terminolojinin yeknesaklaştırılmamasından ve dikkatsizlikten kaynaklandığı düşünülmektedir.

<sup>34</sup> Güngör, Tabiiyet Hukuku, s.77. Danıştay 10. Dairesi'nin 27.03.2019 tarihli ve E.2014/5151, K.2019/2555 kararında Türk vatandaşlığının sonradan ve yetkili makam kararı ile oluşumunda "devletin hükümlerine yetkisinin gözetildiği" ifade edilmektedir. (Erişim) <https://kazancı.com.tr> - ET:04.12.2020. Aynı Dairenin bir başka kararında (E.2014/5151, K.2019/2555) Türk Vatandaşı olma konusundaki taleplerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak idarenin, devletin egemenlik hakkına dayalı takdir yetkisinin bulunduğu ancak "bu yetkinin ilgililer hakkında yeterli araştırma ve soruşturma yapıp, soruşturma sonucuna göre, hukuken geçerli bir nedene dayanılması gerektiğinin de açık" olduğu belirtilmektedir. Bir diğer kararda (E.1995/512, K.1995/2119) vatandaş kılma kararının devletin egemenlik hakkını ilgilendiren yönüne ve hükümetin takdirinde olduğuna dikkat çekildikten sonra "karar verilirken uzun vadeli genel güvenlik ve siyasi menfaatlerin korunmasının amaçlandığı" vurgulanmaktadır. Yakup Bal, Mustafa Karabulut, Yahya Şahin, Danıştay 10. Daire Kararları, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.446, 653, 659.

dirilebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu yüzyılda hızla artan sınır aşıcı nüfus hareketleri ve küreselleşmeye dayalı olarak daha heterojen yapıya geçen toplumların ihtiyaçlarını karşılamak ile ulus-devlet kimliğini muhafaza etmek arasında gidip gelen dalgalanmada, sonradan vatandaş olmayı sağlayacak şartların tespitindeki hukukilik, adillik ve samimiyet tartışmaya açık hâle gelmektedir. Mühim olan husus, toplumsal bütünlüğün kurgulanması aşamasındaki bakış açısının ne şekilde saptanacağıdır. Devletler, vatandaşlığın gelişiminde, ölçülebilir, denetlenebilir, yönlendirilebilir kriterlerin yaratılması vasıtasıyla ideal bir vatandaşlık imajı çizmeye çalışmaktadır; ancak teorik düzeydeki kristallik, hayat pratiğine aynı biçimde yansımamaktadır.<sup>35</sup>

Vatandaşlığın gelişiminde, bir devlete sonradan bağlanabilme imkânı, doğumla vatandaş olmaya nazaran daha geç zamanda olgunlaşmıştır. Sonradan vatandaş olma, bugünkü anlamı ile, 20. yy başlarında, tasarlanmaya başlanmıştır.<sup>36</sup> Her ne kadar devletler, referans

<sup>35</sup> Evrensel prensipte vatandaşlık vasfı, bu kimliği üzerinde taşıyanların sahip oldukları haklar ve yükümlülükler sebebi ile, onları kendi arasında ayırtırmamaktadır. Dolayısıyla sonuç yönlü düşünüldüğünde, vatandaş olduktan sonra başlayan evrede herkesin statüsü aynıdır. Bir pasaporta sahip olmak, seçimlerde oy kullanmak gibi asli bileşenler, vatandaşlık vasfının, kişiye sağladığı yasal haklardır. Bu hakların dağıtılmasında vatandaşlar arasında bir ayırım bulunmadığı, teoride, kabul edilmektedir. Buna mukabil günlük yaşamda sosyal avantajlar ve dezavantajlar ile birlikte düşünüldüğünde sonradan vatandaş olmaya yönelik kısıtlar belirlenirken konunun, politik düzlemde, basitçe bir dahil etme ya da hariç bırakma meselesi olarak tasarlandığı söylenebilir. Yani başlangıç aşamasında, grup içi (biz) ve grup dışı (onlar) olmak üzere kendi içinde ikiye bölünmüş bir bakış açısıyla göçmeler, düşük gelir düzeyine sahip işçiler ya da toplumsal tabanda kabul gören bir başarısı olmayanları grup dışında bırakmaya çalışmak gösterilmeyen hedeftir. Değerlendirilme süreçlerinde ise vatandaş olma kriterlerini taşımalarına rağmen başvuruçular arasında, uluslararası hukuktaki sınırlamaya rağmen, ırk, cinsiyet, sınıf ya da dine göre belirgin bir eleme yapıldığı tespit edilebilmektedir. Bu da akla, bir uyarılma atfı ile, George Orwell'in Hayvan Çiftliği isimli eserinde geçen "bütün hayvanlar eşittir. Bazı hayvanlar biraz daha eşittir" sözünü getirmektedir. Suleman Lazarus, "Some Animals Are More Equal Than Others: The Hierarchy Of Citizenship In Austria", 8(3) Laws 1, 2019, s.2-4.

<sup>36</sup> Sonradan vatandaş olma imkanını sağlayan yasal hükümlere ilişkin en eski örnek, 18.yy'da, yalnızca bir bağlılık yemini yeterli gören, Rusya'dır. Bu anlayış, ilk komünist anayasada da (1918) sürdürülmüş; Rusya, uzunca bir süre herhangi bir resmi koşul dayatmadan Rusya'da sakin olan yabancılara vatandaşlık sağlamıştır. Sonradan vatandaş olma imkânı, Avrupa'da 19.yy'ın sonlarından itibaren tartışılmaya başlanmıştır; 20.yy başlarındaki ilk uygulamalarda bu imkan yabancılarla, ikametini yanı sıra mevcut vatandaşlığın terk edilmesi (Fransa hariç) şartı ile tanınmıştır. Sonradan vatandaş olma imkanının kabul edildiği ilk dönemde Avrupa ülkelerindeki yasal düzenlemeler, bu imkândan yalnızca erkeklerin fayda-

aldıkları kıstaslardan hareketle bu imkândan faydalanacak kişilerde aranılacak şartları belirlerken, egemenlik haklarından gelen serbestiden geniş ölçüde faydalansalar dahi bu konuda, iki dünya savaşının tecrübe tortusu itibariyle, uluslararası hukukun kontrolüne tabi olmaya dayalı bir sınır da çizilmiştir. Bu bağlamda “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin<sup>37</sup> birinci maddesinin üçüncü fıkrasında, ırkçılığın vatandaşlık ölçütü olarak kullanılmamasını temin etmek üzere “Sözleşme’de yer alan hiçbir husus, belli bir ülke vatandaşlığına karşı ayırım gözetmemesi kaydıyla, Sözleşme’ye taraf devletlerin uyrukluk, vatandaşlık, vatandaşlığa kabul konularına ilişkin yasal düzenlemelerini etkileyecek şekilde yorumlanamaz” hükmüne yer verilmiştir. Sözleşme’nin giriş paragrafında, dünyanın bazı bölgelerinde hâlen var olan ırk ayrımcılığı ve apartheid, ayrımcılık veya ayırım politikaları gibi ırk üstünlüğü veya ırk düşmanlığı üzerine kurulu hükümet politikaları endişe verici olarak tanımlamakta; özellikle yerli ve mukim halka yönelik vatandaşlık ayrımcılığının reddedildiği ifade edilmektedir. Fakat aynı Sözleşme, var olan toplumun

---

landırılmasına ilişkin olup; konuya yönelik politikalarda açıkça cinsiyet ayrımına gidildiği görülmüştür. Bu dönemde, bir kadının, kendisi ya da kendisi ile birlikte çocukları adına bir başka devletin vatandaşı olma başvurusunda bulunması mümkün değildir; kadın ve çocuklar daima erkeği takip etmiştir. Andrei Stavilâ, ‘Citizens-Minus’ and ‘Citizens-Plus’ A Normative Attempt to Defend Citizenship Acquisition as an Entitlement Based On Residence, Thesis Submitted For Assessment With A View To Obtaining The Degree Of Doctor Of Political and Social Sciences Of The European University Institute, Florence, 2013, s.32. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise, göçmenlik temelli bir tarihe sahip olunması sebebi ile, sonradan vatandaş olma imkânı, genellikle yasal barikatlarla birlikte tanınmıştır. Benzer şekilde, Amerika Birleşik Devletleri ile ilişkili bir diğer tutarlı ve aşılama-yan sorun olan ırkçılık, vatandaşlığa kabul rejimine yönelik kriterler belirlenirken bir diğer engeli oluşturmuştur. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nda sonrada vatandaşlığa kabul ile ilgili yetki açıkça federal yönetimlere tahsis edilmiş; Kongre’ye yeknesak bir vatandaşlık kuralı oluşturma yetkisi verilmiştir. Kongre, 1790 yılındaki ilk oturumda Amerika Birleşik Devletleri’nde iki yıl ikamet eden -bu süre 1790 ılında beş yıla çıkarılmıştır- “özgür beyaz kişiler” in sonradan Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olabilmelerini, ahlaklı karakter sergilemek ve anayasayı desteklemeye yönelik bir yemin etmek şartları ile birlikte, mümkün kılmıştır. Peter J. Spiro, EUDO Citizenship Observatory Report On Citizenship Law: United States Of America, 2015, s.5.

<sup>37</sup> Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 (XX) sayılı BM Genel Kurul kararı uyarınca kabul edilerek imza ve onaya açılmış; 19. madde uyarınca, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu sözleşmeyi 03.04.2002 tarihli ve 4750 sayılı Kanun’la uygun bulmuştur (RG: 09.04.2002 (T); 24721(S)).



dışındakilere ilişkin olarak kısıtlayıcı kriterler getirmemektedir.<sup>38</sup> Benzer yönde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin<sup>39</sup> beşinci maddesinde, vatandaşlık bağının kurulmasında her türlü ayrımcılığın yasaklandığı ifade edilmektedir.<sup>40</sup> Bu hüküm, hiç şüphesiz vatandaşlık statüsünün sonradan yüklenilmesi ile daha çok ilgilidir. Anılan yasağa uyulmamasının yaptırımını, Sözleşme'nin üçüncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, sonradan yaratılmış vatandaşlık statüsünün, diğer devletler nezdinde tanınmayacak oluşudur.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde iç savaşın ardından ve on dördüncü anayasa değişikliğinin kabul edilmesi ile birlikte 1870 yılında Kongre, Afrika doğumlu ve Afrika kökenli yabancıların, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olabilmelerini kabul etmiştir. Ancak bu kabul, sonraki vatandaşlıkta siyahlar ve beyazlar arasındaki tercihte açıkça ayırım gözetilmesi anlayışının terk edilmesine yol açmamıştır. Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlığı için uygun görülmeyen bir diğer topluluk, Asyalılardır. 1882 tarihli Çin Dışlama Yasası uyarınca Çinliler, Bhagat Singh Thind davasında Yüksek Mahkeme tarafından "ortak anlayış uyarınca yeterince beyaz olmadıkları" ifade edilen Güney Asyalılar ve benzer gerekçe ile Japonlar, öjenik odaklı yaklaşımlara dayalı olarak sonradan Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olma imkanından dışlanmışlardır. İkinci Dünya Savaşı ile birlikte, vatandaşlığa kabul sürecinde jeopolitik gerçeklik, ırksal niteliklerin göz ardı edilmesi anlayışının benimsenmesine yol açmış; 1943 yılından itibaren Çinliler, 1946 yılından itibaren Filipinliler ve Güney Asyalılar, 1952 yılından itibaren de Japonların, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlığını sonradan elde etmelerinin önü açılmıştır. Spiro, s.5. Amerika Birleşik Devletleri'nde hâlen yürürlükte olan Göç ve Yurukluk Kanunu'nun (Immigration and Nationality Act-INA) 12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısımında "Vatandaşlığa Kabul İçin Uygunluk" başlığı altında "bir kişinin Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olma hakkı, ırk veya cinsiyet nedeniyle ya da bu kişinin evli olması sebebiyle reddedilemez" hükmü yer almaktadır (§1422).

<sup>39</sup> Türkiye, bu Sözleşme'ye taraf değildir.

<sup>40</sup> "The rules of a State Party on nationality shall not contain distinctions or include any practice which amount to discrimination on the grounds of sex, religion, race, colour or national or ethnic origin" (m.5/1).

<sup>41</sup> Güngör, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, s.233. Her ne kadar uluslararası sözleşmeler vasıtası ile taahhüt edilmiş olsa da devletlerin, yetkili makam kararı ile sonradan vatandaşlık vasfını yüklerken ölçümledikleri kriterler birbirinden farklıdır ve çeşitli ayrımcılık motifleri taşımaktadır. Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması, İnsan Hakları ve Çocuk Hakları Komitelerinin çeşitli tarihli raporlarında devletlerin, sonraki vatandaşlıkla ilgili olarak ayrımcılık içeren uygulamalarından endişe duyulduğu ifade edilmektedir. Bu türden bir endişenin yükselmesine yol açan devletler arasında, vatandaşlığa kabul sürecinde etnik Korrelileri, isimlerini değiştirmeye zorladığı için Japonya; etnik Çinlilerin, sonradan vatandaş olmalarını engellediği için Kore; fiziksel ya da zihinsel yeterliliği bulunmayanları kabul etmediği için Panama; Müslüman olmayanları kabul etmediği için Kuveyt bulunmaktadır. Spiro, s.727.



Vatandaşlığın sonradan yüklenilmesi ile ilgili olarak uluslararası hukukun kontrolünün ihtiyaç duyulduğu bir diğer sınırı, devletlerin halefiyeti ve göç konuları şekillendirmektedir. Bu pencereden bakıldığında vatansızlığın azaltılmasına yönelik uluslararası bir hedef gözetildiği; ikamet edilen devlet nezdinde vatandaşlığa erişimin önünün açılması çabasının sarf edildiği görülmektedir. Bununla birlikte devletlerin, sonradan vatandaş kabullerinde, yalnızca ikameti baz alan tek bir kriterle yetinmeyerek, coğrafi sınır ve fiziken bulunma şartına ilaveten yeni kriterler belirlemekten geri duramayışları, insan hakları savunucularının eleştirisi oklarını yönelttikleri konulardan birisi biçiminde karşımıza çıkmaktadır.<sup>42</sup>

Devletler, yetkili makam kararına dayanan sonraki vatandaşlıkta, yakınlık temelini de kıstas olarak alabilmektedir. Bu bağlamda bazı devletlerin tarihsel, dini ya da etnik yakınlık ilişkisi sebebiyle vatandaşlığa kabul sürecinde öncelikli ve ayrıcalıklı bir tercih yarattığı bilinmektedir. Mesela, İsrail'deki Geri Dönüş Yasası uyarınca uygun nitelikteki Yahudiler, kurucu topluluğa ait kabul edildikleri için, İsrail'e yerleştikten sonra vatandaşlık hakkına kavuşmaktadır.<sup>43</sup> Mesela, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Kosta Rika hukukuna göre bir yakınlık tercihi onaylamıştır.<sup>44</sup> Benzer şekilde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin resmi açıklayıcı raporunda taraf devletlerin, diğer bazı devletlerin vatandaşlarına daha uygun muamele yapabilecekleri ifade edilmektedir.<sup>45</sup> Türk hukukunda Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup; yerleşmek amacı ile tek başına veya toplu hâlde Türkiye'ye gelerek 5543 sayılı İskân Kanunu<sup>46</sup> hükümlerine göre göçmen olarak kabul edilen kişiler, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 12.maddesi uyarınca istisnai hâller kapsamında sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olabilmektedir.

<sup>42</sup> Spiro, s.721.

<sup>43</sup> Spiro, s.727.

<sup>44</sup> Spiro, s.727.

<sup>45</sup> Council Of Europe, Explanatory Report To The European Convention On Nationality, 1997, ETS No. 166, prg. 41 (Erişim) <http://conventions.coe.int/Treatylen/reports/html/166.htm>

<sup>46</sup> RG: 26.09.2006 (T); 26301 (S)

## V. SONRADAN VE YETKİLİ MAKAM KARARI İLE TÜRK VATANDAŞI OLMANIN BAŞVURU ŞARTLARI

### A) 5901 SAYILI TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU'NDAN ÖNCE

Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün 1895 yılında düzenlediği Cambridge topkantisından çıkan ve vatandaşlık hukukunun gelişimini yönlendiren “herkes vatandaşlığını değiştirme hakkına sahip olmalıdır” ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Beyânnamesi ile 1948 yılında evrensel insan hakkı (m.15/ı) olarak da teminat altına alınmış bir ilkedir.<sup>47</sup> Söz konusu ilkenin Türk vatandaşlık kanunlarındaki yansımalarından birisi, yabancıya, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olma imkanının tanınması biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

Sonradan ve yetkili makam kararı ile vatandaş olma imkânı yönünden mülga 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na bakıldığında, Tabiiyeti Osmaniye Kanunnamesi'nde olduğu gibi<sup>48</sup>, başvuru için, iki şartın birlikte gerçekleşmesinin yeterli kabul edildiği görülmektedir. Düzenlemeye göre, sonradan Türk vatandaşı olma iradesini bir dilekçe ile ortaya koyan yabancıнын, kendi ülkesinin kanununa göre reşit sayılması<sup>49</sup> ve Türkiye'de kesintisiz beş yıldan beri ikamet etmesi gerekmektedir (m.5).<sup>50</sup> Akabindeki düzenlemenin terminolojisinden anlaşıldığı üzere, söz konusu şartlar, sonradan ve yetkili makam kararı ile ilk defa Türk vatandaşı olmanın olağan, yani alışılmış bulunan-normal şartlarıdır. Takdim edilen bağlamda, bazı yabancıların, ikamet şartını sağlamamış olsalar dahi, uygun görüldükleri takdirde olağanüstü olarak vatandaşlığa kabul edilebilecekleri düzenlenmiştir (m.6).<sup>51</sup> Türk

<sup>47</sup> Güngör, Tabiiyet Hukuku, s.35-36.

<sup>48</sup> “Sinni rüşde vasıl olan bir ecnebi, memaliki Osmaniye’de alettevali beş sene ikamet eylediği hâlde bizzat veya bilvasıta Hariciye Nezareti celilesine bir istida takdimi ve tabiiyeti Devleti aliyeyi istishsal edebilir” (m.3).

<sup>49</sup> Herhangi bir işlemin ifasında dahi ehliyet şartının arandığı göz önünde bulunduğunda sonradan Türk vatandaşı olmak için başvuran yabancılar için, böyle bir iradeyi açıklama yeterliğinin araştırılması gerekliliği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak Tabiiyeti Osmaniye Kanunnamesi'nden farklı olarak rüşet yaşının hangi kanuna göre araştırılacağı ile ilgili olarak ilk defa, 1312 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu’da düzenleme yapılmıştır. Seviğ, Seviğ, s.92.

<sup>50</sup> “Türkiye’de alettevali beş sene ikamet eden ve memleketi kanununa göre reşit olan bir ecnebi Türk vatandaşlığını talep ve İcra Vekilleri Heyeti kararı ile iktisap edebilir” (m.5).

<sup>51</sup> “Yukarıdaki maddede yazılı ikamet şartını ifa etmemiş olan ecnebler, istisnai

vatandaşlığına kabullerinin olağanüstü yoldan gerçekleşeceği ifade edilen bu yabancılara yönelik düzenlemede, yalnızca olağan kabuldeki ikamet şartının gözetilmemesi ve bu yabancılar bakımından beşinci maddedeki kuralın içermediği yeni şartların istenmemesi sebebiyle<sup>52</sup> altıncı madde hükmünün, beşinci madde hükmüne ilişkin tutulmuş olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla 1312 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'ndaki sistematığın, lafzi mânada, doğru kurgulandığı değerlendirilebilmektedir.

403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu uyarınca, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığı, ikamet şartı olarak genel, ikamet ve yerleşme niyetini teyit şartları aranmaksızın istisnai ve yeniden olmak üzere üç yoldan gerçekleşmektedir.<sup>53</sup> Kanun koyucu altıncı maddede<sup>54</sup> belirtilen yedi farklı niteliğin<sup>55</sup> hepsine sahip yabancılara sonradan ve yetkili makam kararı ile ilk defa Türk vatandaşı olma hâlini, "genel" yol olarak tarif etmiştir. "Genel" kelimesinin güncel Türkçe sözlükteki birinci anlamı, "bir şeye veya bir kimseye özgü olmayıp onun bütün benzerlerini içine alan"; ikinci anlamı, "ayrıntıları göz önüne alınmayarak bütünü bakımından ele alınan" demektir. İki anlamda da "genel" kelimesi, İngilizcedeki gibi, tümü etkileyen (*affecting all*) manâsında kapsayıcı bir kafiye çıkmaktadır.<sup>56</sup> Demek ki, sonradan ve

---

müsaadeyle layık görüldükleri takdirde İcra Vekilleri Heyeti kararı ile fevkalade olarak vatandaşlığa kabul edilebilirler" (m.6).

<sup>52</sup> Doktrinde bir yabancıнын bu yoldan Türk vatandaşı olabilmesi için, beşinci maddede aranan ikamet şartının yerini, istisnai muameleye layık görülmek şartının aldığı değerlendirilmektedir. Hicri Fişek, s.63.

<sup>53</sup> "Yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınma; ikamet şartı olarak genel, ikamet ve yerleşme niyetini teyit şartları aranmaksızın istisnai ve yeniden olarak üç yolla mümkündür" (11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.9).

<sup>54</sup> "Vatandaşlığa alınmasını isteyen kişi, a) Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk Kanununa göre reşit olmalıdır. b) Müracaat tarihinden geriye doğru Türkiye'de 5 yıl ikamet etmiş olmalıdır. c) Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etmiş olmalıdır. ç) İyi ahlak sahibi olmalıdır. d) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığı bulunmamalıdır. e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmektedir. f) Türkiye'de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmalıdır".

<sup>55</sup> 11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 10. maddesinde sonradan ve yetkili makam kararı ile genel yoldan Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılarda aranacak şartların, vatandaşlık vasfı yönünden ölçülebilir özellikler, yani "nitelikler" olarak takdim edildiği görülmektedir.

<sup>56</sup> Genel kelimesi, Fransızcada geniş, bol anlamına gelen "général" sözcüğünden

yetkili makam kararı ile ilk defa Türk vatandaşı olma yönünden kural, yabancıların, hükümde geçen yedi farklı niteliğin tümüne birden sahip olmasıdır. Söz konusu düzenlemeyi takip eden yedinci maddeye bakıldığında ve genel kelimesi, zıt anlamı olan “özel” kelimesi üzerinden düşünüldüğünde, yalnızca belli kişi veya belli şey'e ait bulunan ya da benzerlerinden ayrılmasını sağlayan bir özelliğe sahip olan mahsusluk durumu karşımıza çıkmaktadır. Yedinci maddede, mahsus bazı yabancıların ilk defa Türk vatandaşı olmaları hâli düzenlenmekte ve fakat bu kişilerde aranılacak başvuru şartları yönünden altıncı maddedeki genel şartlardan sapılarak farklı kriterler ihdas edilmediği; tersine sonradan yetkili makam kararı ile genel yoldan vatandaş olma için aranılan şartların bazılarında vazgeçildiği;<sup>57</sup> diğer bir ifade ile mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun yedinci maddesinde belirtilen istisnai yolun, altıncı maddede aranılan başvuru şartlarına ilişkin tutularak düzenlendiği görülmektedir. Bu bakımdan altıncı maddede hüküm altına alınan durum için seçilen “genel” kelimesinin, mülga 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanun'daki anlayışa benzer şekilde “olağan” kelimesinin dengi kabul edildiği;<sup>58</sup> hem 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu hem de 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'teki sistematüğün, lafzi mânada, kanun koyucunun maksadını yansıttığı değerlendirilebilmektedir.

## B) 5901 SAYILI TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU MADDE 11

Mevcut Türk Vatandaşlığı Kanunu, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olacak yabancıların başvuru şartlarını 11. maddede, sekiz bent hâlinde, düzenlemektedir. Kanun'da, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmayı sağlayacak farklı yollar bulunduğu düşünüldüğünde 11. maddede belirtilen şartların, hangi yoldan Türk vatandaşı olacak yabancılar için arandığının ifade edilmediği; Kanun metnindeki belirsizliğin, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te giderildiği görül-

[ -al] eki alarak serbest çağrışım yolu ile türemiştir. (Erişim) <https://www.etimoloji.com/kelime/genel-ET:30.12.2020>

<sup>57</sup> 403 sayılı mülga TVK m.7: “...6. maddenin (b) ve (c) bentlerindeki şartlar aranmaksızın...”; benzer yönde 11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.11: “...10.maddenin (b) ve (c) bentlerindeki şartlar aranmaksızın...”

<sup>58</sup> Güngör, Tabiiyet Hukuku, s.85.

mektedir. Yönetmeliğin 14.maddesinde ilk olarak, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmayı sağlayacak yollar takdim edilmiş; akabindeki 15. maddede ise, Kanun'un 11. maddesinde sayılan şartlar; "*Türk Vatandaşlığı'nın Genel Olarak Kazanılması*" başlığı altında tekrarlanarak hükme bağlanmıştır.<sup>59</sup>

Doktrinde, 11. maddede düzenlenen başvuru şartlarının yalnızca bu kapsamda Türk vatandaşı olacak yabancılar bakımından aranılacağı; kanun koyucunun sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmayı sağlayan diğer yollar bakımından farklı şartlar ihdas ettiği ifade edilmektedir.<sup>60</sup> Kanaatimizce, Kanun'da, konunun "*kazanma*" kavramı ile takdiminin yanı sıra<sup>61</sup> sistematik açıdan algılamayı zorlaştıran husus, 11 maddenin devamındaki düzenlemenin başlığının "*istisnai*" olarak seçilmesidir. Zira istisna kelimesi, ihtiva ettiği kural dışılık anlamı ile birlikte düşünüldüğünde daima bir genel duruma yani kurala referans vermekte; bu sebeple, istisnanın kuralı bozmayacağı kabul edilmektedir. Kanun koyucu, bazı mahsus yabancılar bakımından, şartları hafifletilmiş bir başvuru basamağı düzenlemek niyetinde ise bu kişilerin genel başvuru şartlarından hangisi ya da hangilerinden muaf olduklarını bildirmelidir. Eğer maksat, bazı özel durumu haiz yabancılar bakımından yeni şartlar getirmekse o zaman bu kişi gruplarının takdiminin münhasıran yapılması ve durumlarının ayrı ayrı hükümlerle düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> TVK 11. maddenin başlığının genel olarak vatandaşlığı kazanma olarak değiştirilmesinin yerinde olacağı yönündeki değerlendirmeler için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, "*Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı İçin Bazı Öneriler*", *TBB Dergisi*, Sayı 81, Ankara, 2009, s.6; Rifat Erten, "*Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler*", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı 4, Ankara, 2008, s.44.

<sup>60</sup> Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, s. 85; Doğan, *Vatandaşlık*, s.72-73. Fikrimizce farklı şartlar ihdas edilmiş olması 11.maddedeki şartların dışlanacağı anlamına gelmemekte; sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmayı sağlayan diğer yollar bakımından şartların, ek şart ya da 11.maddedeki şartların yeniden formüle edilmiş hâli ile hükme bağlanabileceği değerlendirilmektedir.

<sup>61</sup> Bkz. dip not 14

<sup>62</sup> Amerika Birleşik Devletleri Göç ve Uyrukluk Kanunu'nda (INA) sonradan Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olmaya ilişkin hükümler, "Yabancılar ve Uyrukluk" başlığını taşıyan sekizinci kısmın on ikinci bölümünde düzenlenmektedir. Konuya ilişkin sistematik uyarınca öncelikle yetkili makamın neresi olduğu belirtilmekte (§1421(a)), ardından vatandaşlığa kabul için uygunluk şartları başlığı altındaki hükümlere yer verilmekte (§1422); vatandaş olması yasak kişiler ayrıca belirtilmekte (§1424), vatandaşlık başvurusunun şartları, "gereklilikler" başlığı al-

Gerek 1312 gerekse 403 sayılı TVK'da sistematik genel kural ve ve bu kuralın ihtiva ettiği şartlardan muaf olanlar biçiminde kurgulanmıştır. Bu bakımdan 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'na gelinceye kadar "*istisnai*" ifadesinin, anlamı ve kapsamı itibariyle yerinde kullanıldığı değerlendirilmektedir.

TVK 11.maddeye tümünden bakıldığında, sayılan şartların, yeni bir topluma uyum sağlamayı kolaylaştıran, birliktelik içinde akıp gidecek bir yaşamla bağ kuran, yakınlaştıran şartlar olduğu söylenebilmektedir. Vatandaşlığın sosyal yönü üzerinden düşünüldüğünde, toplumsal bütünleşme gerçek bir hedef ise, 11. maddede sayılan şartları, bu hedefin temelini atan şartlar olarak kabul ederek sonradan ve yetkili makam kararı ile, özellikle ilk defa Türk vatandaşı olacak yabancıların hepsi<sup>63</sup> bakımından aramanın daha ikna edici olacağına inanılmakta; bu bakımdan TVK m.11'deki şartların sonradan yetkili makam kararı ile ilk defa vatandaş olmayı sağlayan tüm yollar bakımından kanuni<sup>64</sup> ortak küme şartları olarak kabul edilebileceği

---

tında (§1427) sayılmaktadır. Söz konusu genel gerekliliklerin bazılarında muaf tutulan kişi grupları aynı bölüm ilişğinde takdim edilmektedir. Kanun'da genel kuraldan ayrı hükümlerle, evli kişiler ve belirli kâr amacı gütmeyen kuruluşların çalışanları (§1430), Amerika Birleşik Devletleri dışında doğan ve yasal olarak daimi ikamet için kabul edilen çocuklar (§1431), önceki vatandaşlar (§1434), Amerika Birleşik Devletleri'ne bağlı bazı uzak ülkeler ahalisi (§1435-1436), Filipin vatandaşları (§1437), II.Dünya Savaşı'nda yabancı ülke silahlı kuvvetlerine katılan ve vatandaşlığını kaybedenler (§1438) ile silahlı kuvvetler mensuplarının vatandaş olma şartları düzenlenmektedir. §1445 ve devamında ise başvuru usul ve esasları hükme bağlanmaktadır.

<sup>63</sup> Doktrinde TVK m.11'de aranılan şartların, Türkiye ile entegrasyon bağlamında, söz konusu maddede aranılan şartlardan başka herhangi bir özelliği olmayan kişiler bakımından uygulanacağı ifade edilmektedir. Doğan, s.73. Bizce, TVK m.11'de aranılan şartlardan başka "herhangi bir özelliğe sahip olmayan kişiler" biçimindeki değerlendirme, azımsayıcı bir yaklaşım türetilmesine imkân bırakmakta; TVK m.11 dışında kalan yollardan birisine başvuracak yabancılar, sahip oldukları "özellikler" sebebi ile yüceltilmişler gibi algılanabilmektedir. Mesele, Türk toplumu ile bütünleşme ve millet olma duygusunu hissetmeye yakınlaşma ise, TVK m.11 dışında kalan yollardan biri ile, özellikle ilk defa Türk vatandaşı olmak için (TVK m.12/c-zaruret harici), başvuracak kişiler bakımından da hiç değilse, iyi ahlaklı olmalarının, Türkçe bilmelerinin beklenmesi gerektiği düşünülmektedir.

<sup>64</sup> TVK m.11'de sıralanan şartlar, vatandaşlık başvurusunda bulunabilmek için gerçekleşmesi gerekli olan kanuni şartlardır. Nomer, 2019, s.80. Bunun anlamı, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, Anayasa m.66/ııı ile uyumlu olarak Türk vatandaşlık hukukunda kanunilik ilkesinin varlığı ve önemine işaret etmektedir. Bu bakımdan yetkili makam, TVK m.11 kapsamında takdir hakkını kullanırken Kanun'da yer almayan yeni şartlar oluşturamaz. Güngör, Tabiiyet Hukuku, s.52; Doğan, s.71. TVK m.11'deki şartların asgari şartlar olduğu ile ilgili aksi yönde-



düşünülmektedir. Öte taraftan, şartlara kendi içinde bakıldığında bazıların yeterlik bazılarının ise yetkinlik; bir diğer ifade ile uygunluk ve mükemmellik şartları olarak tasarlanmış olduğu belirtilebilir; gerekliliği, göreceliği tartışmaya açılabilir. Söz konusu açıdan yaklaşıldığında idarenin, sonradan ve yetkili makam kararı ile özellikle ilk defa Türk vatandaşı olacak kişileri kabule yönelik şeffaflığı ve samimiyeti sorgulanır hâle gelmektedir.<sup>65</sup>

TVK m.11'de "birlikte aranır" şeklinde pekişmiş bir ifade tarzı benimsenmemiş olsa da Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.17'de düzenlenen başvuru için gerekli belgelere bakılarak değerlendirildiğinde, TVK m.11'deki şartların tamamının, başvuran her yabancı yönünden araştırılacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.<sup>66</sup> Aşağıda TVK 11. maddedeki<sup>67</sup> şartların incelenmesine çalışılacaktır.

---

ki görüş için bkz. Bahadır Erdem, Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.110.

<sup>65</sup> Yetkili makamların yıllarca süren ikamet, dil yetkinliği, yeterli gelir, temiz bir sabıka kaydı ve iyi ahlak kriterlerindeki ısrarcılığının yerindeliği, bu şartların duygusuzca tasarlanmış, öznel yaklaşıma ve araştırmaya kapalı, zorlayıcı şartlar olarak kabul edilmesini müsait kılmaktadır. Bu bakımdan eliptik bakış açısının ürünü olan söz konusu zorlayıcı şartları yabancılara dayatarak ideal bir yasal zemin yaratmaya odaklanıldığı kadar, vatandaşlık talebi ile ilgilenilerek yabancılardan bu vasfı, kişiliğin bir parçası hâline getirecek davranışları sergilemeleri ve ortak erek ve inançta birleşmelerini temin edecek sosyolojik şartların neler olduğuna yoğunlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Seglow, s. 789.

<sup>66</sup> Vatandaşlık işlemlerinin yürümesi için bu şartların hepsinin gerçekleşmiş olması ve bunun yetkili Komisyonca tespit edilmesi gerekmektedir (TVK m.18). Nomer, 2019, s. 80. TVK m.11'deki şartların Türk vatandaşı olmak için yetkili makama başvuracak her yabancı için her durumda mutlaka aranacak olması sebebiyle "genel şartlar" ifadesinin kullanılabilmesi ile ilgili görüş için bkz. Tiryakioğlu, s.82.

<sup>67</sup> "(1) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda;  
a) Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,  
b) Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek,  
c) Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek,  
ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak,  
d) İyi ahlak sahibi olmak,  
e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,  
f) Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak  
g) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak, şartları aranır".



## 1. Kendi Milli Kanununa, Vatansız ise Türk Kanunlarına Göre Ergin ve Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmak

TVK m.11/1-a (TVKUY m.15/1-a) hükmünde, sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmak isteyen yabancıların, bu yön-deki iradelerini bir form dilekçe<sup>68</sup> ile açıkladıkları sırada, hem ergin hem de ayırt etme gücüne sahip olmaları istenmektedir. Kanun ko-yucu, iki şartı, [ve] bağlacı sebebiyle, birlikte aradığı için bunlardan birinin yokluğu hâlinde başvuru şartı gerçekleşmemiş sayılmakta; bir diğ-er ifade ile yabancı ergin değilse ayırtım gücüne sahip olması ya da ayırtım gücüne sahip değilse ergin olması başvuru yeterliğini sağ-lamamaktadır. Bir ya da birden çok devletin vatandaşı olan yabancılar ile uluslararası koruma statüsüne sahip yabancılar bakımından bu iki şartın gerçekleşip gerçekleşmediği kendi milli kanunlarına göre araş-tırılmaktadır.<sup>69</sup>

Erginlik, kişilerin belirli bir ruhsal ve düşünsel gelişim düzeyine ulaşmış olduklarının göstergesi kabul edilen yaş sınırını ifade etmek-tedir. Kanun koyucular erginlik yaşını, toplumlarının sosyal ve doğal gereklerine göre serbestçe belirlemektedirler.<sup>70</sup> Bu bağlamda birçok ül-kede, ebeveyn izni olmaksızın vatandaşlık başvurusu yapabilmek için aranılan yaş sınırı, erginlik yaşı olarak kabul edilen on sekizdir.<sup>71</sup>

Ergin kişiler, kaideten, ayırtım gücüne sahip kabul edilmekte; bu itibarla ayırtım gücünün varlığı ayrıca ispat edilmemektedir. TVK m.11/1-a'da, mülga Türk vatandaşlığı kanunlarından farklı olarak, ayırtım gücü ilaveten vurgulanmış; yabancı'nın kendi milli kanununa göre ayırtım gücüne sahip sayılması da istenmiştir.<sup>72</sup> Burada akla, er-

<sup>68</sup> Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.17/1-a

<sup>69</sup> TVKUY m.3/e'de "ergin", 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na (RG: 08.12.2001 (T); 24607 (S)) göre ergin kişiyi ifade eder demekle, erginlik statüsünün yalnızca Türk hukuku tarafından araştırılacağı izlenimini yaratmakta dolayısıyla TVK m.11/a'da geçen "kendi milli kanununa göre" ifadesi ile örtüşmemektedir.

<sup>70</sup> Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri-Ki-şiler Hukuku, Birinci Cilt, 5.B., Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s.310.

<sup>71</sup> (Erişim) <https://globalcit.eu/acquisition-citizenship/> - E.T: 11.01.2021. Ergin-lik yaşı Almanya ve Fransa'da 1974 yılına kadar 21; İsviçre'de 1996 yılına kadar 20'dir. Akipek, Akıntürk, s.310.

<sup>72</sup> 1981 tarihli İngiliz Vatandaşlık Kanunu'nda, 1.listede belirtilen belgelerle birlikte vatandaşlık başvurusunda bulunmak için ergin ve ehliyet şartının arandığından bahsedilmekte (Section 6); "Interpretation" başlıklı 50.kısım 11/a maddesinde erginlikten 18 yaşına ulaşmış bulunma, tam ehliyetten ise zihin sağlığının yerin-delighinin anlaşılacağı hükme bağlanmaktadır. Vatandaş olma talebi yönünden, kişinin ergin ve ayırtım gücünü haiz bulunmasının istenmesinin, vatandaşlık ba-

ken evre alzheimer ya da başka çeşit bir bunama teşhisi konmuş veya ayırtım gücünü kaybedip tekrar kazanmış veyahut çok yaşlı bir yabancı, Türk vatandaşı olma iradesini ortaya koyduğu sırada şuurlu davranma şartını sağlayıp sağlamadığının kendi ülkesinden temin etmiş olduğu bir nöropsikolojik değerlendirme raporu ile anlaşılacak istenmiş olup olmadığı sorusu gelmektedir. Böyleyse, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.17'de sayılan başvuru belgeleri arasında, kişinin akli yeteneği haiz bulunduğunu ispatlayan bir belgenin aranmadığı görülmektedir.

Erginlik ve ayırtım gücü, fiil ehliyetinin olumlu şartlarıdır. Eğer bir ya da birden çok devletin vatandaşı olan yabancılar ile uluslararası koruma statüsüne sahip yabancıların ehliyet durumları, kendi milli kanunlarına göre belirleniyorsa vatandaşlık başvuru hakkının kullanımını hususunda da kendi hukuklarının takibi gerekmektedir. Zira ergin ve ayırtım gücünü haiz bulunup da kısıtlanmış kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanım şekilleri, farklı düzenlenmiş olabilir. Buna karşılık Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te başvurunun bizzat ya da bu hakkın kullanılmasına ilişkin özel vekâletname ile yapılabileceği ifade edilmektedir (m.64/1).<sup>73</sup> Buradan yasal temsilcinin, kısıtlanmış bir yabancıyı temsilen vatandaşlık işlemlerine girişemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Vatansızlar bakımından ise, erginlik ve ayırt etme gücü şartının sağlanıp sağlanmadığının Türk kanunlarına<sup>74</sup> göre araştırılacağı bil-

---

ğının niteliği, sözleşme olarak tanımlanırsa uygun olacağı; vatandaşlık, devletin egemenlik hakkından doğan bir vasıf olarak yükleniliyorsa kişinin ergin olmasının yeterli geleceği; bu bakımdan ayırtım gücüne sahip olmayan ve fakat ergin olan bir yabancı, yetkili makam kararı ile vatandaş olmayı talebe hakkı bulunduğu ifade edilmektedir. Göğer, s.61.

<sup>73</sup> Avrupa Birliği üyesi yedi ülkede, Avusturya, Bulgaristan, Çekya, Hırvatistan, Lüksemburg, Slovakya, Hollanda, vatandaşlık başvurusunun bizzat ilgili kişi tarafından yapılması yasal bir zorunlulukken diğer ülkelerde başvuru bizzat ya da posta yolu ile yapılabilmektedir. Malta'da 2017 yılında yapılan yasa değişikliği ile ayırtım gücüne sahip olmayanlar adına vatandaşlık başvurularının, mahkeme izni ile temsilcileri tarafından yapılabilmesi mümkün kılınmıştır.

EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 10, 23 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

<sup>74</sup> Türk Vatandaşlığı Kanunu m.11/1-a'da, vatansızlar bakımından erginlik ve ayırt etme gücü şartı, birden fazla Türk kanununa göre araştırılacakmış gibi çoğul bir ifade kullanılmasına karşın TVKUY m.15/1-a'da değerlendirmenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre yapılacağı açıkça ifade edilmiştir.

dirilmektedir (TVK m.11/1-a). Türk Medeni Kanunu bakımından ergin ve ayırtım gücüne sahip<sup>75</sup> vatansızlar, kısıtlı değillerse, Türk vatandaşı olma başvurularını bizzat ya da bu hakkın kullanılmasına ilişkin özel vekâletname ile yapabilmektedir (TVKUY m.64/1). Türk Medeni Kanunu bakımından ergin ve ayırtım gücüne sahip vatansızlar, Türk hukukuna göre kısıtlanmışlarsa Türk vatandaşlığına başvurmak için vesayet ve denetim makamlarından izin almaları gerekmektedir (TMK m.463/11). Buna karşılık vatansız kişi yabancı hukuka göre kısıtlanmışsa Türk vatandaşlığına bizzat mı izin koşulu ile mi başvurabileceğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.

Erginlik ve ayırtım gücü birlikte arandığından Türk kanunlarına göre ergin ve fakat ayırtım gücünü haiz olmayan vatansızların, TVK m.11 kapsamında Türk vatandaşlığı başvurusunda bulunmaları mümkün değildir.

Sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olma başvurularının incelenmesi bakımından, erginlik ve ayırtım gücü şartının, TVKUY m.16'dan farklı olarak tek başına ön kontrol şartı olarak değerlendirilmesinin; Vatandaşlık İnceleme Komisyonunun sekreteryaya hizmetlerini yürüten il müdürlerine,<sup>76</sup> yeterli şartını sağlamayan başvuru dosyalarını derhal reddetme yetkisi verilmesinin vatandaşlık başvuru sürecinin hızlandırılmasına etkisi olacağı düşünülmektedir.

## 2. Başvuru Tarihinden Geriye Doğru Türkiye'de Kesintisiz Beş Yıl İkamet Etmek

Sonradan vatandaş olmayı sağlayan şartlar tercihindeki en eski ve vazgeçilmek istenmeyen şart, ikamet şartıdır. Bununla, insan hakları çemberinden muhafaza edilecek bir toplumsal bütünleşme hedeflenmekte; ahlaki bakış açısından yabancılar ile yerleşik yabancıların vatandaş kılınmaları için hukuki bir usul ve olanak yaratılmaktadır.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Türk hukukunda erginlik, on sekiz yaşın doldurulması ile başlamaktadır (TMK m.11/1). Ancak evlenme (TMK m.11/11) ya da ergin kılınma (TMK m.12) yolu ile erken erginlik de kabul edilmektedir. Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, Türk Medeni Kanunu'na göre ayırt etme gücüne sahiptir (TMK m.13).

<sup>76</sup> Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.70/1.

<sup>77</sup> Peter J. Spiro, "A New International Law Of Citizenship", *American Journal of International Law*, 105, no. 4, 2011, s.698. İkamet şartı, Amerika Birleşik Devletleri'nin

İkamet şartının yerine getirilmesi, vatandaşlık talebinde bulunan kişi ile devletin tanışmasına yol açmaktadır.<sup>78</sup> Bu bağlamda hem devlet hem de ilgili kişi bakımından lüzumlu ve faydalı addedilmektedir.<sup>79</sup>

Devletlerin büyük bir çoğunluğunda ikamet, bir çeşit şartlı deneme olarak, talepte bulunan kişi bakımından temel başvuru yeterliği biçiminde aranmakta ve süresi, genel olarak beş yıl şeklinde düzenlenmektedir.<sup>80</sup> Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde müracaat tarihin-

---

kurucuları tarafından, vatandaşlığa eşlik eden siyasi hakların kullanılmasında sorumluluğunun gerekli bir koşulu olarak tasarlanmıştır. 18.yy şartlarında demokrasilerin görece istisnai konumuna dikkat çekmek için kullanılmıştır. 1795 yılında Kongre görüşmelerinde bir üye, despotik, monarşik, aristokrat hükümetlerin te-balarının Amerikan topraklarına ayak basar basmaz ülke yönetimine katılmaya yetkili olabilecekleri aceleci bir düzenlemeye karşı çıkılabilmesi için vatandaşlık izafesinde ikamet şartının kıymetine dikkat çekmiştir. Spiro, EUDO Citizenship Observatory Report, s.5. Amerika Birleşik Devletleri'nde vatandaşlığa kabul şartı olarak ikamet, 1790 yılında 2 yıl; 1798 yılında 2-14 yıl arasında değişecek şekilde; 1802 yılında 5 yıl olarak düzenlenmiştir (Erişim) [www.uscis.gov/policy-manual/volume-12part-f-ET:03.11.2020](http://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12part-f-ET:03.11.2020).

78

Fişek, s.56.

79

Devlet bakımından lüzumlu ve faydalıdır çünkü bu süre zarfında devlet, isteklinin hâl ve kimliğini soruşturarak vereceği karar ile suistimallerin, hilelerin, birtakım ihtilafların önüne geçmiş ve kendisine muzır olacak unsurlardan vücudunu korumuş olmaktadır. Kişi bakımından lüzumlu ve faydalıdır çünkü bu süre zarfında kişi, göçe yönelirken kurduğu hayal ve düşüncelerinin yerindeliğini kontrol etme fırsatı bulmuş; alınamayacağı bir topluma, düşünmeksizin bağlanmaktan ötürü duyacağı pişmanlıktan ve zarar görmekten uzak kalmış olmaktadır. Seviğ, Seviğ, s.93. İkamet şartı, doktrinde, "vatana bağlılık şartı" olarak nitelendirilmiştir. Uluocak, s.45.

80

Avrupa Birliği üyesi tüm ülkelerde sonradan ve olağan yoldan vatandaşlık başvurusunda bulunabilmenin şartlarından bir tanesi olan ikamet şartında süreler, 3 ile 10 yıl arasında değişebilmekte (Polonya'da 3, Bulgaristan'da 3 ya da 5, Malta'da 6, Slovakya-Macaristan ve Almanya'da 8, İtalya'da 10, Avusturya'da 6 ya da 10 yıl); bu bağlamda asgari ikamet süreleri, mülteciler, eşler, küçükler, vatansızlar, engelliler ve belirli bir yaşta olan üçüncü ülke vatandaşları bakımından farklı düzenlenebilmektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 15-18 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020. Finlandiya ve Norveç'te Nordik ülkelerinin vatandaşları (Danimarka-Norveç-Finlandiya-İsveç-İzlanda) için ikamet şartı, 5 yıl olarak değil 2 yıl olarak aranmaktadır. İspanya'da Latin Amerika ülkeleri, Andora, Ekvator Ginesi, Filipin vatandaşları ve Seferad kökenli kişiler bakımından 10 değil 2 yıl; bunlardan İspanyol topraklarında doğanlar bakımından 1 yıl olarak uygulanmaktadır. Almanya'da toplumsal bütünleşme yönünden özel başarı olarak kabul edilen B1 seviyesinde dil becerisi olanlar bakımından 8 değil 6 ya da 7 yıl olarak uygulanmaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 15-18 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

Pek çok üye ülkede (Bulgaristan-Hırvatistan-Slovakya-İsveç hariç) asgari ikamet süresi içinde kısa süreli tatil, aile ziyareti gibi devamsızlıklar ikamet süresinden kesinti olarak kabul edilmezken; devamsızlık süreleri, 6-18 ay arasında değişkenlik gösterebilmektedir. Örneğin Lüksemburg'da üçüncü ülke vatandaşı olan yabancı, ülkeden 6 aydan fazla süreli ayrılacaksa ülkeden çıkışını belediyeğe bildirmek ve ikamet iznini teslim etmekle yükümlüdür. Avusturya ve Belçika'da devamsızlık süresi, asgari ikamet süresinin %20'sini geçmemelidir. Çek Cumhuriyeti'nde başvuru tarihinden geriye doğru 5 yıl içinde en az 30 ay kesintisiz ikamet kanıtlanmak zorundadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 15-18 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

İkamette kesintiye izin veren bazı ülkelerde başvurudan önceki dönem bakımından bazı özel koşullar ihdas edilebilmektedir. Örneğin Kıbrıs ve İrlanda'da başvuru tarihinden önceki 1 yıl içinde kesintiye izin verilmemektedir. Bu bağlamda İrlanda Adalet ve Eşitlik Bakanlığı tarafından 2016 yılında getirilen 6 hafta kuralı uyarınca başvuru tarihinden önceki 6 hafta içinde tatil, iş toplantıları, aile düğünü, yas ya da acil tıbbi durumlar sebebiyle kısa süreli devamsızlıklara müsaade edilmektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 15-18.

(Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

Avusturya Federal İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan bir değerlendirmede sınır ötesi insan hareketliliğinin artışı ile birlikte başvuru sahipleri yönünden ülkede fiziksel olarak bulunma koşulunun sağlanmasında güçlükler yaşandığı ifade edilmiştir. Aynı yönde Polonya'da bir iş sözleşmesine bağlı olarak işveren talimatı ile Polonya sınırları dışında çalışan yabancılar, bunların eş ve çocukları bakımından devamsızlık süresi dikkate alınmamaktadır. Almanya, menşe ülkesinde askerlik hizmetini yerine getirenlerin kesinti sürelerinin uzatılmasına izin vermektedir. Yunanistan'da üniversite çalışmaları ile sağlıkla ilişkili mücbir sebepler, kesinti sürelerinin uzatılmasına olanak sağlamaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 15-18 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

İkametten anlaşılan, ülkede yasal ve fiziksel olarak bulunma koşulu ile tanımlanan etkili ikametir ve koşulları ülkeden ülkeye değişkenlik gösterebilmektedir. Mesela Fransa'da ikametten, Fransa'da geçirilen süre, aile durumu, küçüklerin yaşadığı yer, geçim kaynaklarının yeterliği ve devamlılığı gibi ölçümlenebilir kriterler göz önünde bulundurularak sürekli bir yaşama yönelik menfaatlerin sabit biçimde toplandığı yer anlaşılmaktadır. İsveç'te ikamet değerlendirilmesinde nesnel ve öznel unsurlar kullanılmaktadır. Buna göre nesnel unsur, başvuru sahibinin ülkede yasal olarak ikamet etmesi; öznel unsur İsveç'te ikamet etme niyetini taşımaktır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 15-18 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

Amerika Birleşik Devletleri'nde vatandaşlık başvurusu için aranılan ikamet süresi, başvuru tarihinden önce ve sürekli ikamet için yasal olarak kabul olunduktan sonra en az kesintisiz 5 yıldır. Bu sürenin en az yarısını oluşturan süre boyunca, bunun da en az üç ayı, bavurunun yapıldığı eyalet ya da hizmet bölgesinde olmak kaydı ile, Amerika Birleşik Devletleri'nde fiziksel olarak bulunulması gerekmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1427(a)(1)(2)). Ancak beş yıllık ikamet süresi, hayır kuruluşlarında rahiplik, rahibelik gibi dini görev ya-

den geriye süresi on yılı aşmamak kaydı ile<sup>81</sup> ikamet, vatandaş olma başvurusunun bir şartı olarak düzenlenmektedir<sup>82</sup>. Ancak Sözleşme uyarınca, her üye devletin, ülkesinde hukuka uygun olarak mutaden sakin bulunan kişilere vatandaş olma imkânı tanıma taahhüdünde

panlar, Amerika Birleşik Devletleri'nde mezhepler arası misyonerlik faaliyetinde bulunanlar bakımından kesintisiz ve fiziksel olarak bulunma şartı ile 1 yıl olarak işletilmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1428(2)).

Vatandaşlık başvurusunun yapıldığı tarihten hemen önceki veya başvurunun yapıldığı tarih ile §1147(a) uyarınca herhangi bir duruşma tarihi arasında Amerika Birleşik Devletleri dışında geçirilen süre 6 aydan fazla ve fakat 1 yıldan az bir süre ise, başvuranın Amerika Birleşik Devletleri'ni terk etmediği yönünde başvarıda haklı kanaat oluşmadığı sürece ikamet kesinti sayılmaktadır. Vatandaşlığa kabul başvurusundan önce veya sonra Amerika Birleşik Devletleri dışında geçirilen süre 1 yıl ve daha fazla bir süre ise her halükârda ikamet kesinti sayılmaktadır (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1427(b)).

Ancak,

- Amerika Birleşik Devletleri'ne daimi ikamet için yasal olarak kabul edildikten sonra fiziksel olarak ülkede bulunan ve en az bir yıl süre ile kesintisiz ikamet ettikten sonra Amerika Birleşik Devletleri hükümeti için sözleşmeli personel olarak istihdam edilen

- Başsavcılık tarafından yasal olarak tanınan bir Amerikan araştırma kurumunda istihdam edilen,

- Amerika Birleşik Devletleri'nin dış ticaretinin geliştirilmesi amacı ile faaliyet gösteren Amerikan tabiiyetinde bir şirket veya hisselerinin %50'sinden fazlası Amerika Birleşik Devletleri şirketlerine ya da kuruluşlarına ait bir şirkette/yan kuruluşunda yahut Amerika Birleşik Devletleri'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşmaya dayalı olarak faaliyet gösteren uluslararası bir organizasyon/kuruluş tarafından istihdam edilen

- Başsavcıyı tatmin edecek şekilde 1 yıldan uzun süre boyunca hükümet ya da bir kurum adına bilimsel araştırma yapmak, dış ticaretin gelişimi ile uğraşmak veya bu ülkelerdeki mülkiyet haklarını korumak için yurt dışında bulunma zorunluluğu olanların ikamet sürelerinin hesaplanmasında kesinti olduğu kabul edilmektedir.

<sup>81</sup> Bu sınırlamanın gerisinde, ikamet şartına ilave şartların istenmesinin yanı sıra özellikle, Liechtenstein'in 30 yıl, Sovyetler Birliği sonrası Letonya'nın 16 yıl, 1999 yılındaki değişiklikten önce Almanya'nın 15 yıl biçiminde düzenlenmiş olan aşırı uzun ikamet sürelerine yöneltilen itirazlar ile vatandaşlığa kabulde mümkün olduğu nispete devletler arası yaygın uygulama yaratma düşüncesi yer almaktadır. Spiro, *A New International Law of Citizenship*, s.698. Birinci Dünya Savaşı'nda verilen kayıplar sebebiyle Fransa'da yeni vatandaşların varlığına ihtiyaç duyulduğundan göç, teşvik edilmiş; 1927 yılında Fransız Cumhuriyeti'nin o güne kadar en liberal yasası onaylanarak yeni vatandaşlık düzenlemeleri uyarınca göçmenlere uygulanan ikamet süresi 10 yıldan 3 yıla indirilmiştir. Bauböck, Ersböll, Groenendijk, Waldrauch, s.190. Üç yıllık ikamet süresi, yabancının önemli bir hizmette bulunduğu hâllerde ya da yabancının bir Fransız kadınla evli olduğu durumlarda bir yıl indirilerek iki yıl olarak uygulanmıştır. Marcel Sauvagnac, *Practical Guide to Naturalisation in France: The Acquisition, Loss and Recovery of French Citizenship*, Bluebook 21st ed., Stevens and Sons, London, 1909, s.57.

<sup>82</sup> Güngör, *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi*, s.238.



bulunacağı yönündeki bu düzenleme, vatandaşlığa geçişin bir lütfetan çok hak olarak tasarlandığı yorumlamasına geçit vermektedir.<sup>83</sup>

Türk vatandaşı olmak isteyen kişilerin, başvuru tarihinden geriye doğru beş yıl Türkiye’de kesintisiz ikamet etmiş olması gerekmektedir (TVK m.11/1-b-TVKUY m.15/1-b).<sup>84</sup> TVK Genel Gerekeçe’ye göre Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet etmiş olmak, Türk vatandaşı olmak isteyen kişinin, Türkiye’yi yaşamak istediği yer olarak benimsediğine ve Türk toplumuna uyum sağladığına ilişkin yeterli bir göstergedir.<sup>85</sup>

TVK m.11/1-b (TVKUY m.15/1-b) uyarınca, önce ikamet etme şartının yerine gelmesi; daha sonra bu ikamet kesintisiz olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. TVK m.15, Türkiye’de ikamet ne anlaşıldığını hükme bağlamaktadır. Buna göre, “*bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye’de oturmaktır*”. O hâlde Türk kanunlarına göre oturmak, Türkiye’de ikamettir. İkametten ne anlaşılması gerektiği TVKUY’da da tanımlanmıştır: ikamet, “*yabancıнын yasal ikamet izni ile Türkiye’de bulunmasıdır*”. İki hükmün birlikte değerlendirmesinden, Türkiye’de Türk kanunlarına göre oturmak, yasal ikamet izni ile oturma sonucu çıkmaktadır (TVKUY m.3/1-h).<sup>86</sup> Bir diğer ifade ile,

<sup>83</sup> Spiro, A New International Law of Citizenship, s.698.

<sup>84</sup> Sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olma başvurusu bakımından Türkiye’de ikamet etme süresi, 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda olduğu gibi beş yıl olarak belirlenmiştir. Ancak, Türk soylu yabancılar için bu süre, 31.12.2010 tarihine kadar iki yıl olarak uygulanmıştır (5901 s.TVK Geçici m.1). 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu tasarısına yönelik olarak hükümetin teklif ettiği metinde ikamet süresi, müracaat tarihinden geriye doğru son üç yılı kesintisiz geçmek şartıyla beş yıl olarak tasarlanmıştır.

(Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MM\\_/d01/c020/mm\\_01020127ss0267.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/MM_/d01/c020/mm_01020127ss0267.pdf) -ET:23.11.2020.

1312 sayılı Mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu’na yönelik olarak İstanbul milletvekili Tevfik Kâmil Bey’in (2/17) numaralı teklifinde ikamet süresi, vatandaşlığa kabul edilen yabancıнын karısı ile reşit çocuğu için iki yıl olarak öngörülmüştür. Türk vatandaşı olan yabancıların, dört yıl boyunca Türkiye Büyük Millet Meclisine üye seçilememeleri; bu şartın istisnai yoldan vatandaş olacaklar bakımından da geçerli kabul edilmesi önerilmiştir

(Erişim) <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d03/c004/tbmm03004080ss0185.pdf> -ET:23.11.2020.

<sup>85</sup> Kanaatimizce, zamanın göreceliği, yaşam tecrübelerinin farklılığı, kişisel ve meslek özellikleri sebebiyle Türk toplumuna uyum sağlanmış olduğunun belirteci olarak kullanılan beş yıllık sabit sürenin içeriği ve neticesi, her başvuran için aynı olmayabilir.

<sup>86</sup> Doktrinde, bizim de katıldığımız bir görüş, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in, vatandaşlık başvurusu yönünden geçerliliği



Türk Vatandaşlığı Kanunu anlamında, bir yabancı için ikamet, iradi yerleşim yerine (*ikametgah*) karşılık gelmemekte; yabancının Türkiye’de bir yerleşim yeri<sup>87</sup> sahibi olmasını gerektirmemekte;<sup>88</sup> buna karşılık Türk vatandaşı olmak isteyen yabancının Türkiye’de beş yıl/daha uzun süreden beri bir ikametgahı varsa, ikamet şartı evveliyetle yerine gelmiş sayılmaktadır.<sup>89</sup>

Bir kişinin, Türkiye’de yasal ikamet izni<sup>90</sup> alabilmesi için öncelikle Türkiye’ye hukuka uygun giriş yapması icap etmektedir (YUKK m.5). Türkiye’ye hukuka uygun giriş yapmış ve ikamet izin başvurusu olumlu sonuçlandırılmış (YUKK m.21) kişiye, ikamet izin belgesi verilmekte ve bu belge, ikamet süresinin hesaplanmasında kullanılmaktadır.<sup>91</sup>

TVKUY m.71/1-ç hükmünde yasal ikamet iznine sahip bulunmalarına karşın yerleşme niyetine sahip olmadıkları gerekçesi ile bazı kişilerin ikamet izinlerinin, geçerli ikamet olarak sayılmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu kişilerin Türk vatandaşlığı için yapacakları başvuruda, ikamet şartı yerine gelmiş kabul edilmemektedir.<sup>92</sup> İka-

---

temin edecek yasal ikamet iznini işaret etmekle Türk Vatandaşlığı Kanunu’ndaki “ikamet” kavramını daraltan ve sınırlandıran bir anlama geçtiğini ifade etmektedir. Nomer, 2019, s.83.

<sup>87</sup> Yerleşim yeri Türk hukukunda, “bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer” biçiminde tanımlanmaktadır (TMK m.19).

<sup>88</sup> Doktrinde, uygulamaya yönünden yabancının ülke ile uyum sağlamasına ilişkin ölçümlemenin yalnızca ülkede oturmaya bağlanmadığı; aynı zamanda yabancının ülkede yerleşme iradesini yansıtabilecek şekilde ikamet etmiş olmasının da arandığı; bir diğer ifade ile ikamet şartı ile yerleşme niyetinin birlikte değerlendirildiği ifade edilmektedir. Doğan, s.76.

<sup>89</sup> Doktrinde yabancının Türkiye’de ikametgâh sahibi olmasının kendisine, mücbir bir sebeple Türkiye dışında kalması hâlinde, dışarıda geçen zamanı, ikamet kesinti sayılacak süreyi aşsa bile, ikamet süresinden indirilmemesi yönünde bir menfaat yaratacağı değerlendirilmektedir. Uluocak, s. 46.

<sup>90</sup> 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (RG:11.04.2013 (T); 28615 (S)) uyarınca ikamet izni, Türkiye’de kalmak üzere verilen izin belgesini ifade etmektedir (m.3/1-j). “Türkiye’de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların, ikamet izni almaları zorunludur. İkamet izni, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder” (YUKK m.19).

<sup>91</sup> Güngör, Tabiiyet Hukuku, s. 89.

<sup>92</sup> Burada Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in ihtiva ettiği çelişki, yabancı için ikamet, yerleşme niyetini içermediği hususunun göz ardı edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. İkamet iznine sahip yabancılar, yerleşme niyetine de sahip görülmedikleri için ikametleri, ikametgâh tutmak

met izinleri bulunmakla birlikte yerleşme niyetinin yokluğu gerekçesi ile ikametleri geçerli sayılmayan kişiler; sığınma veya iltica başvuru sahipleri, sığınmacılar, öğrenim amaçlı ikamet izni alanlar, turistik amaçlı ikamet izni alanlar, tedavi amaçlı ikamet izni alanlar, öğrenim gören çocuğuna refakat amaçlı ikamet izni alanlar ile diplomatik veya konsüler ayrıcalıkla bağışıklık sağlayan yabancı misyon personeli kimlik kartıyla ikamet edenlerdir.<sup>93</sup>

TVK m.11/1-b uyarınca ikamet kesintisiz olması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, kesintisiz ikamet mutlaklığını aramamaktadır; zira TVK m.15/1'de, Türk vatandaşı olma başvurusunda bulunan yabancıların, ikamet süresi içinde toplam on iki ayı<sup>94</sup> geçmemek üzere Türkiye dışında bulunmasına müsaade edildiği bildirilmektedir. Bir diğer ifade Türkiye dışında geçirilen bu süreler, TVK'da öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilmektedir (TVKUY m.71/1-b). Başka bir anlatımla Türkiye dışında geçirilen sürenin on iki ayı aşması durumunda ilgilinin başvurusu kabul edilmemektedir (TVKUY m.16/11-d).<sup>95</sup>

---

olarak kabul edilmemektedir. Yönetmeliğin bu yöndeki hükümlerinin, ikamet şartına ilişkin Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun hükümlerine aykırılık oluşturduğu yönündeki ayrıntılı değerlendirme için bkz. Güngör, Tabiiyet Hukuku, s.90.

<sup>93</sup> Sonradan Türk vatandaşı olmada kabul edilmeyen ikamet nedenleri ile Türkiye'de bulunan kişinin, ilerleyen zamanda geçerli sayılan bir sebeple ikamete bağlanması hâlinde önceki ikamet sürelerinin hesaba katılacağı; ancak bu hükümden turistik amaçlı ikamet tezkeresi ile Türkiye'de bulunanların yararlanamayacağı düzenlenmektedir (TVKUY m.71/1-d).

<sup>94</sup> Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30.maddesine ilişkin İçişleri Bakanlığınca hazırlanan tasarı gerekçesinde, daha önce 6 ay olan bu sürenin 9 ay olarak değiştirilmesi teklif edilmiştir. 6 aylık sürenin 9 aya çıkarılmasının gerekçesi şu şekilde şu şekilde açıklanmıştır: "Vatandaşlığımıza alınmak için başvuran yabancılar sanayici, iş adamları, Ar-ge uzmanları, doktor ve mühendis gibi nitelikli kişiler olup, meslek ve görevleri gereği uzun süre yurt dışında bulunabilmektedirler. Bu düzenleme ile Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen kişilerin Türk vatandaşlığına kabulüne imkân sağlanmaktadır. Bu nedenle vatandaşlığa alınma talebinde bulunan yabancıların başvurusu için aranan ikamet süresi içinde Türkiye dışında bulunacağı süre altı aydan dokuz aya çıkarılmalıdır" (Erişim) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss497.pdf> -ET:30.12.2020

<sup>95</sup> TVKUY m.71/1-b ve c'de yabancıların ikameti ve ikamet sürelerinin hesaplanmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş olmakla birlikte 19.10.2017 tarih ve 7039 sayılı Kanun'la (RG: 03.11.2017 (T); 30229 (S)) değiştirilmiş bulunan 12 aylık süre ifadesi, hükme yansıtılmamıştır.

Türk vatandaşı olmak isteyen kişinin beş yıllık ikamet süresinin hesabında, başvuru tarihinin esas alındığı anlaşılmaktadır.<sup>96</sup> Yani, beş yıllık ikamet süresinin başvuru tarihinde tamamlanmış olması gerekmektedir.<sup>97</sup> Bu ise, il emniyet müdürlüğünce verilen ikamet izni ve Türkiye'ye giriş ve çıkış tarihlerini gösteren belge ile belirlenmektedir (TVKUY m.71/1-a).

Türk vatandaşı olmak isteyen kişilerin, başvuru tarihinden geriye doğru beş yıl Türkiye'de kesintisiz ikamet etmiş olması gerekliliğini öngören yeterli şartının yerine gelip gelmediği, TVKUY m.16 uyarınca ön kontrole tâbi tutulmaktadır. Bu hususta yetkili mercii, Yönetmelik düzenlemesi uyarınca valiliklerdir; valiler, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikameti bulunmayan yabancıların başvurularını reddetme yetkisini haizdir. Başvuruları, ön kontrol aşamasında geri çevrilen yabancılara durum hakkında yazılı olarak bilgilendirme yapılmaktadır.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> Danıştay 10.Dairesi'nin 03.04.2014 tarihli ve E.2013/5623, K.2014/2100 sayılı kararına konu olan olayda, Moldova Cumhuriyeti uyruklu davacı, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 11.maddesi kapsamında Türk vatandaşı olmak istemiyle başvuruda bulunmuş; başvuru, öğrenim hariç başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etme şartını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiş; ret yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. Davada, davacının annesinin Türk vatandaşı olması ve Türkiye'de ikamet etmesi nedeniyle, annesi ile birlikte ikamet eden davacının öğrenim gördüğü sürelerin ikamet süresinin hesabında dikkate alınmasına bir engel bulunmadığı, davacı ile benzer durumda olmayan diğer yabancıların öğrenim amacıyla Türkiye'de bulunduğu sürelerin ise ikamet süresinin hesabında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Ara karara cevaben gönderilen bilgi ve belgeler ile dosyada mevcut bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden, davacının Türk vatandaşlığını kazanmak için idareye başvurduğu tarihten geriye doğru Türkiye'de kesintisiz olarak beş yıl ikamet etmiş olmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 11.maddesi kapsamında Türk vatandaşı olmak istemiyle davacı tarafından yapılan başvurunun, davacının Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmiş olmak şartını taşımadığı gerekçesiyle reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka aykırılık, bu işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuki isabet olmadığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur (Erişim) [www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr) - ET:03.03.2020.

<sup>97</sup> Güngör, Tabiiyet Hukuku, s.88.

<sup>98</sup> Bu doğrultuda, Danıştay 10.Dairesi'nin 05.10.2015 tarihli ve E.2012/8694, K.2015/4046 sayılı kararında, davacının TVK m.11 kapsamında yaptığı başvurunun, "başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek" şartını taşımadığından bahisle, valilik tarafından reddedilmesini, yetki yönünden hukuka uygun bulmayarak bu hususta karar verecek yetkili makamını İçişleri Bakanlığı olduğu değerlendirmesine katılmadığını belirtmek isteriz. (Erişim) [www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr) -ET:03.03.2020.

İkamet şartı değerlendirmesi yapılırken akla, on yıldır fiilen Türkiye’de bulunan geçici koruma altındaki Suriye vatandaşlarının, TVK m.11 kapsamında başvuru yapıp yapamayacakları sorusu gelebilir. Zira, ilk düşünüşte “geçici” tahayyül edilen farazi sürenin çok ötesinde bir zaman dilimde yurdumuzda fiilen bulunan ve birlikte yaşamı paylaşan bu kategorideki yabancıların, *ius nexi*<sup>99</sup> vatandaşlık modeli üzerinden, toplumla gerçek ve etkili sosyal bağlarının oluşmaya başladığı değerlendirilebilmektedir. Mevcut durum itibariyle, geçici koruma kimlik belgesi, Türkiye’de kalış hakkı sağlamakta; ancak bu belge Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eş değer sayılmamaktadır. Bu belgenin sahiplerinin, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakları bulunmamakta; belgenin süresi, ikamet izni toplamında dikkate alınmamaktadır. Geçici koruma kimlik belgesi sahibi olan yabancıların, Türk vatandaşlığına başvuru hakları bulunmamaktadır (Geçici Koruma Yönetmeliği<sup>100</sup> m.25).

### 3. Türkiye’de Yerleşmeye Karar Verdiğini Davranışları ile Teyit Etmek

TVK m.11/1-b (TVKUY m.15/1-b)’de Türk vatandaşı olmak için başvuran yabancıların, başvuru tarihinden geriye doğru kesintisiz beş

<sup>99</sup> 1987’de Joseph Carens’ın, vatandaşlığı, “feodal ayrıcalığın modern eş değeri olarak kişinin yaşam standartını büyük ölçüde artıran ve miras alınan bir statü” olarak tanımlamasının ardından yirmi yıl sonra Ayalet Shachar, betimleyici bir vatandaşlık statüsünün, nesiller arası aktarımının, Orta Çağ’daki vatandaşlık-mülkiyet ilişkisi üzerinden düşünsel bir ilgi kurarak, haksızlığını dile getirmiştir. Bu adaletsizliği telafi etmek için Shachar, bir tür küresel doğum hakkı vergisi kurgulamakta; *ius sanguinis* ve *ius soli*’den farklı olarak gerçek bir sosyalleşmenin bağlantısını kurmak adına, gurbetçi vatandaşları hariç bırakarak, uzun süredir ikamet eden-yerleşik yabancıların, aşamalı olarak vatandaşlığa kabul edilmelerini “*ius nexi*” olarak adlandırdığı bir modelle açıklamaktadır. Patrick Weil, “From Conditional To Secured and Sovereign: The New Strategic Link Between The Citizen and The Nation-State In A Globalized World”, *International Journal Of Constitutional Law*, (9) 2011, s. 623. *Ius nexi*, tipleşmiş sistemlere göre vatandaşlık alamayan kişilerin, demokratik meşruiyet ve politik eşitlik zemininde fakat siyasi katılım hakkı dışında, o ülkede sosyal ve ekonomik yaşamı paylaşmasından kaynaklanan; yerleşik yabancılar yerine, hak ve yükümlülükler arasında ilişkinlik kuran güncel bir katılma statüsüdür. Burada gaye, kolektif yaşama katılmak için çaba göstermektir. Dolayısıyla ülkede oturmadan (residence) farklı bir kriter gözetilmektedir. Bu bakımdan, *ius nexi*’de uzun süreli oturmaya bağlı otomatik kazanımlar, hukuki vatandaşlıktan da (ex lege) ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Shachar, s.121-141.

<sup>100</sup> RG: 22.10.2014 (T); 29153 (S)

yıl ikamet etmiş olması istenmekte; ikametten, yasal ikamet izni ile Türkiye’de oturma anlaşılmaktadır. Bir diğer ifade ile ikamet, yerleşim yeri olarak yorumlanmamaktadır. TVK m.11/1-c (TVKUY m.15/1-c)’de ise Türk vatandaşı olmak için başvuran yabancıların, Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesi gerektiği bildirilmektedir. Kanaatimizce iki hükme birlikte bakıldığında, başlangıçta bir tezatlık varmış gibi görünse de böyle olmadığı; kanun koyucunun maksadının ne olabileceği yorumlandığında anlaşılabilir. Bizce bu hükmün işaret ettiği husus, sosyal uyumdur. Bu bakımdan hükümde, Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılardan bir yeterlik şartı olarak, Türk toplumuna uyum sağlamaya çalışacağını davranışları ile teyit etmesi istenmektedir.<sup>101</sup>

Burada merhaleli bir yaklaşım söz konusudur. Oturma, mesken tutarak başlamakta; mesken olarak seçilmiş bir yere, yaşam yerleştirilmeye başlandığında o yer, yavaş yavaş yerleşim yerine yani ikametgaha dönüşmektedir. Yabancılar yönünden ikametgâh kavramının önemi, ikametgâhın üstelendiği taşıyıcılık fonksiyonundan kaynaklanmaktadır; çünkü ikametgâh, ait hissetme duygusu yaratarak, kültür üretimi ve paylaşımı sebebiyle, insanları birbirlerine bağlamaktadır.

TVKUY m.15/c’de Türkiye’de yerleşmeye karar verilmiş olduğunun teyidi olarak kabul edilen davranış örnekleri,<sup>102</sup> kök salma saikine referans veren davranışlardır; yani Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te misal yoluyla yapılan açıklama, yerleşme niyetine (*yerleşim yeri*) karşılık gelmektedir. Bu ise sosyal uyum yönünden düşünüldüğünde ancak tek bir gösterge olabilir.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Toplumsal uyum, bütüncül ve fark etme bilinci ile ilişkili bir kavram olduğu için, TVK m.11 ve TVKUY m.15’te sayılmış olanların dışında, Türk vatandaşı olmak isteyenlerden, bu kapsamda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’sını tamamen; Türk tarihi ve kültürünü genel olarak bilmeleri, anayasal düzene bağlı ve saygılı olduklarını beyan etmeleri beklenebilir.

<sup>102</sup> Türkiye’de taşınmaz mal edinmek, iş kurmak, yatırım yapmak, ticaret ve iş merkezini Türkiye’ye nakletmek, çalışma iznine tâbi olarak bir iş yerinde çalışmak, Türk vatandaşı ile evlenmek, ailece müracaat etmek, daha önce Türk vatandaşlığını kazanmış olan ana, baba, kardeş ya da çocuk sahibi olmak, eğitimini Türkiye’de tamamlamak.

<sup>103</sup> Almanya’da, 2019 yılının değişikliği ile, Alman vatandaşı olmak isteyen yabancılardan Almanya’daki yaşam koşullarına entegre olmaları da beklenmekte (§10 StAG- ‘deutsche Lebensverhältnisse’); böylelikle özgür demokratik düzene etkin şekilde bağlanmak -eski hüküm- şartı güçlenmiş olmaktadır. Bu bağlamda örneğin, başvuranın aynı anda birkaç eşle daha evli olmadığını kanıtlanması gerek-

İlaveten, yerleşme niyetinin varlığı başlangıçta araştırılan bir şart olup; söz konusu niyetin vatandaş olunduktan sonra sürdürülüp sürdürülmediği kontrol edilmemektedir.<sup>104</sup>

#### 4. Genel Sağlık Bakımından Tehlike Teşkil Eden Bir Hastalığı Bulunmamak

TVK m.11/1-ç (TVKUY m.15/1-ç)'de aranan genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak şartı, kanaatimizce açık ayrımcılık gözetilen bir yetkinlik şartıdır. Burada arananın, başvurunun yapıldığı sırada akli melekelerin tamlığına yönelik bir zihin sağlığı olmadığı; birlikte yaşamı zarara sürükleyebileceği için sakınılmasında fayda görülen, kamu ile ilgili bir sağlık şartı olduğu hükmün lafzından anlaşılmaktadır.

Hükümde göz ardı edilen husus, Türk vatandaşı olma başvurusunu yapan yabancı, başvuru tarihinden geriye doğru zaten beş yıldan beri Türkiye'de yaşamakta olduğudur. Hâlen, geçerli bir yasal ikamet izni ile, Türkiye'de oturan yabancı, Türk vatandaşı olması, sağlıksız olduğu fark edilip engellendiğinde, çevresine zarar vermiş olma ihtimali de bertaraf edilmemektedir. Çeşitli sebeplerle birlikte yaşama katılan yabancılar yönünden böyle bir fevkalâdelik

---

mektedir. Amaç, çok eşlilik durumunda vatandaşlığa kabulü önlemektir. Çünkü çok evlilik, Almanya'nın cinsiyet eşitliği bakışına ve evlilik anlayışına aykırılık oluşturmaktadır. Anuscheh Farahat, Kay Hailbronner, RSCAS/GLOBALCIT-CR 2020/5 German Report, 2020, s.16-17. Benzer yönde 2008'de Fransa'da burka taşıyan bir kadının vatandaşlık başvurusu, Fransız toplumuna asimile olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir (Erişim) <https://perspektif.eu/2020/06/12/eskiden-yeniye-fransiz-laikligi-joan-wallach-scottun-kitapciği/> -ET: 01.02.2021; 2018'de Fransız Temyiz Mahkemesi, 2010 yılından beri Fransa vatandaşı bir erkekle evli olan Cezairli bir kadının ülkenin güneydoğusundaki İsere bölgesinde yapılan vatandaşlık töreninde bir erkek yetkili ile el sıkışmayı reddettiği için Fransız vatandaşlığı verilmemesi kararını haklı bulmuştur (Erişim) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-43843072> -ET:01.01.2021.

<sup>104</sup> İrlanda'da vatandaşlığa kabul olunan kişilerin, karardan sonra iyi niyetle ve 7 yıl daha kesintisiz ülkede kalmaya devam etmeleri beklenmekte (S 15-(d)); bu şartın yerine getirilmemesi, makul sebeplere dayandırılmadığında, vatandaşlığın kaybı sonucunu doğurmaktadır. Diğer İrlanda vatandaşları için geçerli olmayan bu şart kapsamında, vatandaşlığa kabul edilen kişilerin ülke dışında buldukları sürette İrlanda Büyükelçiliği'ne giderek kalma niyetini sürdürmekte olduklarını yazılı olarak beyan etmeleri gerekmektedir. Bashir Otukoya, "Super-Citizens: Defining the Good Character Requirement for Citizenship Acquisition by Naturalisation", *Hibernian Law Journal*, 17, 2018, s.78.



hâli gözetilecekse, bu bakış açısının, ikamet izinlerini düzenleyen hükümlere de yansıtılması gerekmektedir ki pratikte istenen gayeye ulaşılabilsin.<sup>105</sup>

TVKUY m.17/ı-e'ye göre ilgilinin genel sağlık bakımından tehlike teşkil edecek bir hastalığa sahip olmadığı, usul ve esasları Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmiş bir sağlık raporu ile belirlenmektedir. Ancak, sağlık raporuna içerik oluşturacak -muayene edilecek- hastalıkların hangi hastalıklar olduğu ifade edilmemektedir. Burada kastedilenin, Dünya Sağlık Örgütünün Uluslararası Hastalık Dizini'nde (ICD) sayılan bulaşıcı hastalıklar olduğu düşünülmektedir.<sup>106</sup>

### 5. İyi Ahlak Sahibi Olmak

TVK m.11/ı-d (TVKUY m.15/ı-d)'de aranan iyi ahlak sahibi olma şartı, kanaatimizce, "ahlak" kelimesinin tercihi sebebiyle belirsizliği kuvvetlendirilmiş, açık ayrımcılık gözetilen bir diğer yetkinlik şartıdır.<sup>107</sup> Zira ahlak kavramı, soyut içeriği sebebi ile her kişi ve toplum bakımından farklı tezahür etmeye müsaittir, zamana göre değişebilmektedir.<sup>108</sup> İkiyüzlü bir perspektifte, makro seviyede devlet tarafından, politik iklim ya da sosyal durum; mikro seviyede idari personel tarafından kişisel gelişkinlik ve ideoloji doğrultusunda tutarsızlık yaratılarak yorumlanabilmektedir.<sup>109</sup> İlâveten, "ahlaklı olma", statü belirt-

<sup>105</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Yönetmeliği (RG: 17.03.2016 (T); 29656 (S)) m.22/v'te kamu sağlığını tehdit eden hastalığı nedeniyle hakkında daha önce işlem yapıldığı anlaşılanlardan sağlık raporu isteneceği belirtilmekte; ancak neticeye etkisi hakkında hüküm bildirilmemektedir.

<sup>106</sup> Bulgaristan'da, kamu sağlığı kavramının çerçevesini çizmek bakımından, vatandaşlık başvurusunda bulunanlardan cinsel yolla bulaşan hastalıklardan veya akıl hastalıklarından muzdarip olup olmadıklarını gösteren bir belge sunmaları istenmektedir.

EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.21 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020

<sup>107</sup> 5901 sayılı TVK Gerekeç'e de, iyi ahlak sahibi olmak şartı ile yabancıların, Türk örf ve adetleri ile Türk halkının toplumsal yaşamına aykırı bir davranış içinde bulunulmamasının amaçlandığı ifade edilmektedir.

<sup>108</sup> Ionna Kuçuradi, Ahlak ve Kavramları, Uludağ Konuşmaları, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 1988, s.21.

<sup>109</sup> Rousseau, ahlak değerlerini ilk önce genel bir amaç durumuna getirmiş; daha sonra devletin hedefi olarak göstermiştir. Bu akıl, iktidarın teknisyenleri tarafından başlangıçta toplumun esenliğini en yüksek seviyeye çıkarmak için kullanılmışken; zaman içinde, gücün devamlılığını sağlayacak politik bir sınırlandırma yolu



mekte, kişinin toplum tarafından nasıl algılanması gerektiğine işaret etmekte, politik hedef göstermeler sebebi ile toplumsal kabulü güçleştirebilmektedir.<sup>110</sup>

Bu şartın düzenlenmesinde, uluslararası hukukta genellikle, iyi karakter (*good character*) sahibi olmak ya da iyi davranış/hâl (*good conduct*) sergilemek kavramlarından birisinin seçildiği<sup>111</sup> görülmektedir.<sup>112</sup> Burada önemli olan “*iyi kişi-vatandaş*” olma ile “*iyi karakter/davranış sahibi*” olma arasındaki nüansı belirlemektir.<sup>113</sup> Bir diğer ifade ile iyi kişi/vatandaş olma ile vatandaş olmak için iyi karakter/davranış sahibi olmak arasında fark bulunmaktadır. İyi kişi/vatandaşın kim olduğuna yönelik ölçümleme objektif olarak yapılabilir. Örneğin, ülkenin iş gücüne katılmak, istihdam yaratmak, vergi ödemek, oy kullanmak, trafik kurallarına uymak, borçları zamanında ifa etmek, gönüllü olarak sosyal faaliyetlerde bulunmak iyi bir kişi-vatandaşın

---

olarak kullanılmıştır. Doehring, s.101.

<sup>110</sup> Örneğin Türkiye’de, LGBTİ üyesi, ataist ya da çok eşli yabancıların, “ahlak” kriteri yönünden, toplumca hoş karşılanmayacakları gerekçesine takılıp takılmadıkları bilinmemektedir.

<sup>111</sup> Wallace Goodman, s. 11-12; Nicole Guimezanes, *The Current Status of Nationality Law in OECD, Naturalisation: A Passport For the Better Integration Of Immigrants?* EUDO Publishing, 2011, s.70-71.

<sup>112</sup> “Ahlak” kavramına referans veren düzenlemelerden bir tanesi Amerika Birleşik Devletleri Göç ve Uyruklu Kanunu’nda yer almaktadır. “Good Moral Character” başlığını taşıyan hükümde iyi ahlak sahibi olmak bakımından bir karineye yer verilmiştir. Buna göre başvuru tarafından haklarında sınır dışı edilmeleri için yeterli sebep bulunmayan yabancılar, iyi ahlaklı kabul edilmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1427 (d)). Amerika Birleşik Devletleri’nde, çocuk istismarı dahil her türlü cinsel suç, insan ticareti suçu, narkotik suçlar, casusluk, sabotaj, terör suçları sınırdışı edilme sebepleri arasında sayılmaktadır (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım-Dördüncü Bölüm §1227). Good Moral Character, başvuru sahibinin ikamet ettiği çevrede yaşayan vatandaşların ortalama standartlarına karşılık veren karakter biçiminde yorumlanmakta; her somut başvuruda ayrıca değerlendirilmektedir. Değerlendirmede başvuranın aile bağları ve geçmişi, suç geçmişi, eğitimi, çalışıp çalışmadığı, vergi yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, sözleşmesel edimlerini ifa etmediği, kredibilitesi, denetimli serbestliğe uygunluğu, Amerika Birleşik Devletleri’nde geçirdiği zaman miktarı gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır (Erişim) <https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-f-chapter-1> - ET: 14.12.2020. Kanun’da başvuranın iyi ahlak sahibi olmak gibi nitelikleri haiz bulunup bulunmadığına yönelik araştırmada, yalnızca beş yıllık ikamet süresinin referans alınmayacağı; başvuru tarafından yapılacak değerlendirilmede beş yıllık ikamet döneminden önceki herhangi bir zamanın da esas alınabileceği ifade edilmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1427 (e)).

<sup>113</sup> Otukoya, s.81.

yerine getirmesi beklenen davranışlardır. Ancak bu davranışları sergilemek, o kişinin karakterinin iyi olduğunu her zaman gösteremeyebilir.<sup>114</sup> Bu bakımdan iyi karakter sergileme şartının davranış örnekleri ile somutlaştırılması gerekmektedir.<sup>115</sup>

İyi ahlakın ne olduğu, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te, toplum içinde birlikte yaşamanın gerek-

<sup>114</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde, başvuru haklarında görevlendirilen kişiler tarafından, başvuru hakkında kişisel bir soruşturma yürütülmekte; soruşturma kapsamında sosyal gözlemlenme istifade edilebilmesi için başvuranın çalışma arkadaşları ve komşularından bilgi sorulmaktadır (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1446 (a)). Öte taraftan, 2009'da İrlanda'da görülen LGH v Minister for Justice, Equality and Law Reform davasında verilen kararda, kendi hâlinde yaşayan ve ulusal polis teşkilatı Garda'nın dikkatini çekmemiş bir kişinin vatandaşlık başvurusunun, iki oğlunun işlediği suçlar sebebiyle reddedilmiş olması ise; başvuru-kötü karakterine delalet teşkil eden yeterli bir gösterge kabul edilmiştir. Bu karar doktrinde önyargılı, incitici ve endişe verici nitelendirilmiş; hiç kimsenin içinde doğduğu aileyi seçme imkanını haiz bulunmadığı, kişilerin ailelerine bakılarak değerlendirilmesinin yanlışlığına vurgu yapılmıştır. Otukoya, s.84.

<sup>115</sup> İrlanda'da iyi karakterin ölçülmesinde İrlanda polisinin tuttuğu kayıtlardan faydalanılmaktadır; ancak nihai değerlendirme Adalet ve Eşitlik Bakanlığı'nca yapılmaktadır. Bu bağlamdaki temel yaklaşım, özellikle ceza mahkumiyetlerinde, sabitlikten kaçınılması; suçun niteliği, cezanın süresi, suç tanımlayan politikalar özelinden ele alınarak mekanik uygulama yaratılmamasıdır. Söz konusu çerçevede zaman zaman başvuru sahiplerinden, sürece bizzat katılmaları ya da yetkililere raporlar yazmaları beklenmektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.20 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

Belçika'da iyi davranışın (good conduct) belirlenmesinde, kişilik özelliğinin gerçek bir göstergesi kabul edilerek, sabıka kayıtlarından faydalanılmaktadır. 2012 yılında yapılan bir reformla, başvuranın kamu düzeni bakımından tehdit oluşturacak kişisel özellikler listelenerek, değerlendirme aşaması biraz daha belirginleştirilmiştir. Listenin yapılandırılmasında mahkemelerin bir yetkisini olup olmadığı ise belirsiz bırakılmıştır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.20 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

Avusturya'da iyi hâl (good conduct) ile ilgili hükümler hem vatandaşlık başvurularının kabulünde hem de reddedilmesinde ortaktır. İyi hâlin belirlenmesinde il polis merkezlerindeki belge ve yeminli ifadelerden ve yabancı ülkelerdeki polis kayıtlarından istifade edilmektedir. İyi hâl değerlendirmesinde kamu yararı bir çatı kavram olarak kullanılmakta; başvuranın sosyal, ekonomik ve kültürel entegrasyonu gözetilmektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.20 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

Fransa ve İtalya'da iyi karakter şartı ve sabıka kaydı şartı kategorik olarak ayrılmıştır. İtalya'da ise sabıka kaydı, açık bir kanuni şart olarak düzenlenmemiştir ancak uygulamada adli sicili gösteren belgelerin ibraz edilmesi istenmektedir. Wallace Goodman, s.11-12.

tirdiği sorumluluk duygusu ile davranmak, çevresine güven vermek, toplumca hoş karşılanmayan ve toplum değerlerine aykırı kötü alışkanlığı bulunmamak biçiminde, saklanmış ifadelerle, oldukça soyut açıklanmaktadır.<sup>116</sup> Doktrinde, Yönetmelik'teki anlayış çerçevesinde, herhangi bir suçtan dolayı yargılanması devam eden veya hükümlü ya da tutuklu olanların, özellikle cinsel özgürlüğe ve edep törelerine karşı suç işlemiş kişilerin, mahkumiyetleri affedilse bile, ahlak şartını yerine getirmediüklerinin aşikâr olduğu ifade edilmektedir.<sup>117</sup>

## 6. Yeteri Kadar Türkçe Konuşabilmek

Dil, iletişimin tutkalıdır; geçmişten devralınan bir miras ve kültürü oluşturan önemli bir unsurdur. Sonradan Türk vatandaşı olmak isteyen yabancıların, Türk toplumu ile bütünleşerek kimlik kazanmalarını kısa zamanda ve samimi biçimde sağlayacak yol, aynı dili konuşabilmekten geçmektedir.<sup>118</sup> Başvuru tarihinden geriye beş yıldır birlikte yaşadığı insanların kendi aralarında konuştuıkları dile saygı göstermek ve onu düzgün öğrenme yönünde gayret sarf etmek, kana-

<sup>116</sup> Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Açıklama'sında iyi ahlak sahibi olmak; hırsızlık, kaçakçılık, sahtekarlık, dolandırıcılık ve benzeri toplumsal düzeni zedeleyen suçlardan ceza almamış olmak ya da bu davranışları alışkanlık haline getirdiğini gösterecek şekilde birden fazla yargılanmamış olmak veya Türk örf ve adetleri ile toplum ve aile yaşamına aykırı şekilde uyuşturucu kullanma, fuhuş yapma gibi davranışlarda bulunmamış olmak biçiminde örneklenmiştir. (Erişim) [https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/5901Sayili\\_Turk\\_Vatandasligi\\_Kanuna\\_Gore\\_Aciklama2009.pdf](https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/5901Sayili_Turk_Vatandasligi_Kanuna_Gore_Aciklama2009.pdf) - ET:13.12.2020. 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te iyi ahlak sahibi olmanın göstergeleri, bulunulan toplum ve muhite zararlı bir kişi olmamak; hırsızlık, kaçakçılık, sahtekarlık, dolandırıcılık gibi kamuoyu tarafından hoş karşılanmayan suçları ve hareketleri itiyat ve meslek hâline getirmemiş olmak; sanat ve mesleği ile kendisine, ailesine ve bulunduğu topluma faydalı ve çalışan bir kişi olduğunu gerek oturduğu memlekette gerekse Türkiye'de etrafına telkin etmiş bulunması biçiminde kısmen somutlaştırılmıştır (m.10/ç).

<sup>117</sup> Nomer, 2019, s.85-86.

<sup>118</sup> Atatürk, cumhuriyet dönemi reformları bağlamında dilin önemini ve felsefesini şu sözlerle aktarmaktadır: "Türk demek dil demektir. Milliyetin çok bariz vasıflarından birisi, dildir. Türk milletindenim diyen insanlar her şeyden evvel ve mutlaka Türkçe konuşmalıdır. Türkçe konuşmayan bir insan Türk harsına, camiasına mensubiyetini iddia ederse buna inanmak doğru olmaz". Recep Özkan, "Cumhuriyet ve Dil/Toplumsal Birlik Açısından Dilin Önemi", *Milli Eğitim Dergisi*, 160, 2003 (Erişim) [https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli\\_Egitim\\_Dergisi/160/ozkan.htm](https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/160/ozkan.htm) - ET: 02.12.2020.

atımızca, sosyal uyuma ilişkin gösterge kabul edilen şartlar arasındaki en kıymetli ve “yeteri” ifadesi ile geçiştirilmemesi gerektiği düşünülen bir yeterlik şartıdır.<sup>119</sup>

TVKUY m.15/ı-e’de yeteri kadar Türkçe konuşabilme şartının, toplumsal yaşama uyum sağlayabilecek düzeyde Türkçe konuşabilmeyi ifade ettiği bildirilmekte; hükümde “düzey” kelimesinin kullanılması sebebiyle kanun koyucunun bir ölçme-değerlendirme sistemine yolla- ma yapmış olabileceği akla getirilebilmektedir. Ancak, ne Kanun’da ne de Yönetmelik’te böyle bir ölçme- değerlendirme sisteminin öngördü- ğü düzey/lerden bahsedilmektedir. TVKUY m.19/ı’de yer alan düzen- lemeden, yeteri kadar Türkçe konuşma şartının sağlanıp sağlanmadı- ğının, kanaate binaen ölçümlendiği anlaşılmaktadır.<sup>120</sup>

Konuyla ilgili çalışmalarda Türkçenin yabancı dil olarak öğreti- minde ölçme ve değerlendirme alanında ciddi eksikliklerin, keyfi uy- gulamaların ve tutarsızlıkların bulunduğu; bu konuda bir standart oluşturulmadığı; anılan kapsamda Avrupa Dilleri Öğretimi Ortak Çerçeve Metni<sup>121</sup> içerisindeki genel amaçların ve kriterlerin Türkçe öğretimi için de geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Cumhuriyet’in ilânından sonra dilin, kültürün oluşumundaki yadsınamaz kay- naştırıcı önemine; dil devrimine ve üniter devlete zarar vereceği saikiyle toplumsal hayatta azınlıklara yönelik başlatılmış “Vatandaş Türkçe Konuş” kampanyasının baskılamasına rağmen 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda Türkçe konu- şma şartına yer verilmediği görülmektedir. Türkçe konuşabilme şartı, Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etme, iyi ahlak sahibi olma, genel sağlık bakımından tehike teşkil eden hastalığı bulunmama, Türkiye’de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire ve mesleğe sahip olma şartları ile birlikte 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu m.6 ile birlikte getirilmiştir. 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu’na ilişkin Cum- huriyet Senatosu Geçici Komisyonu tarafından hazırlanan raporda, şartın, “Türk- çe okuyup-yazma” biçiminde tasarlandığı; ancak bu şekli ile şartın, uygulamada ağır külfet olarak mütalaa edildiği; yeteri kadar Türkçe konuşabilmenin, diğer şartlarla birleştiği vakit vatandaş olmak için kâfi geleceği ifade edilmiştir. (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS\\_/t03/c016/cs\\_03016019ss0309.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t03/c016/cs_03016019ss0309.pdf) - ET:13.12.2020.

<sup>120</sup> Doktor raporu ile tespit edilmesi hâlinde, konuşamayan ve duyamayanların mü- lakatlarının, bu kişilerin işaretlerinden anlayanlar aracılığı ile ya da okuma-yazma biliyorlarsa yazılı olarak yapılacağı (TVKUY m.19/ııı) bildirilmekte ancak de ğer- lendirmede ölçütün ne olacağı ya da herhangi bir muafiyetin tanınıp tanınmaya- cağı ile ilgili bir hüküm kurulmadığı görülmektedir. İlaveten belli bir yaşın üye- rindeki başvuru sahipleri bakımından da “yeteri kadar Türkçe konuşma” şartının nasıl değerlendirileceğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.

<sup>121</sup> Common European Framework Of Reference For Languages (CEFR).

<sup>122</sup> Kıbrıs, İrlanda ve İsveç hariç Avrupa Birliği üyesi ülkelerde vatandaşlığa geçme

Avrupa Dilleri Öğretimi Ortak Çerçeve Metninde dil öğretimindeki yeterlilikler, basamak kümeleri ile (A1-A2-B1-B2-C1-C2) sağlanmaktadır.<sup>123</sup> A1 ve A2, temel dil kullanımını; B1 ve B2, bağımsız dil kullanımını; C1 ve C2, yetkin dil kullanımını göstermektedir.<sup>124</sup>

yolunda dil bilme bir ön şarttır; hükümetlerin, topluma yeni katılacak kişilerin vatandaşlarla olan iletişimlerine ve uyumlaşma sürecinin kolaylaştırılmasına önem verdiklerinin önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, Belçika, İspanya, İtalya, Litvanya, Lüksemburg -sadece konuşma yeterliği-, Hollanda ve Portekiz, Avrupa Dilleri Öğretimi Ortak Çerçeve Metni'ne uygun A2 seviyesinde; Avusturya, Çekya, Almanya, Estonya, Yunanistan-okuma ve konuşma-, Fransa -sadece sözlü ve yazılı-, Hırvatistan, Litvanya, Lüksemburg -dinleme yeterliği, Avrupa Dilleri Öğretimi Ortak Çerçeve Metni'ne uygun B1 seviyesinde dil bilmeyi aramaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 19 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

Amerika Birleşik Devletleri yönünden, vatandaşlık başvurusunda bulunan kişilerin, günlük dilde konuşulan kelimeler ile okuma-yazma ve konuşma becerileri dahil İngilizceyi anladığını ispat etmek yükümlülüğü altındadır (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1423(a)(1)(2)). Amerika Birleşik Devletleri'nde 1906 yılına kadar, başvuru sahiplerinden İngilizce, tarih, vatandaşlık bilgisi veya anayasal ilkeleri bilmeleri beklenmemiş; mahkemenin başvuranın tamamen yasalara saygılı, çalışkan, iyi ahlak sahibi olduğuna karar vermesi, o kişilerin Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olmaları için yeterli kabul edilmiştir. Dil şartı, yaş ve ikamet sürelerine göre muafiyet sağlanarak (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1423 (2)(A)(B)), 1940 yılında kabul edilmiş ve bu konuda bir ölçme-değerlendirme testi uygulanmasına karar verilmiştir. (Erişim) <https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-e-chapter-1> -ET: 14.12.2020.

<sup>123</sup> Emrah Boylu, Yabancılar Türkçe Öğretiminde Ölçme Değerlendirme Uygulamaları ve Standart Oluşturma, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü- Türkçe ve Sosyal Bilimler Eğitimi Anabilim Dalı- Türkçe Eğitimi Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2019, s.24-30.

<sup>124</sup> A1; kendisini tanıtabilir, başkalarını tanıtırabilir. Başkalarına, kendisi hakkında örneğin, nerede oturduğu, kimleri tanıdığı ve nelere sahip olduğu- sorular yöneltebilir ve sorular benzeri soruları yanıtlayabilir.

A2; bilinen alışılmış konularda, basit durumlarda kendisini ifade edebilir. Geçmiş, eğitimi, çevresi ve doğrudan gereksinimleriyle bağlantılı eylemleri basit dilsel araçlar yardımıyla anlatabilir.

B1; bilinen konularda ve ilgi duyulan alanlarda kendisini basit ve bağlantılı olarak ifade edebilir. Deneyim ve olaylar hakkında bilgi verebilir; hayal, beklenti, amaç ve hedeflerini anlatabilir, tasarımı ve görüşlerinin kısa gerekçelerini gösterir ya da bunlara açıklamalar getirebilir.

B2; kendisini geniş bir konu alanında belirgin ve ayrıntılı bir şekilde ifade edebilir, güncel bir konuda görüşünü belirtebilir ve çeşitli olanakların olumlu ve olumsuz yönlerine değinebilir. Anlaşılır ve ölçünlü bir dille konuşulduğunda, iş, okul, boş zaman etkinlikleri vb. gibi bilinen eylemler söz konusu olduğunda, konuşmanın ana hatlarını anlayabilir.

C1; dili, toplumsal ve meslek yaşamında, eğitim ve öğretimde etkin ve esnek bir şekilde kullanabilir. Karmaşık konularda görüşlerini açık, düzenli ve ayrıntılı bi-

## 7. Türkiye’de Kendisinin ve Bakmakla Yükümlü Olduğu Kimselerin Geçimini Sağlayacak Gelire veya Mesleğe Sahip Olmak

Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.15/1-c’de Türkiye’de yerleşmeye karar verilmiş olduğunun teyidi olarak kabul edilen, Türkiye’de taşınmaz mal edinme, iş kurma, yatırım yapma, ticaret ve iş merkezini Türkiye’ye nakletme, çalışma izni ile bir işyerinde çalışma; kanaatimizce yabancının, Türkiye’de kendisinin ve bakmakla yükümlü bulunduğu kişilerin geçimini sağlayacak gelire ve mesleğe sahip olduğunu da göstermektedir.<sup>125</sup> Bu şarta TVK m.11/1-f (TVKUY m.15/1-f)’de ayrıca yer verilmesinin sebebinin, Genel Gerekeçe’de ifade olunan “geliri olmayan kişilerin vatandaşlığa kabul edilerek devlete, dolayısıyla topluma yük olmalarının engellenmesi” amacını vurgulamak olduğu düşünülmektedir.

TVK m.11/1-f (TVKUY m.15/1-f)’da düzenlenen yeterlik şartı, TVK m.11/1-d (TVKUY m.15/1-d) ile ilişkilendirilip birlikte ele alındığından, hiç şüphesiz kişinin kendisinin ve bakmakla yükümlü bulunduğu kişilerin geçimini sağlayacak mesleğin ve gelirin, ahlak şartının gereklilikleri ile örtüşen “münasip” meslekler ve bu şekilde elde edilen meşru gelirler olması gerekmektedir.<sup>126</sup>

---

çimde belirtebilir. Bu sırada çeşitli dilsel araçları uygun ekilde kullanarak metinleri birbirine bağlayabilir.

C2; okuduğu ve duyduğu her şeyi zorluk çekmeden anlayabilir. Farklı yazılı ve sözlü kaynaklardan edindiği bilgileri özetleyebilir; gerekçe ve açıklamaları bağlantılı bir anlatımla dile getirebilir. Kendisini anında, çok akıcı ve açıkça ifade edebilir. Çözümü güç olan konularda da ince anlam farklılıklarını vurgulayabilir. Geniş çapta, iddialı, uzun metinleri anlayabilir ve ima edilen anlamları da kavrayabilir. Boylu, s.30.

<sup>125</sup> Bu bağlamda TVKUY m.17/1-f’de, başvuru belgeleri arasında, Türkiye’de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağladığına ilişkin gelirini veya mesleğini ispatlayan çalışma izni, vergi levhası, taahhütname veya benzeri belge sayılmaktadır.

<sup>126</sup> Avrupa Birliği üyesi on dört ülkede -Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Kıbrıs, Çekya, Almanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Macaristan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Letonya, Polonya, Slovakya- genel olarak, vatandaşlık başvuruları değerlendirilirken başvuranın, ekonomik veya mali durumu ya da standartı, düzenli maaş bordroları, iş sözleşmeleri, emekli maaşı, sigorta ödemeleri ya da malvarlığı gibi unsurlar üzerinden dikkate alınmakta; bu bilgi, yetkili makamların, referans alınan belirli bir dönemde, sosyal yardıma ihtiyaç duyup duymadığının değerlendirilmesinde fayda sağlamaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.21.

(Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_)



## 8. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak

Vatandaş olarak katılmak istediği topluma, sosyal yönden uyumu, TVK m.11/1-c (TVKUY m.15/1-c) ile ölçümlenen, TVK m.11/1-ç (TVKUY m.15/1-ç) ile sağlık bakımından kontrol edilen, TVK m.11/1-d (TVKUY m.15/1-d) ile ahlaki muntazamlığı teyit edilen yabancının, ilaveten TVK m.11/1-g (TVKUY m.15/1-g) kapsamında, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin olmaması da istenmektedir. TVK m.11 (TVKUY m.15)'de sayılan başvuru şartlarının değerlendirilmesi bir bütün olarak yapıldığından TVK m.11/1-g (TVKUY m.15/1-g) üzerinden bir sağlamaya ihtiyaç duyulmaksızın, yabancının kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek durumunun olup olma-

en.pdf -ET:13.12.2020.

Avusturya'da, kanunda asgari bir gelir düzeyi belirtilmektedir; yeterli geçim kaynağına ilişkin teminatın gösterilememesi vatandaşlık başvurularının rededilmesine yol açmaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.21. (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

Finlandiya'da ikamet süresince düzenli bir gelir akışına sahip olunduğunun bavoran tarafından belgelenmesi istenmemekte iken Belçika'da başvuranın gelirleri ya da varlıkları ayrıca araştırma konusu yapılmamakla birlikte belirli bir zaman diliminde ekonomik hayata katılmaları gerekli görülmektedir. Bu bağlamda başvuranın yaşam standartı dikkate alınmamakta ve fakat başvuru tarihinden geriye doğru son beş yıl içinde çalışmamış olup yalnızca sosyal yardımlarla yaşamlarını idame ettirmiş olanlar kabul görmemektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.21. (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

Fransa'da, Fransa kaynaklı ve düzenli temin edilmek kaydı ile, vatandaşlık başvurusu yapanların ekonomik yeterliklerine yönelik olarak maaşlar, çalışma ödenekleri, ticari ve ticari olmayan kârlar, arazi ya da taşınabilir mülk gelirleri gösterge kabul edilmektedir. İrlanda'da yasada düzenlenmemiş olmakla birlikte uygulamada geçim kaynaklarının ve sosyal yardım ödemelerinin kanıtlanmış olması gerekmektedir. Ancak bu belgeler, başvuranın özellikle mali durumuna ilişkin tutulmamakta; vatandaşlık başvurusunun genel değerlendirmesinde esas alınmaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.21. (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

İtalya'da ikamet temelli vatandaşlık başvurularında asgari gelir düzeyinde yeterliğe sahip olması aranmakta; asgari gelir düzeyinin belirlemesi, kanunla değil İçişleri Bakanlığının genelgeleri ile yapılmakta; kanunla sağlanan sağlık harcamalarına katılım, asgari gelire karşılık gelmektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s.21. (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.



dığının zaten anlaşılması olacağı düşünülmektedir. Kanaatimizce kısmen yeterlik, kısmen yetkinlik şartı olarak tasarlanmış milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartı, kanun hükmü olarak, ilk defa 5901 sayılı TVK m.11/1-g (TVKUY m.15/1-g)'de zikredilmiştir.<sup>127</sup>

Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartı ile güdülen amacın, milli güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve milli menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşı olmalarının engellemek<sup>128</sup> olduğu bildirilmektedir (TVK Genel Gereğe).

<sup>127</sup> Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te "Karar ve Tescil" başlığını taşıyan 17.maddede İçişleri Bakanlığınca kabul edilen "Sakıncalı Deyiminin Kapsamına İlişkin Uygulama Protokolü" ile belirlenen esaslar çerçevesinde başvuranın, güvenlik açısından sakıncalı bulunup bulunmadığının Emniyet Genel Müdürlüğünden sorularak araştırılacağı, gerekli görülen hâllerde kişinin güvenlik bakımından durumunun bildirilmesi için nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına başvurulacağı ifade edilmektedir. Buradan alınacak bilgi ve görüşlerin, işlemlerin sonuçlandırılmasında esas alınabileceği ifade edilmektedir (m.17/A-(1)). Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'da vatandaşlık başvuru şartları arasında açıkça milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli şartını sayılmamakla birlikte, başvuru değerlendirme aşamasında, başvurandan temin edilmiş sabıka kaydı gibi belgeler üzerinden değil ve fakat idarenin takdiri ile güvenlik kapsamında bir soruşturmanın yürütüldüğü; gerekli görülen hâllerde bu soruşturmanın derinleştirildiği anlaşılmaktadır.

<sup>128</sup> Buradan bazı kişilerin vatandaş olmalarının açıkça istenmediği sonucu çıkmaktadır. Kanun koyucunun maksadı, milli güvenlik ve kamu düzeni açısından kırımızı çizgide görülüp ciddi mahzur teşkil edenlerin, Türk vatandaşı olmalarına mâni olmak ise, bunu bir yasak hükmü ile ayrıca düzenlenilerek başvuru kapısını baştan ve daha sıkı kapatılabileceği düşünülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde (1) hükümete muhalefet etmeyi savunan ya da öğreten herhangi bir kuruluşun üyesi olan ya da böyle bir kuruluşla ilişkisi olan (2) Birleşik Devletler Komünist Partisine üye olan ya da parti ile ilişkisi bulunan; Birleşik Devletler'de herhangi bir totaliter partiye üye olan ya da böyle bir parti ile ilişkisi bulunan; Komünist Siyaset Derneğine üye olan ya da dernek ile ilişkisi bulunan; ABD'de herhangi bir eyalette yahut herhangi bir yabancı devlet veya yabancı bir devletin siyasi/coğrafi bölünmüş kısmında faaliyet gösteren komünist/totaliter bir partiye üye olan ya da böyle bir parti ile ilişkisi bulunan; bu gibi nitelikleri haiz bir parti ya da derneğin bağlı kuruluşlarına ya da şubelerine üye olan veya bunlarla ilişkisi olan; ad değişikliği yapılmış olsa bile anılan nitelikleri haiz bir parti ya da derneğin selefi konumundaki parti ya da derneğe -başvuru tarihinde bu hususun bilinmediği ayrıca ispat edilmedikçe- üye olan yahut bunlarla ilişki-

Hangi faaliyetlerin milli güvenlik ve kamu düzenini bozan faaliyetler olduğunu belirleme hususunda idareye verilmiş takdir yetkisinin içeriğini somutlaştırmak bakımından TVKUY m.72/v'te Türk vatandaşlığına engel teşkil eden durumlar açıkça sayılmıştır. Buna göre; anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunan; bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yapan veya bunları maddi olarak destekleyen; Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu<sup>129</sup> kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyette bulunan, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katılan; silah ve uyuşturucu kaçakçılığı yapan; insan kaçakçılığı ve insan ticareti yapan veya yapanlarla ilişki içinde bulunan; taksirli suçlar hariç, erte-

---

si olan (3) uluslararası kominizm doktrinlerine ya da Birleşik Devletler'de totaliter bir diktatörlüğün kurulması hedeflerine sahip bir örgütlenmenin amaçlarını, o örgütlenmeden ekonomik destek alarak yazılı basın yolu ile savunan (4) ABD Hükümeti'nin, güç ve zor kullanılarak ya da bu uzantıda anayasaya ve hukuka aykırı bir başka yöntemle devrilmesini (a) savunan yahut bunu öğreten eylemleri icra eden veya bunu amaç edinen örgütlenmelerle bağlantıda olan (b) üstlendiği resmi görev ya da kişiliği sebebi ile bir hükümet görevlisini öldüren ya da bu kişiye hukuka aykırı bir saldırıda bulunan (c) veya malına zarar veren (d) ya da sabote eden (5) ABD Hükümeti'nin güç ve zor kullanılarak ya da bu uzantıda anayasaya ve hukuka aykırı bir başka yöntemle devrilmesini savunan görüşleri (a) yazan, yayınlayan ya da yayınlanmasına neden olan, dolaşıma sokan, bilinçli olarak teşhir eden (b) ya da üstlendiği görev yahut kişiliği sebebi ile bir hükümet görevlisinin öldürülmesini ya da bu kişiye hukuka aykırı bir saldırıda bulunulması; (c) malına zarar verilmesi (d) sabote edilmesini görüşlerini yazan, yayınlayan ya da yayınlanmasına neden olan kişilerin vatandaşlığa alınması, 405 (b) bölümündeki hükümler dikkate alınmaksızın, yasaktır (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1424 (a)).

Vatandaşlığa kabulü yasak olanların, eylemlerinin, kural olarak, vatandaşlık başvurusunun yapıldığı ya da yeminden önceki on yıl içinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1424 (c)). Buna karşılık yasak kapsamındaki kişiler, on yıllık süre şartına bakılmaksızın, söz konusu kuruluş ya da derneklere iradeleri dışında üye olduklarını ya da katıldıklarını veya üyeliğin 16 yaşından önce meydana geldiğini ve sona erdiğini veyahut resmi görev sebebiyle katıldığını yahut iş ve yemek gibi zaruri yaşamsal sebeplere dayalı bir mecburiyetten kaynaklı katıldıklarını kanıtlarlarsa, vatandaşlık başvurularının geri çevrilmeyeceği hükme bağlanmaktadır (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım § 1424 (d)).

Vatandaşlığa kabulü yasak kişilerden olmayı sağlayan eylemlerin bu niteliklerini belirlemeye Savunma Bakanlığının uygun görüşü alınarak Merkez İstihbarat Direktörü yetkilidir; ABD'nin ulusal güvenlik veya ulusal istihbarat misyonuna katkı sağlayacak faaliyetler kapsamında görülen durumlarda ise Savunma Bakanlığı, Başsavcı ve İç Güvenlik Bakanlığının uygun görüşlerinin alınması gerekmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım § 1424 (e)).

<sup>129</sup> RG: 1204.1991 (T); 20843 (S)

lenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklaması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi altı aydan fazla hapis cezası bulunanlar, Türk vatandaşı olamazlar.<sup>130</sup> Hükümden, sayılan durumların tahdidi olarak belirlendiği; yabancının, Türk vatandaşlığını engelleyen söz konusu suçları işlediği zaman ve şartların dikkate alınmadığı; hayatının herhangi bir döneminde, örneğin yaşı küçükken ya da iradesi ortadan kaldırılarak, suça karışmakla başvuru tarihinden önceki ikamet döneminde bu suçları işlemek arasında bir fark yaratılmadığı anlaşılmaktadır.

İlgilinin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel oluşturacak bir hâlinin bulunup bulunmadığı, başvuru sahibinin yerleşim yeri İl Emniyet Müdürlüğüne yapılacak soruşturmanın konusudur (TVKUY m.18/1-a, m.72/1). Bu amaçla, Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünden arşiv araştırması talep edi-

<sup>130</sup> Danıştay 10.Dairesi'nin 27.03.2019 tarihli ve E.2014/5151, K.2019/2455 sayılı kararına konu olan olayda, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 11.maddesi kapsamında yaptığı Türk vatandaşlığı başvurusu, "milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hâli" bulunduğu gerekçesiyle reddedilen Rusya vatandaşı davacı, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün red işleminin iptali için Ankara 13. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. İlk Derece Mahkemesi kararında özetle, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 11.maddesinde aranılan şartları taşıyan davacının, Türkiye'deki sosyal hayata adapte olduğu ve yeterli düzeyde Türkçe konuştuğu; Türkiye'de tektitil alanında iki şirketinin bulunduğu ve ticari faaliyetleri sayesinde net bir şekilde geçimini sağlayacak geliri bulunduğu; Türk vatandaşı ile evli olduğu ve evliliklerinin anlaşılabilir olmadığı; yargılanmış olduğu iki olayın adi vakalar olduğu ve yabancı kökenli şahıslar ile ceryan ettiği; Türk vatandaşlarına karşı da herhangi bir olumsuz tutum sergilemediği; dolayısıyla, davacının, yargılanmış olduğu fiiller nedeniyle milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hâli bulunduğu bahsedilemeyeceği hususları gerekçe gösterilerek davacının, Türk vatandaşlığı başvurusunun reddine ilişkin işlem iptal edilmiştir. Temyiz incelemesinde, davalı idare tarafından, davacı hakkında Emniyet Genel Müdürlüğüne yapılan soruşturma neticesinde davacının basit yaralama ve tehdit suçlarından adli para cezası ve hapis cezası ile cezalandırıldığı; bu cezalar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği; Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72. maddesinin 5. fıkrasında, taksirli suçlar hariç olmak üzere erelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanların Türk vatandaşlığını kazanamayacağı düzenlenmesine yer verildiği dikkate alınarak; kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması gerekçesiyle mevzuata uygun olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı tespit edilmiş; işlemde hukuka aykırılık; işlemin iptali kararında hukuki isabet görülmemiş Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 26.05.2014 tarih ve E:2013/1866, K:2014/963 sayılı kararı bozulmuştur (Erişim) <https://www.kazancı.com> -ET: 03.03.2020.

lebilmektedir (TVKUY m.35/ıı-m.72/ı). Yapılan araştırma ve soruşturmanın geçerlilik süresi bir yıldır. Ancak gerekli görüldüğü takdirde bu süre bitmeden de yeni araştırma ve soruşturma yapılabilmektedir (TVKUY m.72/ıv).

## C) BAŞVURU SÜRECİ

### 1. Başvuru Makamı

TVK m.11 kapsamında Türk vatandaşı olmak isteyen yabancıların başvurularını, yurt içinde ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere yapmaları gerekmektedir (TVK m.37/ı, TVKUY m.16/ı,<sup>131</sup> TVKUY m.64/ı<sup>132</sup>).

TVKUY m.16/ıı'den, Türk vatandaşlığı başvurusunda bulunanlar hakkında başvuru makamları tarafından bir ön inceleme yapılacağı anlaşılmaktadır. Buna göre a) kendi millî kanununa, vatansız ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmayan, b) başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmeyen, c) yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen; sığınma veya iltica başvuru sahibi, sığınmacı, öğrenim, turistik, öğrenim gören çocuğuna refakat, tedavi gibi amaçlarla ikamete bağlandığı anlaşılan, ç) herhangi bir suçtan dolayı yargılaması devam eden veya hükümlü ya da tutuklu olan,<sup>133</sup> d) başvuru için gerekli belgeleri (TVKUY m.17) ibraz

<sup>131</sup> TVK m.11 ilgi tutularak, sonradan ve yetkili makam kararı ile ilk defa Türk vatandaşı olacak kişiler bakımından başvuru makamını ayrıca düzenleyen Yönetmelik hükmünde geçen "yerleşim yeri" ifadesinin, TVK m.11 kapsamında yabancıların yerleşim yeri edinme zorunluluğunun bulunmadığı hatırlandığında, ikamet edilen -oturulan- yerin valilikleri; TVK m.37/ı ve TVKUY m.64/ı hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde yurt dışından yapılacak başvurular bakımından dış temsilcilikler biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

<sup>132</sup> Yönetmelik hükmünde geçen "yerleşim yeri" ifadesinin, TVK m.11 kapsamında yabancıların yerleşim yeri edinme zorunluluğunun bulunmadığı hatırlandığında, TVK m.37/ı ile uyumlu olarak, ikamet edilen -oturulan- yerin valilikleri biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

<sup>133</sup> Hükümde geçen "herhangi bir suç" ifadesinin, geniş kapsamlı ve belirsiz olup; ön inceleme aşamasının mahiyeti ile örtüşmediği, hükmün Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.72/v'te bildirilen suçları işaret edecek şekilde düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir. İlaveten "herhangi bir suçtan dolayı yargılaması devam eden" kişiler bakımından masumiyet karinesinin dikkate alınmadığı; bu kişiler hakkındaki beraat kararının ardından yeniden başvuru yapıp yapamayacakları hususunun, TVKUY m.73/ııı son cümle düzen-

edemeyen kişilerin başvuruları kabul edilmemekte; bu husus yazılı olarak ilgisine bildirilmektedir.

## 2. Başvuru Belgeleri

Sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılardan on iki adet belgeyi temin etmeleri istenmektedir. TVKUY m.17 uyarınca başvuru için gerekli belgeler, a) isteği belirten form dilekçe,<sup>134</sup> b) kişinin hangi devlet vatandaşı olduğunu gösteren pasaport veya benzeri belge, vatansız ise teminin mümkün olması halinde buna ilişkin belge, c) kişinin kimlik bilgilerini gösteren doğum belgesi veya nüfus kayıt örneği gibi belge ve evli ise eş ve çocuklarının aile bağınyı kanıtlayan nüfus kayıt örneği veya benzeri belge, ç) medeni hâl belgesi ve evli ise evlenme belgesi, boşanmış ise boşanma belgesi, dul ise eşine ait ölüm belgesi, d) Türk vatandaşı birinci veya ikinci derece yakınları varsa bu kişilere ait müracaat makamlarınca sistemden alınan nüfus kayıt örneği, e) kişinin genel sağlık bakımından tehlike teşkil edecek bir hastalığı bulunmadığına dair, usul ve esasları Sağlık Bakanlığınca belirlenmiş olan sağlık raporu, f) Türkiye’de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağladığına dair gelirini veya mesleğini ispatlayan çalışma izni, vergi levhası, taahhütname veya benzeri belge, g) başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet ettiğine dair il emni-

---

lemesine rağmen, açıkça düzenlemediği görülmektedir. Ayrıca, TVKUY m.17/1-h’de yer alan “kesinleşmiş olma” şartı sebebiyle TVKUY m.16/1-d’deki “devam eden” ifadesi çelişki yaratmaktadır.

<sup>134</sup> Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan (TVKUY m.76/1) form dilekçe’de Türk vatandaşı olmak isteyen kişiye ilişkin bilgiler; iletişim ve diğer bilgiler, medeni hâl bilgileri; eşe ait bilgiler, kendisi ile birlikte Türk vatandaşı olmak isteyen ergin olmayan çocuklara ilişkin bilgilerden oluşan beş bölüm düzenlenmekte; form dilekçenin sonunda “5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 11.maddesi uyarınca Türk vatandaşlığını genel hükümlere göre kazanmak istiyorum. Yukarıdaki bilgilerin doğruluğunu beyan eder, gereğinin yapılmasını arz ederim” şeklinde bir beyan cümlesi yer almaktadır. Form dilekçede, ikamet adresi yerine yerleşim yeri adresinin istendiği, başvuru sahibinin çok vatandaşlık durumunun dikkate alınmadığı, başvuru sahibinin ve ergin olmayan çocuklarının dinlerinin sorulduğu, aynı bilginin eş bakımından istenmediği, dinsiz olma seçeneğine yer verilmediği, başvuranın cinsiyet kimliğinin sınırlandırılmış olduğu görülmektedir.

(Erişim) [https://.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi/gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/Formlar/Vatandaslik/Vat3\\_genel\\_Kazanma.pdf](https://.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi/gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/Formlar/Vatandaslik/Vat3_genel_Kazanma.pdf) -ET: 18.02.2021.

yet müdürlüğünden alınacak yurda giriş ve çıkış tarihlerini gösterir belge, ğ) başvuru tarihinden ileriye doğru vatandaşlık işlemlerinin sonuçlandırılmasına yetecek süreli ikamet tezkeresi, h) herhangi bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunuyorsa onaylı örneği i) kişinin doğum tarihinin ay ve günü bulunmuyorsa doğum tarihinin tamamlanması için ülkesinin yetkili makamlarından alınmış belge, belgenin temin edilememesi halinde ise Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun<sup>135</sup> 39. maddesi gereğince işlem yapılmasını kabul ettiğine dair imzalı beyanı, i) hizmet bedelinin maliye veznesine yatırıldığını gösteren makbuz şeklide sayılmaktadır.<sup>136</sup>

TVKUY m.17 uyarınca başvuru için gerekli belgelerden yabancı makamlarca verilmiş olan resmi belgelerin tasdik işlemlerinin, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin<sup>137</sup> 167. maddesine göre yapılacağı düzenlenmektedir (TVKUY m.67/ı). Buna karşılık diploma, pasaport gibi belgelerin Türkçe tercüme ve noter tasdikli olması yeterli kabul edilmektedir. (TVKUY m.67/ıı).<sup>138</sup>

Vatandaşlık başvurusunda bulunan yabancıların vatansız olması ya da vatandaşlığını taşıdığı devlet makamlarından TVKUY m.17 gereğince istenen belgeleri alamaması veya bu makamlarca istenen belgelerden herhangi birinin düzenlenememesi ihtimalinde, İçişleri Bakanlığında alınacak talimata göre işlem yapılacağı düzenlenmektedir (TVKUY m.39/ı). Bu bağlamda Bakanlık, temin edilemeyen belgenin istenmemesi yolunda talimat verirse, ilgili kişiden söz konusu belge veya belgelerde bulunması gereken bilgileri içeren yazılı beyanı alınmaktadır (TVKUY m.39/ıı).

Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılardan, başvuru belgeleri ile, yabancı kimlik numarası, e-posta adresi, din bilgisi, ceza mahkumiyeti, sağlık ve biyometrik fotoğrafı gibi özel kişisel veri niteliğini haiz bilgiler istenmektedir. Hâli ile bu bilgilerle işlem tesis eden gerçek ve

<sup>135</sup> RG:29.04.2006 (T); 26153 (S)

<sup>136</sup> Başvuruda bulunan kişi adına istenen belgelerden birer adedi asıl, birer adedi fotokopi olmak üzere iki dosya düzenlenmekte; dosyanın aslı, içerisindeki belgeleri gösteren dizi pusulasına bağlanarak Bakanlığa gönderilmekte, ikinci örneği ise müracaat makamında muhafaza edilmektedir (TVKUY m.73/ı).

<sup>137</sup> RG: 23.11.2006 (T); 26355 (S)

<sup>138</sup> Gerekli görülen hâllerde ikamet tezkerelerinin aslına uygunluğunun tasdiki il müdürlüklerince de yapılabilmektedir (TVKUY m.67/ııı).



tüzel kişilerin, kişisel verilerin korunması hukuku kapsamındaki tedbir yükümlülüklerine uygun hareket etmeleri; bu bağlamda olabildiğince az sayıda ve belirli kişilerin yetkilendirilerek veri güvenliğinin sağlanması gerekmektedir. Veri güvenliğinin teminatı ile ilgili tek düzenleme olan TVKUY m.73/11 hükmü uyarınca, vatandaşlık başvurusunda bulunan kişi hakkında verilecek kararın ilgisine tebliğinden sonra başvuru makamınca saklanan dosyanın mevzuatına göre imha edilmektedir.

Türk vatandaşı olmak isteyen yabancıların, TVKUY m.17'de belirtilen belgelerle birlikte, başvurularını bizzat veya bu hakkın kullanılmasına ilişkin özel vekaletname ile yapmaları gerekmektedir (TVKUY m.64/1). Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te posta yolu ile yapılan başvuruların kabul edilmediği açıkça hükme bağlanmaktadır. Teknolojik gelişim hızı ve Covid-19 pandemisi gibi bir dönemin tecrübe edildiği göz önünde bulundurulduğunda başvuru sürecinin dijitalleşmesine yönelik bir tasarıma ihtiyaç duyulacağı düşünülmektedir.<sup>139</sup>

### 3. Başvuru Maliyeti

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda, sonradan ve yetkili makam kararı ile 11.madde kapsamında vatandaşlık elde edecekler de dahil olmak üzere, vatandaşlık işlemlerine ilişkin bir hizmet bedelinden bahsedilmekte;<sup>140</sup> bedelin İçişleri Bakanlığı ve Maliye Bakanlığınca

<sup>139</sup> Dijitalleşme adımlarının, başvuru sürecinin daha etkin işletilmesine katkısı, aktörler arası koordinasyon güçlüğü ve dosyaların karışıklığı sebebiyle tartışılmaktadır. İspanya, Estonya, Finlandiya, İtalya, İsveç ve İngiltere, vatandaşlık başvuru formlarının çevrimiçi doldurulmasını kabul etmektedir. Estonya'da, ilaveten başvuru formunun e-posta aracılığı ile gönderilmesi de mümkün kılınmaktadır. Kıbrıs, Fransa, Almanya, Litvanya, İrlanda ve Portekiz'de ise çok yakın bir gelecekte, çevrimiçi uygulamaların hayata geçirileceği ifade edilmektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 23 (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

<sup>140</sup> Vatandaşlık başvurusu hizmet bedeli olarak dosyada başvurusu bulunan her bir kişi için 15 TL, defterdarlıklar içindeki muhasebe müdürlüğüne veya kaymakamlık içindeki mal müdürlüğüne yatırılmaktadır. (Erişim) <https://www.nvi.gov.tr/sss-vatandaslik-hizmetleri> -ET:01.02.2021.

Bursa Valiliği'nin internet sitesinde yayınlanmış olan vatandaşlık hizmet bedelleri başlıklı yazıda, 09.07.2018 tarihinden itibaren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 11.maddesi kapsamındaki işlemler yönünden hizmet bedelinin baş-



belirleneceği; başvuranlardan tahsil edilen hizmet bedeli tutarlarının bütçeye gelir kaydedileceği bildirilmektedir (TVK m.45/ı).<sup>141</sup>

#### D) DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmayı temin eden süreçte, başvurudan sonra bir değerlendirme süreci başlatılmakta; değerlendirme süreci kendi içinde soruşturma, inceleme/araştırma ve karar olmak üzere farklı aşamalarda gerçekleşmektedir.

Başvuru dosyası tamamlanan yabancı hakkında İl Emniyet Müdürlüğünden soruşturma yapması istenmektedir (TVKUY m.17/ıı). İl Emniyet Müdürlüğünce yürütülen soruşturmada yabancının a) milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından Türk vatandaşı olmaya engel

---

vuruda bulunanlar ve bu kişiler ile birlikte işlem gören her bir kişi için 115 TL olarak belirlendiği bilgisine rastlanmış olup (Erişim) <http://www.bursa.gov.tr/vatandaslik-hizmet-bedelleri> -ET: 01.03.2021; bilginin teyidi için 01.03.2021 tarihinde Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetleri İşleri Genel Müdürlüğü'nün vatandaşlık hizmetleri@nvi.gov.tr adresine e-posta ile başvurulmuş ancak geri dönüş alınmamıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluk İşlemleri internet sitesinde Türk vatandaşlığı başvurularında posta masrafı Fransa'nın Paris Başkonsolosluğu'ndan 6 Euro; Amerika Birleşik Devletleri New York Konsolosluğu'nda 31 Euro olarak belirtilmektedir. (Erişim) <https://www.konsolosluk.gov.tr/Procedure/ShowProcedureDetail/?procedureId=7&procedureDetailId=5050> -ET: 28.02.2021.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde, vatandaşlık başvurularının toplam maliyeti önemli ölçüde farklılıklar göstermektedir. Çekya, Hırvatistan, Macaristan, Lüksemburg ve Slovakya'da başvuru aşamasında hizmet bedeli tahsil edilmemektedir. Vatandaşlık edinmenin maliyeti, genellikle, başvuru ücretinin ötesinde, idari bir ücret, vatanadaş olunduktan sonra tahsil edilecek harçlar, vatandaşlık törenine katılım, dil ve kültür kurs ve test ücretleri gibi, geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Bu bağlamda Avusturya, Kıbrıs, İrlanda ve İngiltere'de -üyelik döneminde- maliyet, ortalama 1000 Euro'yu bulmaktadır. Öte taraftan Çekya, Yunanistan, İrlanda, Letonya ve Hollanda'da uluslararası koruma statüsü sahipleri ya da vatansızlar gibi özel kategorideki yabancılardan söz konusu ücretler ya oldukça düşük meblağ olarak tahsil edilmekte ya da ücretlerden feragat edilmektedir. Fransa'da 55 Euro, Almanya'da yetişkinler için 255, küçükler için 51 Euro, İsviçre'de 150 Euro, İspanya'da 102 Euro, Belçika'da 150 Euro başvuru ücreti olarak tahsil edilmekte; diğer kapsamdaki işlemler için tanımlanmış bir hizmet bedeli bulunmamaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 23-24.

(Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

<sup>141</sup> 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na göre (06.01.1961 (T);10700 (S)) geliri olmayanlar ve kendileri ile birlikte işlem gören ergin olmayan çocukları için vatandaşlık işlemlerinde hizmet bedeli alınmamaktadır (TVK m.45/ıı).

teşkil edecek bir hâlinin bulunup bulunmadığı, b) iyi ahlak sahibi olup olmadığı, c) hangi tarihte Türkiye'ye geldiği, ikamet tezkeresinin hangi amaçla verildiği, müracaat tarihinden geriye doğru ne kadar süre Türkiye'de ikamet ettiği, bu süre içinde yurt dışına çıkış yapıp yapmadığı, yapmış ise tarihleri ve süresi tespit edilmektedir (TVKUY m.18/1).

Soruşturması tamamlanan yabancıнын dosyası, il müdürlüğüne iade edilerek buradan Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonuna gönderilmektedir.<sup>142</sup> Başvuru şartlarına uygunluk, Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu tarafından incelenmektedir (TVK m.18/1, TVKUY m.69/1). İnceleme esnasında yabancıнын a) başvuruda aranan şartları taşıyıp taşımadığı, b) soy durumu,<sup>143</sup> c) Türkçe konuşma yeterliliği, ç) geçimini ne şekilde sağladığı, d) Türkiye'nin toplumsal yaşamına uyum sağlayıp sağlamadığı hususlarına bakılmakta ve yabancı mülakata tabi tutulmaktadır (TVKUY m.19/1). Komisyon, Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılarda aranan başvuru şartlarının bulunup bulunmadığını inceledikten sonra, açık kanaatini de ekleyerek (TVKUY m.19/1, 70/iv), dosyayı il müdürlüğüne geri göndermektedir (TVKUY m.19/1).

İl müdürlüğü, Türk vatandaşı olmak için aranan şartları taşıdığı değerlendirilmesini içeren dosyaları, karar alınmak üzere İçişleri Bakanlığına havale etmektedir (TVK m.19/1, TVKUY m.19/iv). Sonradan ve TVK m.11 kapsamında Türk vatandaşı olmada karar merci, İçişleri Bakanlığıdır (TVK m.19/1, TVKUY m.19/iv). Bakanlığa gönderilen dosya üzerinde yapılan inceleme sürecinde varsa eksik olan bilgi ve belgeler tamamlattırılmaktadır (TVKUY m.35/1).

Başvuru şartlarını taşımadığı anlaşılan yabancıların dosyalarına ilişkin ret kararını vermekle yetkili mercinin neresi olduğu ile ilgili olarak TVK ve TVKUY hükümlerinde farklı düzenlemeler bulunmaktadır. TVK m.19/'de uygun görülmeyen dosyaların İçişleri Bakanlığınca reddedileceği düzenlenmişken; TVKUY m.19/v'te başvuru şartlarını

<sup>142</sup> Komisyon, il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il müdürlüğü, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, il milli eğitim müdürlüğü ve sosyal hizmetler müdürlüğünden en az şube müdürü düzeyinde görevlendirilen temsilcilerden oluşmaktadır (TVKUY m.69/1).

<sup>143</sup> Yabancıнын soy durumu; Türk kültürüne yakınlığı, örf ve adet birlikteliği ile geldiği bölge ve ana veya babanın soyu esas alınarak; Türk soylu, yabancı soylu veya soyu tespit edilemeyen şekilde belirlenmektedir (TVKUY m.19/1).

taşımadığı anlaşılan yabancıların dosyalarının Bakanlığa gönderilmeyeceği ve il müdürlüğünce ilgisine bu yönde tebliğ yapılacağı ifade edilmektedir. Bu hususta Kanun'daki düzenlemenin esas olduğu ve bu yöndeki değerlendirmeyi destekleyecek bir başka hükme TVKUY m.73/III'te yer verildiği düşünülmektedir. Buna göre başvuruda bulunan kişinin talebinin reddi hâlinde Bakanlık'ta tutulan dosyası işlem-den kaldırılarak ilgili mevzuatına göre işlem yapılmaktadır.

Başvuru şartlarını taşımadığı gerekçesi ile talepleri geri çevrilen yabancıların, aynı kapsamda, vatandaş olmak için bir kez daha başvurmaları mümkündür. Bu ihtimalde yeniden başvuruda bulunulduğunda usulüne uygun şekilde başvuru makamlarınca yeni bir başvuru dosyasının düzenleneceği hükme bağlanmaktadır (TVKUY m.73/III) Ancak dosyası reddedilen yabancıların, ret kararından ne kadar bir süre sonra Türk vatandaşı olmak için yeniden başvurabileceği ve ikamet süresinin nasıl hesaplanacağı belirtilmemektedir.

İçişleri Bakanlığı tarafından, TVK m.11 kapsamında Türk vatandaşı olmaları takdir edilen yabancılar ve başvuru makamlarına bu yöndeki karar tebliğ olunmakta (TVK m.41/1);<sup>144</sup> vatandaş olanlara herhangi bir kabul merasimi düzenlenmemektedir.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> Hükümden, Türk vatandaşlığı kararlarının yabancılar ve başvuru nakamlarına İçişleri Bakanlığı tarafından ayrı ayrı tebliğ olunacağı anlaşılma birlikte uygulamada kararlar, ilgililere duyuru yapılmak üzere ilgililerin başvuru makamlarına iletilmekte; duyuru belgeleri, başvuru makamlarınca ilgililere imza karşılığı teslim edilmekte; duyuru belgeleri ikamet adreslerine posta edilmemektedir. Bundan sonra ilgilinin, Türk vatandaşı olduğuna dair duyuru belgesi ile ilçe nüfus müdürlüğü ya da dış temsilciliklere, Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartı başvurusunda bulunması gerekmektedir (Erişim) <https://www.nvi.gov.tr/sss-vatandaslik-hizmetleri> -ET:01.02.2021.

<sup>145</sup> Avusturya'da, Kıbrıs'ta, Çekya'da, Almanya'da Yunanistan'da, Macaristan'da, İrlanda'da, İtalya'da, Litvanya'da, Lüksemburg'da, Hollanda'da, Slovakya'da ve İngiltere'de vatandaşlığa kabul sürecinin zorunlu son aşaması olarak bir vatandaşlık törenine katılma ve/veya yemin verme uygulaması bulunmaktadır. İrlanda'da bu aşama, yeni vatandaşların ağırlanması, devlete olan sadakatin açıklanması ve başvuranın fiziksel olarak doğrulanması biçiminde görülmektedir. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 22. (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) -ET:13.12.2020.

Amerika Birleşik Devletleri'nde başvuru ya da yargı yetkisine sahip bir mahkeme önünde halka açık bir törenle yemin verdirilmektedir. Yeminin içeriği, ABD Anayasası'nı desteklemek, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu önceki yabancı prens/hükümdar/devlet/egemenliğe yönelik tüm sadakat bağlılıktan tamamen vazgeçmek, ABD Anayasası'nı ve yasalarını, yerli ve yabancı tüm düşmanlara kar-

## E) SÜRE

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ve Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükümlerinde, vatandaşlık başvurusunun yapıldığı tarihten sonra ne kadar bir süre içinde sürecin tamamlanacağı düzenlenmemekte,<sup>146</sup> bu marifetle öngörülebilirlik temin edilememektedir.<sup>147</sup>

şii desteklemek ve savunmak, aynı inanç ve bağlılığı taşımak, yasalar gerektirdiğinde ABD adına silah taşımak, silahlı kuvvetlerde savaş dışı hizmet gerçekleştirmek, ulusal öneme sahip işleri sivil yönetim altında yapmak hususlarını kapsamaktadır. Vatandaşlığa kabul edilen kişilerin, bu kapsamda yemin vermeleri kural olmakla birlikte başvuru tatmin edecek şekilde açık ve ikna edici delillerle, din eğitimi ve inancı sebebiyle Birleşik Devletler silahlı kuvvetlerinde silah taşımaya ya da benzer hizmet görmeye karşı olduğunu göstermiş kişiler yemin metnindeki bu yöndeki cümleleri söylemeksizin yemin etmektedir. Dini eğitim ve inanç terimi, kişinin toplumsal ilişkilerinde diğer insanlarla ayrıştığı politik, sosyolojik, felsefi görüşleri ya da bireysel ahlak normlarını değil; yüce bir varlıkla kurduğu ilişkiye olan inancını ifade etmektedir. Çocuklar yaşları itibarıyla ya da fiziksel/zihinsel engelli olanlar yeminin manasını anlamayacak iseler, başvuru kararı ile yeminden muaf tutulabilmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım- §1448 (a)).

<sup>146</sup> Süre bilgisi içeren tek hüküm olan TVKUY m.70/ıı'te Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonunun gündem olması hâlinde en geç on beş gün içinde toplanacağı, Komisyonun toplanacağı tarihlerin Komisyon başkanınca iş yoğunluğunun göre belirleneceği düzenlenmektedir. Buna karşılık, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün iller bazında yayımladığı Kamu Hizmet Standartları'nda 5901 s.TVK m.11 kapsamındaki başvurularda başvuru işlemlerinin en geç 20 dakika; inceleme işlemlerinin 8-10 ay arasında tamamlanacağı bildirilmektedir (Erişim) <https://www.nvi.gov.tr/il-mudurlukleri> -ET: 01.01.2021. Aynı doğrultuda Ankara İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürlüğü Hizmet Standartları'nda 5901 sayılı TVK m.11 kapsamındaki işlemlere yönelik olarak başvurunun 20 dakika, başvuru sonrası Komisyona alınma ve il emniyete il güvenlik soruşturması için gönderilme süresi 5 iş günü (Erişim) <http://ankara.gov.tr/il-nufus-mudurlugu> -ET: 01.01.2021, Komisyonda mülakat süresinin 10 dakika olduğu düzenlenmektedir (Erişim) <http://ankara.gov.tr/kurumlar/ankara.gov.tr/HizmetBirimleri/Kamu-HizStand/AnkarallNufusHST.pdf> -ET: 01.01.2021.

<sup>147</sup> Başvuru sürecinin sonlandırılması ile ilgili olarak Avusturya ve Belçika'da minimum 6 ay; Slovakya'da 24 ay; İtalya'da 48 aylık süreler düzenlenmekte; Avusturya'da küçükler bakımından olabildiğince kısa bir sürenin geçirilmesi gerekliliğinden bahsedilmektedir. Kıbrıs, Almanya, Hırvatistan, Macaristan, İrlanda, Portekiz, İsveç ve İngiltere'de ise herhangi bir süre düzenlemesi bulunmamakla birlikte sürecin uzun yürütülmemesi hususu vurgulanmaktadır. EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, s. 22. (Erişim) [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf) - ET:13.12.2020.

Amerika Birleşik Devletleri'nde inceleme sürecinin başladığı tarihten itibaren 120 gün içinde bir karar verilememişse başvuranın ikamet ettiği yerin bölge mahkemesine başvurma hakkı bulunduğu düzenlenmektedir (INA12.Bölüm-Üçüncü Alt Bölüm-İkinci Kısım §1447 (b)).

## VI. SONUÇ

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun, vatandaşlığın izafesini, mülga vatandaşlık kanunlarındaki temel anlayış doğrultusunda doğum olayına ve doğum dışı nedenlere bağladığı; vatandaşlık vasfının oluşumunu, "kazanma" kelimesi ile açıkladığı görülmektedir. Çalışmamızın "ifade sarmalı" başlıklı kısmında açıklanmaya çalışıldığı üzere, "kazanma" doğrudan gerçekleşmek veya sonradan yapılmak anlamlarını kapsayıcı bir kavram değildir. Lisanımızda meydana gelmek, varlık kazanmak, gerçekleşmek ya da yapılmak anlamlarının karşılığı olarak kullanılan kelime "olmak"tır. Vatandaşlığın hukuki ve siyasi bir bağlılık durumuna vücut vermesi sebebiyle, yetkili makam kararı ile sonradan vatandaş kılınmanın, vatandaş olmayı sağlayan yollardan bir tanesi olarak tanzim edilebileceği; mevcut 10.maddedeki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda vatandaşlık vasfının, bahsedilen bir statü/vasıf olarak vurgulanabileceği düşünülmektedir

5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu m.11 uyarınca yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmak isteyen yabancıların, kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olma, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etme, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etme, genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığı bulunmama, iyi ahlak sahibi olma, yeteri kadar Türkçe konuşabilme, Türkiye'de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire ve mesleğe sahip olma ile milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartlarını birlikte taşıması gerekmektedir. Ancak Kanun'da sayılan şartlara uygunluk, yalnızca başvurma hakkı yaratmakta; vatandaşlık statüsü, İçişleri Bakanlığının takdiri üzerine yüklenilmektedir.

TVK m.11 kapsamında Türk vatandaşı olmak isteyen yabancıların belirtilen şartların tamamamını taşıması gerekmektedir. Pratikte bir farklılık yaratmayacak olmakla birlikte kanun metnindeki dizmenin, ilk okuyuşta bir anlam geçirmesi sebebiyle, önemli olduğu; dolayısıyla, örneğin, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartının, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etme şartından sonra; yeteri kadar Türkçe konuşabilme şartının ise hemen ardından sayılabileceği düşünülmektedir.

Sonradan ve yetkili makam kararı ile Türk vatandaşı olmanın başvuru şartlarının, yeni bir topluma uyum sağlamayı kolaylaştıran, birliktelik içinde akıp gidecek bir yaşamla bağ kuran, yakınlaştıran şartlar olduğu söylenebilmektedir. Vatandaşlığın sosyal yönü ve ülkemizin göç alan özelliği üzerinden düşünüldüğünde, toplumsal bütünleşme gerçek bir hedef ise, 11. maddede sayılan şartları, bunun temelini atan şartlar olarak değerlendirmenin ve sonradan ve yetkili makam kararı ile özellikle ilk defa Türk vatandaşı olacak yabancıların hepsi bakımından aramanın daha tesirli olacağı farz edilmekte; bu bakımdan TVK m.11'deki şartların sonradan yetkili makam kararı ile ilk defa vatandaş olmayı sağlayan tüm yollar bakımından kanuni ortak küme şartları olarak kabul edilebileceği, hiç birinden vazgeçilmemesi gerektiği ancak vatandaş olmayı temin eden diğer yollar bakımından muhtevalarının değiştirilebileceği düşünülmektedir.

Kanaatimizce, Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olma, başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etme, Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etme, yeteri kadar Türkçe konuşabilme ile Türkiye'de kendisinin ve geçimi ile yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire ve mesleğe sahip olma şartları yeterlik; genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığı bulunmama, iyi ahlak sahibi olma yetkinlik; milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama ise kısmen yeterlik kısmen yetkinlik belirtmektedir. Bu açıdan yaklaşıldığında idarenin, sonradan ve yetkili makam kararı ile özellikle ilk defa Türk vatandaşı olacak kişileri kabule yönelik şeffaflığı ve samimiyeti sorgulanır hâle gelmektedir. Özellikle, ahlakın hukukiliği tartışmalarına girmeden, ahlak kavramının tanımlanmasında dayatılan "*değer yargılarındaki ortaklık*" ifadesinin; siyaset ehilleri tarafından kurgulanmış bir değerler listesinin, toplumsal gerçeklikle bağdaşmama ihtimalinin bulunduğundan hareketle, göreceliğine işaret etmek istiyoruz. Bu bakımdan iyi ahlak sahibi olma kriterinin vatandaş olmanın gerekliliklerini kavrama ve buna uygun hareket etme gibi, toplumsal hayata katılımı ölçümleyen bir bakış açısından yeniden değerlendirilmesinin gerektiği; bu hâli ile açık ayrımcılık gözetildiği düşünülmektedir.

Öte taraftan Türkçe bilme şartının, sosyal farklılaşma konusunda bölünmeyi değil; birliği besleyen en önemli güç olduğuna inanılmak-



tadır. Yeteri kadar Türkçe konuşmak şartının, dilin bütünleştirici ve kaynaştırıcı kültür unsuru özelliği hatırlanarak iyi derecede Türkçe konuşmak biçiminde; hatta Türkçe konuşma-anlama-yazma yeterliliklerinin seviyeler ile belirlenerek örneğin iyi derece konuşma ve anlama, orta derece yazma gibi, alanın uzmanlarınca işaret edildiği şekilde düzenlemesine ihtiyaç bulunduğu değerlendirilmektedir.

Türk vatandaşı olmak isteyen yabancılardan, başvuru belgeleri ile, yabancı kimlik numarası, e-posta adresi, din bilgisi, ceza mahkumiyeti, sağlık ve biyometrik fotoğrafı gibi özel kişisel veri niteliğini haiz bilgiler istenmektedir. Hâli ile bu bilgilerle işlem tesis eden gerçek ve tüzel kişilerin, kişisel verilerin korunması hukuku kapsamındaki tedbir yükümlülüklerine uygun hareket etmeleri; bu bağlamda olabildiğince az sayıda ve belirli kişilerin yetkilendirilerek veri güvenliğinin sağlanması gerekmektedir.

TVKUY'te başvuru ve değerlendirme süreçlerinin oldukça karmaşık düzenlendiği; sürecin tamamlanmasına yönelik azami bir sürenin belirtilmemiş olmasının adalet ve öngörülebilirlik ilkelerini zedelediği; TVK m.11 kapsamında başvuru yapanlara ilişkin hiçbir istatistik bilgisinin oluşturulmadığı; bu kapsamda en azından kaç kadın ya da erkeğin başvurusunun olumlu sonuçlandırıldığına öğrenilebilmesi gerektiği; teknolojik gelişim hızı ve Covid-19 pandemisi gibi bir dönemin tecrübe edildiği göz önünde bulundurulduğunda başvuru sürecinin dijitalleşmesine yönelik bir tasarıma ihtiyaç duyulacağı düşünülmektedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akipek Jale G., Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 5.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Alba Meraz Alejandro Roberto, Complex Citizenship and Globalization, Philosophy Of Globalization, Book Editor(s): Concha Roldán, Daniel Brauer and Johannes Rohbeck, 2018.
- Aybay Rona, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Aybay Rona, Elif Oral, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.



- Bal Yakup, Karabulut Mustafa, Şahin Yahya, Danıştay 10.Daire Kararları, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Bauböck Rainer, Ersbøll Eva, Groenendijk Kees, Waldrauch Harald, Acquisition and Loss Of Nationality Policies and Trends in 15 European States Volume 2: Co-country Analyses, Amsterdam University Press, 2006.
- Berki Osman Fazıl, Devletler Hususi Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949.
- Brownlie Ian, Principles Of Public International Law, Oxford University Press, 4th Edition, 1996.
- Çağbayır Yaşar, Orhun Yazıtlarından Günümüze Türkiye Türkçesinin Söz Varlığı-Büyük Türkçe Sözlük, Cilt 9, Ötüken Yayınevi, 2016.
- Doehring Karl, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, Ankara, 2001.
- Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 11.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Erdem Bahadır, Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Fişek Hicri, Türk Vatandaşlık Hukuku, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1959.
- Göğler Erdoğan, Türk Tabiiyet Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.
- Gözler Kemal, Devletin Genel Teorisi, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.
- Guimezanes Nicole, The Current Status of Nationality Law in OECD, Naturalisation: A Passport For the Better Integration Of Immigrants? EUDO Publishing, 2011.
- Güngör Gülin, Tabiiyet Hukuku-Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler,7.Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Hailbronner Kay, Nationality In Public International Law and European Law, Acquisition and Loss of Nationality Volume 1: Comparative Analyses, Book Editor(s): Rainer Bauböck, Eva Ersbøll, Kees Groenendijk and Harald Waldrauch, AUP, Rotterdam, 2006.
- Humphrey Marshall Thomas, Bottomore Tom, "Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar", Çev. Ayhan Kaya, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.
- Kuçuradi Ionna, Ahlak ve Kavramları, Uludağ Konuşmaları, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 1988.
- Marshall Thomas Humphrey, Citizenship and Social Class in Citizenship and Social Class: And Other Essays, Cambridge University Press, 1950.
- Nomer Ergin, Vatandaşlık Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.
- Nomer Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Sauvagnac Marcel, Practical Guide To Naturalisation In France: The Acquisition, Loss and Recovery of French Citizenship, Bluebook 21st ed., Stevens and Sons, London, 1909.
- Seviğ Muammer Raşit, Seviğ Vedat Raşit, Devletler Hususi Hukuku, 3.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962.
- Spiro Peter J., EUDO Citizenship Observatory Report On Citizenship Law: United States of America, 2015.

- Stavilă Andrei, 'Citizens-Minus' and 'Citizens-Plus' A Normative Attempt To Defend Citizenship Acquisition As An Entitlement Based On Residence, Thesis Submitted For Assessment With A View To Obtaining The Degree Of Doctor Of Political and Social Sciences Of the European University Institute, Florence, 2013.
- Tiryakioğlu Bilgin, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısına Göre Vatandaşlığın Yetkili Makam Kararı ile Kazanılması, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu-29 Şubat 2008, Bildiriler Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Unat İlhan, Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.
- UNHCR, Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians, France, 2005.
- Wallace Goodman Sara, Naturalisation Policies In Europe: Exploring Patterns Of Inclusion and Exclusion, EUDO Citizenship Observatory, 2010.
- Yörük Abdülhak Kemal, Devletler Hususi Hukuku, C.I, Tan Matbaası, İstanbul, 1938.

### Makaleler

- Erten Rıfat, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı 4, Ankara, 2008.
- Güngör Gülin, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan*, 17-18 MHB, Sayı 1-2, İstanbul, 1999.
- Kaya Cemil, "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık / Egemenlik Hakkı Teorisine", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 7, Ankara, 2016.
- Kerber Linda K., "The Meanings Of Citizenship", *The Journal of American History*, Vol. 84, No. 3, 1997.
- Lazarus Suleman, "Some Animals Are More Equal Than Others: The Hierarchy Of Citizenship In Austria", 8(3), *Laws* 1, 2019.
- Lister Michael, "Marshall-ing Social and Political Citizenship: Towards a Unified Conception of Citizenship", *Government and Opposition*, Vol.40, No.4, Cambridge, 2005.
- Meilaender Peter C., "Liberalism and Open Borders: The Argument Of Joseph Carens", *International Migration Review*, 33, No. 4, 1999.
- Otukoya Bashir, "Super-Citizens: Defining the Good Character Requirement for Citizenship Acquisition By Naturalisation", *Hibernian Law Journal*, 17, 2018.
- Satvinder Juss S., "Nationality Law, Sovereignty, and The Doctrine Of Exclusive Domestic Jurisdiction", *Florida Journal Of International Law*, 9, No. 2, 1994.
- Seglow Jonathan, "Arguments For Naturalisation", *Political Studies*, Vol. 57, 2009.
- Shachar Ayelet, "Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform", *Yale Journal Of Law & the Humanities*, 23, No. 1, 2011.
- Spiro Peter J., "A New International Law Of Citizenship", *American Journal of International Law*, 105, No. 4, 2011.

Tanrıbilir Feriha Bilge, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı İçin Bazı Öneriler", *TBB Dergisi*, Sayı 81, Ankara, 2009.

Weil Patrick, "From Conditional To Secured and Sovereign: The New Strategic Link Between The Citizen and The Nation-state In A Globalized World", *International Journal Of Constitutional Law*, (9) 2011.

Wiesner Claudia, Björk Anna, "Citizenship In Europe After World War II-The Challenges Of Migration and European Integration", *Contributions To The History Of Concepts*, Summer Vol. 9, No. 1, 2014.

### İnternet Kaynakları

<https://archive.org/details/ArapaTrkeSzlz-/page/n805/mode/2up?q=%C4%B1kl>

<https://kazancı.com.tr>

<http://conventions.coe.int/Treatylen/reports/html/166.htm>

<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/genel>

<https://globalcit.eu/acquisition-citizenship/>

EMN, Pathways To Citizenship For Third-Country Nationals In The EU, Synthesis Report, July 2020, [https://www.00\\_eu\\_emn\\_study\\_synthesis\\_report\\_citizenship\\_final\\_en.pdf](https://www.00_eu_emn_study_synthesis_report_citizenship_final_en.pdf)

[www.uscis.gov/policy-manual/volume-12part-f](http://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12part-f)

[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM\\_\\_/d01/c020/mm\\_\\_01020127ss0267.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__/d01/c020/mm__01020127ss0267.pdf)

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d03/c004/tbmm03004080ss0185.pdf>

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss497.pdf>

[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS\\_\\_/t03/c016/cs\\_\\_03016019ss0309.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS__/t03/c016/cs__03016019ss0309.pdf)

<https://perspektif.eu/2020/06/12/eskiden-yeniye-fransiz-laikligi-joan-wallach-scottun-kitapcigi/>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-43843072>

<https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-f-chapter-1>

[https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/5901Sayili\\_Turk\\_Vatandasligi\\_Kanuna\\_Gore\\_Aciklama2009.pdf](https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/5901Sayili_Turk_Vatandasligi_Kanuna_Gore_Aciklama2009.pdf)

Özkan Recep, "Cumhuriyet ve Dil/Toplumsal Birlik Açısından Dilin Önemi", *Milli Eğitim Dergisi*, 160, 2003 (Erişim) [https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli\\_Egitim\\_Dergisi/160/ozkan.htm](https://dhgm.meb.gov.tr/yayimlar/dergiler/Milli_Egitim_Dergisi/160/ozkan.htm)

[https://nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/Formlar/Vatandaslik/Vat3\\_genel\\_Kazanma.pdf](https://nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/Formlar/Vatandaslik/Vat3_genel_Kazanma.pdf)

<https://www.nvi.gov.tr/sss-vatandaslik-hizmetleri>

<http://www.bursa.gov.tr/vatandaslik-hizmet-bedelleri>

<https://www.konsolosluk.gov.tr/Procedure/ShowProcedureDetail/?procedureId=7&procedureDetailId=5050>

<https://www.nvi.gov.tr/il-mudurlukleri>

<http://ankara.gov.tr/il-nufus-mudurlugu>

<http://ankara.gov.tr/kurumlar/ankara.gov.tr/HizmetBirimleri/KamuHizStand/AnkarallNufusHST.pdf>

### **Diğer Kaynaklar**

Boylu Emrah, Yabancılara Türkçe Öğretiminde Ölçme Değerlendirme Uygulamaları ve Standart Oluşturma, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü- Türkçe ve Sosyal Bilimler Eğitimi Anabilim Dalı- Türkçe Eğitimi Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2019.

Farahat Anuscheh, Hailbronner Kay, RSCAS/GLOBALCIT-CR 2020/5 German Report, 2020.

# TANZİMATTAN GÜNÜMÜZE HUKUK MESLEĞİNDE KADIN

## WOMAN IN LEGAL PROFESSION FROM THE TANZİMAT TO THE PRESENT

Belkıs KONAN\*

**Özet:** Kadınların, ataerkil bir yapı ile kurgulanan hukuk mesleğine girmeleri on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından sonra başlamıştır. Dünyadaki örneklerine benzer bir şekilde Türk Hukuk Tarihinde de kadınların hukuk mesleğine girişi geç bir tarihte yaşanmıştır. Bu makalede, kadınların hukuk mesleği içerisindeki yerlerinin Tanzimat Dönemi'nden günümüze kadar hangi aşamalardan geçtiği araştırılmıştır. Makalenin ilk bölümünde Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı Devleti'nde yargı sisteminden bahsedilerek kadınların hâkimlik, avukatlık ve noterlik mesleklerini yapma yetkileri incelenmiştir. Daha sonra erken Cumhuriyet döneminde kadınların hukuk fakültelerine girmeleri ve yargı alanında çalışmaları konusu ele alınmış ve Cumhuriyetin ilk kadın hâkim, savcı, avukat ve noterlerine değinilmiştir. Araştırmamızın son kısmında ise bazı istatistik veriler ışığında kadınların çalışma hayatı ve hukuk mesleği içindeki konumları belirlenmiş ve hukuk alanında daha fazla görünür olmaları için bazı değerlendirmeler yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Tarihi, Osmanlı Hukuku, Kadın, Kadi, Hâkim, Avukat, Hukuk Eğitimi, Hukukçu

**Abstract:** The entry of women into legal profession, which was built with a patriarchal structure, started after the second half of the nineteenth century. Similar to the examples in the world, women's entry into the legal profession took place at a late date in Turkish Law History. In this article, the stages of women's place in the legal profession from the Tanzimat Period to the present were investigated. In the first part of the article, the judicial system in the Ottoman Empire during the Tanzimat Period was mentioned and the authority of women to do the professions of judge, lawyer and notary was examined. Then, the subject of women's entry to law faculties and their work in the judiciary in the early Republic period was discussed and the first female judges, prosecutors, lawyers and notaries of the Republic were mentioned. In the last part of our research, in the light of some statistical data, the position of women in working life and the legal profession has been determined and some evaluations have been made to make them more visible in the field of law.

**Keywords:** History of Law, Ottoman Law, Woman, Kadi, Judge, Lawyer, Legal Education, Jurist

\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, bkonan@ankara.edu.tr, ORCID: 0000 0001 5500 8999, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.06.2021 Kabul Tarihi: 30.06.2021

## Giriş

Dünya tarihine bakıldığında kadınların profesyonel mesleklerle girişi yirminci yüzyılın başlarını işaret etmektedir. Hukuk mesleği içerisinde kadınların konumuna bakıldığında, kadınların uzun bir süre boyunca avukatlık, hâkimlik, savcılık, akademisyenlik ve noterlik gibi mesleklerin dışında tutulduğu görülmektedir. Bu durum hem yasal engellerle hem de toplumsal cinsiyet temelli eşitsizlikler ile temellendirilmiştir. Dünyada bu eşitsizliğe karşı ilk mücadele 1869'da Oowa'da Arabelle Mansfield tarafından başlatılmıştır. Bu gibi mücadeleler meyvelerini 1919'da İngiltere'de kadınların dosya avukatı olması, 1937'de New York Barosu'na kadın avukatların kabul edilmesi, 1931'de Fransa'da hâkimlik ve akademisyenlik mesleklerine kadınların kabul edilmesi ile vermiştir.<sup>1</sup>

Tarihsel süreçte kadınların hukuk mesleğindeki yerini incelerken bu sürecin kümülatif bir süreç olduğunu ve önceki dönemlerin kazanımlarının sonraki dönemleri de etkilediğini göz önünde bulundurmak gerekir. Bir önceki dönemin kazanımlarını, bir sonraki dönem için bir yol haritası, bir binanın temelini atılışı gibi görebiliriz. Ülkemizde bu süreç, Osmanlı'dan Cumhuriyetin ilk yıllarına, oradan da günümüze hukuk ve kadın ilişkisine kadar uzanan bir süreçtir. Bu nedenle makalede ilk olarak Osmanlı Devleti'nde kadınların hukuk mesleklerine girmeleri konusu, hukuk eğitimi ve kadınların eğitim hakkı konuları ile beraber ele alınmıştır. Ardından Cumhuriyet döneminde kadınların hukuk mesleğine girmeleri ve ilk kadın hukukçular incelenmiştir. Son bölümde ise raporlar ve istatistikler ışığında günümüzde kadın hukukçuların konumu ortaya konmuştur.

## I- Tanzimat Döneminde Hukuk Mesleği ve Kadın

Bilindiği gibi Osmanlı Devleti'nde şer'i hukuk ve örfi hukuk olarak ikili bir hukuk yapısı vardır. Osmanlı Devleti, kendisinden önce kurulan diğer İslam ve Türk-İslam devletlerinin yargı teşkilatından esinlenerek yargı örgütünü düzenlemiştir. Tanzimat öncesi Osmanlı yargı teşkilatının temeli tek yargıçlı Şer'iyye Mahkemeleri'nden oluş-

<sup>1</sup> Emine Balcı, "Hukukun Öncü Kadınları: Türkiye'de Kadınların Hukuk Mesleğine Girişi Üzerine Bir İnceleme." Fe Dergi: Feminist Eleştiri, Ankara 2019, C. 11, Ş. 1, s. 36.

muştur. Bu mahkemelerin temel kişisi olan kadı, özel hukuk ve ceza hukuku davaları yanında, örfi davalara da bakmıştır. Şer'iyeye Mahkemeleri, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan devlet sona erene kadar varlığını sürdürmüştür.<sup>2</sup> "Kadı" hem klasik dönem hem de Tanzimat sonrası dönemde ilmiye teşkilatı içinde yer aldığı için çok önemli bir konuma sahip olmuştur. Bu durum kadıların özel bir eğitim alması ve belirli niteliklere sahip olmasını beraberinde getirmiştir.

Kadıların kadı olup olamayacağı konusuna girmeden önce kadılık yapabilmek için gereken şartlara bakmamız gerekir. Bunları kısaca şu şekilde sıralayabiliriz: Müslüman olmak, özgür olmak, baliğ olmak, temyiz gücüne sahip olmak, daha önce zina iftirası suçundan dolayı hüküm giymemiş olmak, adil olmak, erkek olmak.<sup>3</sup> Kadıların erkek ya da kadın olma meselesi ise tartışmalı bir konudur. İslam hukukçularının büyük bir kısmı kadılık yapmak için erkek olma koşulunu ararken, bazı İslam hukukçuları bunun şart olmadığı görüşündedir.<sup>4</sup> Ortaylı, İslam devletlerinde kadınların gerekli niteliklere sahip olsalar dahi kadı olamayacaklarına işaret ederek, bunun tek istisnasının Abbasiler'de Halife Muktedir zamanında Sumeyl adlı bir kadının şikâyetlerin dinlendiği Divan'ul Mezalim'de başkanlık yapması olduğunu belirtmiştir.<sup>5</sup>

Tanzimat Dönemi'nin en önemli kanunlaştırmalarından biri olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de,<sup>6</sup> kadı olabilmek için gerekli nitelikler 16. kitabı olan Kitab-ül Kazâ'nın 1. bâbında düzenlenmiştir. Mecelle'nin 1792. maddesine göre "*hâkim hakîm, fehîm, müstakim, emin, mekin, metin*

<sup>2</sup> M.Akif Aydın, Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli, İsam Yayınları, 1. baskı, İstanbul 2021, s. 150; Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnehal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, 20. baskı, Ankara 2018, s. 222-227.

<sup>3</sup> Halil Cın/Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, 4. baskı, Konya 2011, s. 174.

<sup>4</sup> Tartışmalar için bkz: Bekir Karadağ, "İslam Hukukuna Göre Kadının Hâkimliği", *e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi*, Diyarbakır 2018, C. 10, S. 2, s. 690-707.

<sup>5</sup> İlber Ortaylı, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı, Kronik Kitap, 11. baskı, İstanbul 2019, s. 22.

<sup>6</sup> Mecelle ile ilgili olarak bkz: Osman Kaşıkçı, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1997; İlhan Cengiz, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım AŞ, Ankara 2011; Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", OTAM, 29/Bahar 2011, (s. 93-124).



*olmalıdır*"<sup>7</sup> denilerek hâkimin özellikleri tanımlanmıştır. 1793. maddede, hâkimin hukuki konulara ve yargılama usulüne vâkıf olması ve bunları davanın taraflarına uygulayarak meseleyi çözmeye muktedir olması şartı getirilmiştir. Hâkimin temyiz kudretine sahip olması yani iyiyi kötüden ayırt edebilmesi koşulu ise 1794. maddesinde yer almaktadır. Bu bağlamda küçükler, bunaklar, kör ve sağır olan kişiler hâkim olamazlar.<sup>8</sup> 1792,1793 ve 1794. maddeleri değerlendirdiğimiz zaman hâkimlik yapmak için kadın veya erkek olma konusunda bir ayırım yapılmadığını söyleyebiliriz. Diğer taraftan, Mecelle'nin 1808. maddesi, hâkimin lehine hüküm verdiği tarafın (davacı veya davalı fark etmez) usul veya akrabası veya eşi veya hüküm konusu malda hâkimin ortağı, özel hizmetçisi veya onun verdiği nafaka ile geçinen biri olamayacağı konusunda bir kısıtlama getirmiştir. Görüldüğü gibi teoride kadınların hâkimlik (kadılık) yapmasını yasaklayan açık bir hüküm yoktur. Ancak, uygulamada kadın hâkimlere rastlanmamıştır.

Osmanlı Devleti'nde kadı olabilmek için medrese mezunu olmak şarttı. Mumcu, bundan dolayı medreseleri hukuk fakülteleri veya hukuk meslek okullarına benzetmektedir. Medrese eğitiminde ilk olarak Hariç Medresesi bitirilir, buradan başarı ile mezun olanlar Dahil Medreselerinde eğitimine devam ederdi. Dahil Medreselerini de bitirenler, bir staj döneminden sonra naip olarak (kadı yardımcısı) atanabilirdi. Eğitimine devam edenler, Fatih döneminde açılan Musile-i Sahn ve Sahn-ı Seman Medresesi'ne giderdi. Bu medreseleri de bitirdikten sonra "mülazım" olabilirdi. Mülazım, kaza kadısı demektir. Eğer hukuk tahsiline devam etmek istiyorlarsa, Altmışlı ve Kanuni döneminde kurulan Süleymaniye Medreselerinde eğitimlerini sürdürürlerdi. Son basamak ise Dar'ül Hadis adı verilen bölüm olup, burayı başarı ile tamamlayanlar medrese hocalığı olan "müderreslik" yapma hakkını kazanırdı. Müderres olmak istemezlerse yüksek dereceli hâkimliklerden birine de atanabilirdi.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Hakîm: adaletli, akıllı, bilge, âlim, fehim: anlayışlı, zeki, müstakim: dosdoğru, bağımsız, dürüst ve emin: kendinden bilgisinden emin olmalı, güvenilir, mekin: şeref sahibi, saygın, vakar sahibi, metin: sabırlı, metanetli anlamında kullanılmıştır. İlhan, 2011, s.569.

<sup>8</sup> 1793. madde: "Hâkim mesail-i fihriyyeye ve usul-i muhakemeye vâkıf ve de'âvi-i vakı'ayı tatbikan fasl ve hasne muktedir olmalıdır." 1794. madde ise şu şekilde kaleme alınmıştır. "Hâkimin temyiz-i tâmmе muktedir olması lâzımdır. Binaenaleyh sağır ve ma'tûh ve a'mâ ve tarafeynin savt-ı kâvilerini işitemeyecek merteye sağır olan kimesnenin kazası câiz değildir."

<sup>9</sup> Cin/Akyılmaz, s. 175; Ahmet Mumcu, Ankara Adliye Mektebi'nden Ankara

Medreseden mezun olmak kadı olmak için yeterli olmayıp göreve başlamak için ayrıca “Padişah beratı” verilmesi beklenirdi. Medreseden mezun olan mülâzımlık belgesini alan kişiler öncelikle kazasker defterine isimlerini yazdırarak sıra beklerlerdi. Staj dönemi olarak da adlandırabileceğimiz bu dönemde önemli bir mahkemeye (mevleviyet payesi taşıyan, yani eyalet kadılarının yanına) beşer kişilik gruplar halinde gönderilirlerdi. Daha sonra sırası gelenler, kazalara kadı olarak atanırdı.<sup>10</sup>

Anlaşıldığı üzere, Osmanlı hukuk sisteminde kadı olabilmek için medreseyi bitirmek gerekiyordu. Ancak kadınların (kızların) medreseye devam etmesi mümkün değildi. Tam da bu noktada Osmanlı Devleti’nde kızların eğitimi konusuna değinmemiz, sistemi anlamamız açısından gerekli görülmektedir. Tanzimat Dönemi’nden önce kız çocukları Sıbyan Mektebi adı verilen mekteplerde ortalama 9 ile 10 yaşına kadar eğitim alabilmişlerdir. Klasik dönem adını verdiğimiz bu dönemde ancak ilmiye sınıfı veya yönetici sınıfın kızları evde eğitim alabilme şansına ait olabilmişlerdir. 19. yüzyılda kadının eğitimi, mesleki ve sosyal hayata katılımı konusunda olumlu adımlar atılmıştır. Bu adımlardan biri 1858 yılında rüştiyelerin açılmasıdır.<sup>11</sup> Rüştiyeyi bitiren erkek öğrencilerin gidebileceği yarı yükseköğrenim kurumu olan Mülkiye, Adliye, Ziraat, Maden ve Telgraf mektepleri 1860 yılına kadar açılmış olsalar da kız öğrenciler bu okullara gidemiyorlardı.<sup>12</sup> Aileler genellikle kız çocuklarını okula göndermek istemiyordu. Devlet, kızların okula gönderilmesini teşvik etmek amacıyla bir ferman çıkardı. Bu fermanla özetle, okumanın erkekler kadar kızlar için de elzem olduğu, erkeklerin evde rahat etmeleri için kızların din ve dünya işlerini iyi öğrenmeleri bununla okuma ile sağlanacağına değinilmiştir. Bir başka deyişle kızların iyi eş ve anne olmaları için okumalarının faydalı olacağı ailelere telkin edilmektedir.<sup>13</sup>

Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne (1925-1975), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları: Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 4.

<sup>10</sup> Mumcu, 1977, s. 5.

<sup>11</sup> Kız rüştiyelerine katılımın az olması üzerine Devlet, kızların daha iyi bir eş ve anne olabilmeleri için okuyup yazmalarının gerekliliği konusunda bir bildiri yayınlamıştır. Bkz.: Gül Akyılmaz, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Göksu Matbaacılık, Konya 2000, s. 83.

<sup>12</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 340.

<sup>13</sup> Osman Nuri Ergin, Türk Maarif Tarihi, C.1-2, Eser Matbaası, 1. Baskı, İstanbul 1977, s. 458

Tanzimat Döneminde kızların eğitimi konusunda bir başka gelişme 1869 tarihli Maarif-i Umumiye Nizamnamesi ile yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeyle, kız çocuklarının eğitim alması zorunlu hale getirilirken, ayrıca kadın öğretmen yetiştirilmesi için Darülmualimât (kız öğretmen okulu) açılması da kararlaştırılmıştır. Nizâmname'nin 15. maddesinde imkân olduğu durumlarda kız ve erkek çocukları için ayrı Sıbyan Mekteplerinin açılması gerektiği belirtilmiştir. Böyle bir imkânın olmadığı okullarda kız ve erkek çocuklarının karışık şekilde oturması "adaba aykırı" bulunduğundan ayrı kısımlarda oturtulabileceği de hükme bağlanmıştır. Kız öğrencilerin eğitim alması için kurulan Darülmualimât'ın eğitim programı, öğretmenlerin kız çocuklarını sosyal ve mesleki hayata değil, anneliğe ve ev hayatına hazırlamak üzere düzenlenmiştir. Lise düzeyinde eğitim veren kız idadileri ise 1880 yılında açılmıştır. İdadilerin programlarında rüştiyelerden farklı olarak Türkçe, yabancı dil, müzik gibi derslere de yer verilmiştir. Tanzimat Dönemi'nde ayrıca mesleki eğitim vermek üzere ebe yetiştiren okullar ile kız sanayi okullarının açıldığını görüyoruz. Ancak tüm bu gelişmelere rağmen hukuk gibi alanlarda kızların eğitimi konusunda bir ilerleme olmamıştır. Eğitim alanında kadınlarla ilgili olarak yaşanan bu sınırlı gelişmelerden sonra gerek kadınların talebi gerek kız idadileri ve öğretmen okullarının etkisi ile kızların yükseköğrenim hakkına kavuşması düşüncesi gündeme gelmiştir.

Bu süreçte Osmanlı'daki kadınların başlıca hedefi toplumsal hayata katılma, eğitim ve çalışma hakkının elde edilmesi olarak gösterilmekte; kadınlar, statülerini ev içerisi (özel alan) ile sınırlandıran zihniyete karşı mücadeleye girişmektedirler. Meşrutiyet Dönemi'nde kadınlar seslerini konferanslar, dergiler ve dernekler aracılığıyla duyurmuş,<sup>14</sup> bilinçlenme çalışmalarını da bu araçlarla sağlamışlardır.<sup>15</sup> Örneğin 1913'te Kadınlar Dünyası dergisinde yayınlanan bir yazıda

<sup>14</sup> Bunlardan en etkilipleri "Kadınlar Dünyası" dergisi ve "Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti" olarak gösterilebilir. 1913'te kurulan ve Kadınlar Dünyası dergisi ile çalışan "Osmanlı Müdafaa-ı Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti", Osmanlı vatandaşı olan ve kadın haklarını koruma amacıyla çalışmayı kabul eden kişileri din ve millet ayrımı yapmaksızın üye olarak kabul etmiştir. Bkz.: Berna Yürüt, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Kadın Hareketi ve Hukuki Talepleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, Ankara 2017, s. 365.

<sup>15</sup> Yürüt, s.377; Serpil Çakır, *Osmanlı Kadın Hareketi*, Metis Yayınları, İstanbul 2016, s. 406; Hülya Osmanağaoğlu, (Haz.), *Feminizm Kitabı Osmanlı'dan 21. Yüzyıla Seçme Metinler*, Dipnot Yayınları, Ankara 2015, s. 26-27.

"İrfan yalnız erkeklere mi hasredilmeli?" *Hayr-ı ulûm ve maarif erkeklerden ziyade kadınlara elzemdir. Bir kadın münevver olmazsa ne çocuğunu terbiye edebilir ne de seviye-i irfanı yüksek bir zevceyle geçinebilir, kendisi kurban olduğu gibi vatana hizmet edecek mini mini yavrucuklar da cehalete kurban olup giderler*" denilerek kadınların eğitimden mahrum bırakılmasının yetiyecek nesilleri olumsuz etkileyeceğine işaret edilmiştir.<sup>16</sup> Dergide ayrıca kadının birey olarak da toplumsal ve ekonomik yaşama katılma hakkına eşit bir şekilde sahip olduğu vurgulanarak, bu eşitliğin eğitimle sağlanabileceğine ilişkin yazılar yayınlanmıştır. Tüm bu araçlar, aynı zamanda kadınların kamusal alanda daha görünür hale gelmesini de sağlamıştır. Hem kadın mücadelesi hem de Batılılaşma çabaları ile yeni açılan kurumlar (ve bu kurumlarda istihdam edilecek bireylere duyulan ihtiyaçlar sayesinde) kadınlar için yeni istihdam alanlarının açılmasına da sebep olmuştur.<sup>17</sup>

1875 yılında Mekteb-i Hukuk-i Sultani ve bu okulun devamı olarak 1878 yılında Mekteb-i Hukuk açılmış<sup>18</sup> ve bu okullarda Nizamiye mahkemeleri için yargıç yetiştirilmeye başlanmış olsa da kızların bu okullara devam etmesi söz konusu olmamıştır.

Bu dönemde kadınlar yükseköğrenime giriş hakkı elde edebilmek için mücadele vermişler ve 1914 itibari ile yükseköğrenime giriş yapmaya başlamışlardır. Ancak bu yıllarda kadınların eğitimine izin veren İnas Darülfünü'nun 1920'de kapatılması ile kadınlar yükseköğrenim haklarından tekrar mahrum kalmışlardır. Sonraki dönemde 1921 yılı itibari ile kadınlar da, erkekler gibi üniversite eğitimi almaya hak kazanmışlardır.<sup>19</sup> Sayıları az da olsa, bu durumu Osmanlı'daki kadın mücadelesinin başarılarından kabul etmek gerekir.

1921 aynı zamanda Türkiye'de birçok kadına öncülük eden ilk kadın avukatının yetişmeye başladığı tarihi işaret eder. Bu tarihte liseyi bitiren Süreyya Ağaoğlu, hukuk eğitimi almak için verdiği mücadeleye de aynı tarihte başlar. Kadınlar ve erkeklerin ayrı sınıflarda eğitim

<sup>16</sup> S.L. "Hayat-ı Nisvîyemizde Fikdan-ı Maarif" Kadınlar Dünyası, S. 8, 11 Nisan 1329.

<sup>17</sup> Balcı, s. 36; Fatmagül Berktaş, "Tarihin Cinsiyeti", Metis Yayınları, İstanbul 2018, s. 19.

<sup>18</sup> Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2010, s. 125.

<sup>19</sup> Akyılmaz, s. 84.

aldığı fakültede kadınlara eğitim verilebilmesi için Ağaoğlu'nun üç kadın arkadaşını (Bedia, Saime ve Melahat) da ikna etmesi ile kadınların hukuk yükseköğrenimine girişi sağlanmıştır. İlk dönem eğitime yalnızca dört kadınla devam eden hukuk bölümü, profesörlerin öğleden sonra yalnızca dört öğrenciye eğitim vermelerinin gereksiz olduğu düşüncesi ile ikinci dönem almış üç erkek öğrencinin olduğu sınıfta karma eğitime geçmiştir.<sup>20</sup> Ağaoğlu, hukuk fakültesindeki destekleyici atmosferden bahsederken gerek hocaların, gerek diğer erkek öğrencilerin kadın öğrencilere olan tavrının onları teşvik ettiğini belirtmiştir.<sup>21</sup>

Tanzimat Döneminde Osmanlı hukuk sistemine giren avukatlık, noterlik ve savcılık mesleklerinde kadınların durumlarını da bu başlık altında incelememiz gerekir. 1839 yılında Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayan Tanzimat Döneminde devleti içine düştüğü ekonomik, siyasi, sosyal zorluklardan çıkarabilmek amacıyla ve en önemlisi zamanın şartlarına ayak uydurabilmek için çok geniş kapsamlı kanunlaştırma hareketine başlanmıştır. Resepsiyon süreci içinde hukuk alanında önemli yenilikler yapılmış olup, 1875'te avukatlık, 1878'de savcılık ve 1879'da noterlik olmak üzere diğer hukuk meslekleri, Osmanlı hukuk sistemine dâhil edilmiştir.<sup>22</sup>

Avukatlık kurumu Osmanlı hukukuna kesin olarak 1875 yılında girmiştir. Aynı yıl açılan Mekteb-i Hukuk'un 22 Zilhicce 1292 tarihli Nizamnamesi'nin 16. maddesinde yer alan "mekteb-i lisans rütbesiyle ülkenin her tarafında dava vekâletine mezun olacakları" hükmü ile avukatlık mesleğini ancak hukuk fakültesi mezunlarının yapabileceği belirtilmiştir.<sup>23</sup> Tanzimat döneminde avukatlık mesleği ile ilgili en önemli adımlardan biri de 1870 yılında İstanbul Barosu Cemiyeti adıyla yabancı avukatlardan oluşan "Societe du Barreau de Constantinople"un kurulmasıdır. Osmanlı tarihinde kurulan bu ilk baro "Osmanlı Ecnebi Barosu" olarak kayıtlara geçmiştir. Yalnızca 5'i gayrimüslim Osmanlı tebaasına mensup toplam 33 üyeden oluşan Konstantinopol Barosu Cemiyeti içinde Türk asıllı avukat yoktu.<sup>24</sup> Bu

<sup>20</sup> Süreyya Ağaoğlu, "Bir Ömür Böyle Geçti" Hukukun Öncü Kadını Avukat Süreyya Ağaoğlu (ed.) Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, s. 68-69; Balcı, s.39.

<sup>21</sup> Ağaoğlu, s. 68.

<sup>22</sup> Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 336; Ali Haydar Özkent, "Avukatlığın Memleketimizde Çok Kötü Tanınması", *Adalet Dergisi*, 1938, No: 3, s. 18-19.

<sup>23</sup> Bozkurt, s. 127.

<sup>24</sup> Özkent 1938, s. 18; Özkorkut Ünal, Nevin, "Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Ku-

beş avukattan biri olan Meryem Kuli<sup>25</sup> aynı zamanda 1878’de kurulan İstanbul Barosu’nun ilk toplantısına başkanlık etmiştir.<sup>26</sup> 1870 tarihli Konstantinopol Barosuna kayıtlı gayrimüslim Osmanlı vatandaşı olan avukatların hepsi hukuk tahsilini yurtdışında yapmışlardır.

Noterlik alanında da kadınlar için benzer bir durum söz konusudur. Klasik dönemde noterlik görevi kadılar tarafından yerine getirilirken, Tanzimat Döneminde 1879 yılında kabul edilen Mukavelat Muharrirleri Nizamnamesi<sup>27</sup> ile noterlik kurumu Osmanlı Devleti’ne girmiştir.<sup>28</sup> Bu düzenlemenin ardından 1913 yılında Katib-i Adl Kanun-ı Muvakkati hazırlanmış ve bu kanun da Cumhuriyet döneminde 1938 yılına kadar uygulanmıştır.<sup>29</sup> İlk düzenleme olan Mukavelat Muharrirleri Nizamnamesi’nin 2. ve 3. maddelerinde noter olacak kişilerde aranan şartlar belirlenmiştir. Buna göre 25 yaşını doldurmuş, cinayet ile cünha suçlarından mahkûm olmamış ve kötü davranışlarıyla tanınmayan kimseler arasından usulüne uygun olarak yapılacak sınavda başarılı olanlar Adliye Nezareti tarafından mukavelat muharriri olarak tayin edilecektir.<sup>30</sup> Maddeden de anlaşıldığı gibi noter olacak kişilerde erkek olma şartı açık olarak aranmadığı gibi, hukukçu olması da gerekmemektedir. Ancak 1913 tarihli Katib-i Adl Kanun-ı Muvakkati ile noter olmak için önceden aranan şartlarda bazı değişiklikler yapılmıştır. Önceden belirlenmiş şartlara ek olarak askerlik hizmetini yerine getirmiş olmak şartının eklenmesi, sadece erkeklerin noterlik yapabileceğini düşündürmektedir. Nitekim anılan düzenlemenin 4. maddesinde bu durum “...25 yaşını doldurmuş ve askeri yükümlülüğünü yerine getirmiş olmak...” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>31</sup>

---

rumlarının Osmanlı Devleti’ne Girişi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, S. 52, (s. 147-154), s. 152.

<sup>25</sup> Tam adı Alexandre Meryem Kouli, hukuk eğitimini Fransa’da yapmıştır. Gayrimüslim Osmanlı vatandaşı olan Meryem Kouli, hukuk diplomasını 1870 tarihinde Paris’te almıştır.

<sup>26</sup> Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940, s. 81.

<sup>27</sup> *Düstur*, I. Tertip, C. IV, s. 729.

<sup>28</sup> Bozkurt, s. 127; Nevin Ünal Özkorkut, “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti’ne Girişi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, S. 52, s. 154.

<sup>29</sup> Seda Örsten Esirgen, “Osmanlıdan Cumhuriyete Noterlik”, *Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, İstanbul 13-14 Mayıs 2016, s. 86.

<sup>30</sup> Örsten Esirgen, s. 60-61.

<sup>31</sup> Katib-i Adl Kanun-ı Muvakkati, md. 4: “Aşağıda yazılı nitelik ve şartlara sahip olanlar katib-i adl tayin olunabileceklerdir: İlk olarak Osmanlı diline vakıf Osmanlı olmak, ikinci olarak 25 yaşını doldurmuş ve askeri yükümlülüğünü yerine



Bu bölümde inceleyeceğimiz son konu, yine Tanzimat Döneminde Osmanlı hukukuna katılan savcılık mesleğini kadınların icra edip edemeyeceğidir. Bilindiği gibi, 1879 tarihli Mehakim-i Nizamiyye'nin Teşkilat-ı Kanun-i Muvakkati ile Osmanlı Devleti'nde savcılıklar kurulmuştur. Aynı yıl çıkarılan Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati ile savcılık kurumu ayrıntıları ile düzenlenmiştir.<sup>32</sup> Müdde-i Umumi (savcı) olabilmek için hâkimlik mesleğinde aranan şartlara sahip olmak gerekli görülmüştür.<sup>33</sup> Bu nedenle kadınlar, hâkim ve avukat olamadıkları gibi, savcı da olamamışlardır.

Cumhuriyet Dönemi'ne kadar bir bakıma "gecikme" olarak tabir edilebilecek bu gelişmelerin arkasındaki sebep olarak Mumcu, Osmanlı'nın hukuk düzeninin İslam hukukuna dayanması ile hukuk eğitiminin de erkek egemen olmasından kaynaklandığını belirtir.<sup>34</sup> Bir sonraki bölümde göreceğimiz gibi, Cumhuriyet Dönemi ile beraber geçilen laik hukuk düzeni kadınların da hukuk sistemi ve eğitimi içerisinde daha fazla katılımını beraberinde getirmiştir. Kadınların kamusal alanda daha görünür olması için modern, aydın, eğitilmiş, "özgürleşmiş" ve meslek sahibi Türk kadını imgesi, Kemalist ideoloji tarafından sıklıkla dile getirilen bir söylem olarak gösterilmiştir.<sup>35</sup>

Diğer yandan bu dönemde kadınlara verilen eğitim hakkının Batılılaşma dışında bir dayanağı da vardır. Türk modernleşme projesi içerisinde ulus-devlet imajının yaratılmak istendiği bu ortamda, kadınlara verilen eğitimin başlıca amacı "ulusun çocuklarını yetiştirecek olan

---

getirmiş olmak, üçüncü olarak cinayet veya namus ve haysiyete karşı bir suçtan mahkûm olmamak veya kamu hizmetlerinden yasaklı veya başka bir suretle ehliyetinin sınırlandırılması cezasına çarptırılmış olmamak, dördüncü olarak ticaret yapıp iflas ettikten sonra itibarı iade edilmiş olmak, beşinci olarak kişi saygınlığına ve resmi sıfatına aykırı davranışlardan ötürü işine son verilmemiş olmak, altıncı olarak iyi ahlaklı olarak bilindiğine dair namuslu ve ciddiyetli olduğundan emin olunan en az beş kişinin imzasıyla ve yerel belediye meclisince onaylı şahadetname sunmak, yedinci olarak hukuk ve ticaret kanunlarının içeren akid ve hükümler ile katib-i adl mevzuatına ilişkin bilgisini sınavda ispat etmek". Düstur, II. Tertip, C. V, s. 844.

<sup>32</sup> Bozkurt, s. 106.

<sup>33</sup> Nevin Ünal Özkorkut, Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumi Savcılık Kurumunun Türk Hukukuna Girişi ve Uygulanma Süreci, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 95.

<sup>34</sup> Mumcu, s. 1-3.

<sup>35</sup> Ayşe Durakbaşı, Halide Edib Türk Modernleşmesi ve Feminizm, 7.baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, 122; Berktaş, s. 108.



ulusun anaları”nın eğitilmiş olması olarak gösterilebilir. Bu anlamda eğitilmiş kadınların ailenin ve ulusun daha iyi ve erdemli anneleri olacağı görüşü kadınların kamusal alana çıkmalarını kolaylaştırmıştır.<sup>36</sup>

Cumhuriyet Dönemi’nden itibaren yukarıda çizilen hedefler de göz önüne alınarak kadınların ekonomik ve sosyal hayat içerisindeki haklarının korunması için önemli yasal adımlar da atılmıştır. Ancak mevzuatta alınan bu kararlar, uygulamada aynı özveriye ve atılımı gösterememiştir.<sup>37</sup>

## II- Cumhuriyet Döneminde Hukuk Mesleğinde Kadın

Dünyadaki Harvard ve Washington & Lee gibi prestijli üniversitelerin hukuk fakültelerine bile kadınların kabulü 20. yüzyılın ikinci yarısına denk gelirken, kadın erkek sayısı daha da geç tarihlerde eşitlenebilmiştir.<sup>38</sup> Her ne kadar kadınlar, hukuk fakültelerine girme hakkına sahip olmuşlarsa da mesleğe geçişte ve meslek içerisinde bazı zorluklar yaşanmıştır. Bu zorluklar gerek mesleğe girişte gerek hukuk mesleği içerisinde üst düzey profesyonel mesleklerde kadınların görünür olmaması ile örneklendirilebilir.

Bu sırada Süreyya Ağaoğlu ve üç arkadaşının hukuk fakültesinde eğitim alarak başlattığı öncülük, Cumhuriyetin ilk yıllarında meyvelerini vermeye başlamıştır. Yukarıda bahsettiğimiz ve Cumhuriyet Dönemi’nde yaratılmak istenen özgürleşmiş, eğitilmiş, aydın kadın imgesi bu dört kadında vücut bulmuştur.<sup>39</sup> 1925’te açılan Ankara Adliye Hukuk Mektebi, 1926 yılında üç kadın öğrencinin hukuk eğitimine başlaması ile beraber yetiştireceği yeni kuşağa kadınları da dâhil etmiştir.<sup>40</sup>

Bu dönemde kadınların ilk defa avukatlık ve hâkimlik gibi hukuk mesleklerinde yer aldığı görülür. Bu durum Osmanlı’nın son dönemlerinde kadınların verdikleri hukuk eğitime giriş mücadelesinin so-

<sup>36</sup> Berktaş, s. 91.

<sup>37</sup> Kadir Arıcı, “Sunuş”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, 2017, s. 9.

<sup>38</sup> D.L. Chambers, “Accommodation and satisfaction: Women and men lawyers and the balance of work and family.” R. L. Abel (Ed.), *Lawyers: A critical reader* içinde (s. 91-96), The New Press, New York 1997, s. 91.

<sup>39</sup> Balcı, s. 37.

<sup>40</sup> Mumcu, s. 117.

nucu olarak görülebilir. Osmanlı'nın son dönemlerinden hukuk eğitime giriş yapan kadınlardan bazıları hemen hukuk mesleğini icra etmeye başlamışlardır. 1928 yılında dava alan ilk kadın avukat ve aynı zamanda ilk kadın hâkim olan Fatma Beyhan Nil Tipi bunun örneklerinden biridir. Fatma Beyhan Hanım gerek Türkiye'de gerek İngiliz basınında; aynı zamanda toplum içerisinde de oldukça ilgi uyandırmıştır.<sup>41</sup>

Diğer yandan kadınların barolara girişi de bu dönemde aktifleşmeye başlamıştır. Balcı ve Özkent'in belirttiği gibi kadınların baroya girişi önünde kanunlarda bir kısıtlama yoktur; aksine 460 sayılı Muhamat Kanunu'nun 2. maddesinde de belirtildiği üzere cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin her vatandaşın baroya kayıt hakkı mevcuttur.<sup>42</sup> Süreyya Ağaoğlu'nun baroya kabul edilmesinin de örnek gösterileceği bu yaklaşım sonucunda kadınlar baroya kaydolmaya başlamışlardır. İlk hâkim ve dava alan ilk avukat olan Fatma Beyhan Hanım aynı zamanda İstanbul Barosu'na kaydolun ilk kadın olarak da kayıtlara geçmiştir.

Cumhuriyet döneminde kadınların noterlik mesleğine kabul edilip edilmediği konusunda ilk olarak 1929 yılında kabul edilen Kanun'a bakmamız gerekir. Bu kanunda 1913 tarihli Katib-i Adl Kanunu Muvakkati'nde bazı değişiklikler yapıldığını görüyoruz.<sup>43</sup> Söz konusu kanunda, 1913 tarihli muvakkat Kanun metninde bulunan "Osmanlı" kelimesi yerine "Türk" kelimesi kullanılmıştır. Türk kelimesi kadın-erkek herkesi kapsayan bir kelimedir. Maddede ayrıca cinsiyet ayrımı yapılmamış olması, kadınların da bu mesleğe girmelerinde bir engel olmadığını göstermektedir. Cumhuriyetin noterlik hakkında yeni kanuni düzenlemesi, 3456 sayılı Noterlik Kanunu olarak 28 Haziran 1938 gün ve 3945 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilerek, 1 Eylül 1938 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 7. maddesinde noter olacakların vasıf ve şartları başlığı altında noter olmak için gerekli şartlar açık ve ayrıntılı bir şekilde sıralanmıştır. Bunlar; Türk olmak, medeni ve siyasi haklara sahip olmak, 25 yaşını bitirmiş olmak, askerlik fiili hizmetini yapmış veya hizmete elverişli olmadığı anlaşılmış olmak, bulaşıcı

<sup>41</sup> Orhan Topçuoğlu/Tülin Topçuoğlu, Cumhuriyet Döneminde Olaylarda ve Mesleklerde Basınımızda Yer Alan Kadınlar, Demircioğlu Matbaası, Ankara 1998, s. 120.

<sup>42</sup> Özkent (1940), s. 691-692; Balcı, s. 40.

<sup>43</sup> Örsten Esirgen, s. 83-84.

hastalığı olmamak, yabancı ile evli olmamak, Türkiye Hukuk Fakültesinden çıkmış olmak veya Siyasal Bilgiler okulundan veya ecnebi bir memleket hukuk fakültesinden çıkmış olup da Türkiye Hukuk Fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden imtihan vererek tasdikname almış olmak, şeref ve haysiyeti muhil bir suçtan mutlak bir surette ve kasdi bir cürümden dolayı üç ay veya daha fazla hapis cezası ile mahkûm olmamak, cezai veya inzibati bir karar neticesinde hâkim veya memur veya noter olma hakkını kaybetmemiş olmak, meslek şeref ve haysiyetine uymayan hallerde bulunmamış olmak, hileli ve taksirli olmayarak iflas etmiş ise iade-i itibar etmiş olmak, kumar oynamayı itiyad etmemiş olmak, en aşağı beş sene hâkimlik veya müdde-i umumilik (savcılık) yahud avukatlık yapmış olmak şeklinde belirlenmiştir.<sup>44</sup>

Adı geçen kanunda noter olmak için gereken koşullar ile yukarıda değindiğimiz 1913 tarihli Katib-i Adl Kanun-ı Muvakkatde yer alan koşullar arasında benzerlik bulunmakla birlikte, Katib-i Adl Kanun-ı Muvakkat'ın 4. maddesinde yazılı "...25 yaşını doldurmuş ve askeri yükümlülüğünü yerine getirmiş olmak,..." ifadesindeki "ve" kelimesinden bu mesleğin sadece erkekler tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır. 1938 tarihli 3456 sayılı Noterlik Kanunu'nun 7. maddesinde ise şartlar tek tek sıralanmış; erkek noter adayları için ayrıca "askerlik hizmeti yapma" şartı aranmıştır.

Görüldüğü gibi, 1938 tarihli Noterlik Kanunu'da noter olmak için erkek olma şartını aramamıştır. Buna rağmen, Cumhuriyet döneminde ilk kadın noterin (Malike Bayülken) 1960 yılında atandığının altını çizmek gerekir.

Cumhuriyet Döneminde yapılan kanunlarda kadınların hukuk mesleklerine girmelerinde herhangi bir hukuki engel olmasa da bu konulara gelmelerini kolaylaştıracak düzenlemeler ve uygulamalar da mevcut değildir. Tüzel'e göre Cumhuriyetin ilk yıllarında kadınların bu kadrolara ve makamlara gelmeleri özendirilse de kadınlar eğitim ve çalışma hayatındaki güçlüklerle kendileri mücadele etmişlerdir.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> 3456 sayılı Noterlik Kanunu, 28 Haziran 1938 gün ve 3945 sayılı Resmî Gazete, s. 10114.

<sup>45</sup> Gökçe Tüzel Bayrakçeken, "Kemalizm, Profesyonelizm ve Ataerkil Tezahürler", *Toplum ve Bilim Dergisi*, 2009, S. 114, s. 34.

Örneğin 04.08.1929 tarihli Hâkimiyet-i Milliye Gazetesi'nde "Kadın Hukukçular Hâkim Olmak İstiyor" başlıklı haber örneğinde de görülebileceği gibi hukuk fakültesinden mezun olan kadınlar kâtip olarak istihdam edilirken erkek öğrencilerin doğrudan hâkimliğe atanması, mevcut durumda eşitsizliklerin devam ettiğini göstermektedir.<sup>46</sup> Bu durum kadın hâkim sayısının uzun yıllar boyunca erkeklere oranla düşük kalmasına neden olmuş, hukuk mesleğinde bu gibi yüksek mevkileri temsil eden kadrolarda kadınlara uygulanan kota uygulamaları da kadınların bu gibi mesleklerde görünürlüğü azaltmıştır.<sup>47</sup>

Hukuk fakültelerinde görev almış olan kadın öğretim üyelerinden de bu bölüm altında bahsetmek yerinde olacaktır. Hâkimlik, savcılık, avukatlık, noterlik gibi hukuk mesleklerinin yanında hukuk fakültelerindeki asistanlık ve profesörlük gibi unvanların kadınlara verilmesi yine Cumhuriyet sonrası dönemde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin hukuk fakültesine alınan ilk kadın asistan 1943 yılında Hamide Topçuoğlu'dur. Topçuoğlu bunun yanında ilerleyen yıllarda Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi alanlarında pek çok eser yayınlamış; profesörlüğe kadar yükselmiştir. Ardından hukuk fakültesinde profesör unvanı alan ilk kadın ise Türkan Rado'dur.<sup>48</sup> 1956 yılında profesör unvanı alan Rado'nun *Roma Hukuk Dersleri ve Borçlar Hukuku* adlı kitapları da uzun yıllar boyunca fakülte derslerinde okutulmuştur.

### III- Günümüzde Hukuk Mesleğinde Kadın

Yukarıda verilen tarihsel süreç içerisindeki son durak 20. yüzyılın son zamanları ve 21. yüzyılın başlarıdır. Bu bölümde bu tarihsel süreç "günümüz" olarak nitelendirilecektir. Daha önceki bölümlerde, Osmanlı'dan günümüze kadar olan süreçte kadınların gerek hukuk eğitiminde gerek hukuk mesleği içerisindeki yeri açıklamıştık. Günümüzde hukuk eğitimi içerisinde kadınların yeri her ne kadar belirgin bir artış gösterse de hukuk mesleği içerisindeki üst düzey mesleklerin hâlâ kadınlara tam anlamıyla kucak açmadığı görülmektedir.

Bu başlık altında ilk olarak "genel anlamda günümüzde Türkiye'deki kadınların çalışma hayatına katılımları" incelenecektir.

<sup>46</sup> Balcı, s. 42.

<sup>47</sup> Tüzel, s. 33-34.

<sup>48</sup> Balcı, s. 41.

Türkiye'nin kadınların çalışma hayatına katılımı konusunda dünyadaki sıralamasının ardından Türkiye'deki Anayasa ve mevzuatta kadınların çalışma hayatına girişleri önündeki yasal destekler ve ardından engellemeler gözler önüne konulacaktır. Ardından günümüzde kadınların hukuk alanındaki avukatlık, savcılık, hâkimlik, Danıştay ve baro başkanlıkları gibi profesyonel meslekler içerisindeki konumları bazı istatistiksel veriler ışığında belirlenecektir.

	2006		2020	
<b>Toplumsal Cinsiyet Farkı/ Uçurumu Endeksi</b>	105	0.585	130	0.635
<b>Ekonomik Katılım ve Fırsatlar</b>	106	0.434	136	0.478
<b>Eğitime Erişim</b>	92	0.885	113	0.961

Kaynak: (Global Gender Gap Report 2020, s. 343)

Türkiye'de uygulamadaki eksiklere gelmeden önce, günümüzde kadının iş yaşamına katılımı ile ilgili genel bir çerçeve çizerken dünya sıralamasındaki yerimiz de önem teşkil etmektedir. Dünya ile kıyaslandığında Türkiye, kadınların ekonomik hayata katılımında gösterdiği performansla dayalı olarak alt sıralarda yer almaktadır. Bu durum eğitime erişimde yaşanan engellerin de bir getirisi olarak görülebilir. Dünya Ekonomik Forumu Toplumsal Cinsiyet Farkı/Uçurumu Endeksi'ne göre Türkiye 153 ülke arasından 130. sıradadır. Yukarıdaki tabloda görüldüğü gibi, Türkiye 2006 raporu ile kıyaslandığında kadınların ekonomiye katılımı ve eğitime erişimi anlamında ilerleme kaydetmiş gibi gözükse de dünya sıralamasında hâlâ sonlardadır.

Günümüzde anayasal normlar yazılı olarak kadın-erkek eşitliğini sağlamaktadır. 2004 yılında 1982 Anayasası'nın 10. maddesi'ne<sup>49</sup> eklenen "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*" hükmü ile kadın-erkek eşitliği vur-

<sup>49</sup> 1982 Anayasası'nın 10'uncu maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu düzenlenmiştir.

gulanmıştır. Bunun yanında mevzuatta da kadınlar lehine önlemler alınmış; pozitif ayrımcılık ilkesi ve kota uygulamaları ile kadınların özellikle iş yaşamına girişlerinin ve yükselmelerinin önünün açılması hedeflenmiştir.<sup>50</sup> Özellikle kota uygulamaları kadın temsili için önemli uygulamalardan biri olarak gösterilebilir.<sup>51</sup> Bu uygulamalar birçok tartışmada eşitsizliğe neden olabilecek uygulamalar olarak hedef gösterilse de; alınacak olan tedbirlerin eşitsizlik yaratmayacağı konusunda fikir çokluğu görülmektedir.

Ayrıca bu mevzuatların yanında Türkiye'nin dâhil olduğu ancak Resmî Gazete'de 20 Mart 2021 yılında 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile çekildiği<sup>52</sup> "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW)" nin 4. maddesi kapsamında devletlerin kadın-erkek eşitliğini sağlamada alacağı hiçbir önlemin ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceğinin altı çizilmiştir:

*"Erkekler ile kadınlar arasındaki eşitliği fülen gerçekleştirmeyi hızlandırmak için Taraf Devletlerin aldıkları geçici tedbirler, bu Sözleşmede tanımlanan bir ayrımcılık şeklinde görülemez; ancak bunlar hiç bir şekilde eşitlikçi olmayan veya farklı türden standartların sürdürülmesi sonucunu doğuramaz; fırsat ve muamele eşitliğini sağlama amacı gerçekleştirildiğinde bu tedbirlerin uygulanmasına son verilir."* (CEDAW, 4. madde)

Her ne kadar yazılı olarak bu eşitliği sağlamaya yönelik hukuki tedbirler alınmış olsa da pratikte bu eşitliğin tam olarak sağlanamadığı söylenebilir. Bazı görüşlere göre geleneksel toplumsal yapı ve normlar kadınların işe girişte ve yükselmeye önüne engeller çıkartmaktadır.<sup>53</sup> Kadınlar işe girme fırsatı bulabilse bile yükselmeye doktrininde "cam tavan"<sup>54</sup> olarak adlandırılan bazı engellerle karşılaşmaktadırlar.

<sup>50</sup> Kamile Türkoğlu Üstün, "Kamu Hizmetlerine Girişte ve Yükselmeye Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, 2017, s. 98-99.

<sup>51</sup> Nedret Çağlar, "Kadının Siyasal Yaşama Katılımı ve Kota Uygulamaları." *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Isparta 2011, C. 3, S. 4, s. 56-57.

<sup>52</sup> 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı sonucunda Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından sözleşmenin feshedilmesine karar verildi. Karara erişim için: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210320-49.pdf> (Erişim Tarihi: 16.06.2021).

<sup>53</sup> Balcı, s. 41; Türkoğlu Üstün, s. 97-98; Çağlar, s. 56-57.

<sup>54</sup> Toplumsal cinsiyet temelli eşitsizliklerin meslek yaşamındaki görünimleri incelendiğinde, kadın çalışanların meslek hayatında yükselmeleri önünde yazılı

Kadınların iş hayatına girişte ve yükselmeye önlerine çıkan engeller ataerkil yapı, toplumsal cinsiyet eşitsizliği, kalıp yargılar, kadına yüklenen geleneksel ev içi roller olarak özetlenebilir. Türkoğlu Üstün, bu eşitsizliğin önüne geçilebilmesi için bir yol olarak doğru uygulanan bir “liyakat ilkesi”ne ihtiyaç duyulduğunun altını çizerek<sup>55</sup> işe alımlarda ve yükselmeye uygulanacak olan liyakat ilkesi kadınlara karşı olan ayrımcılığın önüne geçebilecektir. Ancak bu çözüm, yukarıda sayılan eşitsizlik nedenlerini yalnızca azaltabilir; ortadan kaldıramaz.

Eşitsizlik durumu tüm mesleklerde olduğu gibi kadının hukuk mesleği içerisindeki konumuna da sirayet etmektedir. Her ne kadar Osmanlı Devleti’nde ve Cumhuriyetin ilk yıllarında kadınların hukuk fakültelerine girişleri sağlanmış ve onların eğitim seviyelerini yükseltmelerine olanak tanınmış olsa da meslek içerisindeki görünürlüklerini engelleyen boyutlar devamlılık göstermektedir. Bu engellemeler devam etse de Balcı’nın altını çizdiği üzere kadınların hukuk mesleğindeki varlığı günümüze kadar niceliksel olarak büyük bir artış göstermiştir.<sup>56</sup>

Yükseköğretim Kurulu verilerine göre Türkiye’deki 170 bin 561 akademisyenin yüzde 45’i kadınlardan oluşur; bu sayı 2002’de 26 bin 2 iken 2020’de 76 bin 668’e çıkmıştır<sup>57-58</sup>. Hukuk fakültelerindeki kadın akademisyenlere bakıldığında kadroların yüzde 40’ında kadınların yer aldığı; profesörlüğe doğru akademik yeterlilik arttıkça ve yönetici kadrolara bakıldığında bu oranın düştüğü görülmektedir.<sup>59</sup>

Türkiye Barolar Birliği’ne kayıtlı avukat sayısında bakıldığında 2020 yılında baroya kayıtlı toplam 143.330 avukatın 65.533’ü ka-

---

olarak bir engel bulunmamasına karşın görünmez bir cam tavan vardır. Bu cam tavan toplumsal normlar, geleneksel işbölümü ve önyargılar nedeniyle kadınların üst seviyelerdeki pozisyonlara çıkması önünde engeller oluşturmaktadır.

<sup>55</sup> Türkoğlu Üstün, s. 98-99.

<sup>56</sup> Balcı, s. 45.

<sup>57</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/egitim/universitelerdeki-kadin-akademisyen-sayisi-artiyor/2166630> (Erişim Tarihi: 01.06.2021).

<sup>58</sup> Üniversitelerde kadın öğretim görevlileri oranı yüzde 50,32’dir. Bu kapsamda, profesörler içerisinde kadın oranı yüzde 31,95, doçentler içerisinde kadın oranı yüzde 39,71, Dr. öğretim üyeleri içerisinde kadın oranı yüzde 44,03, araştırma görevlileri içerisinde kadın oranı yüzde 50,85’tir (YÖK, Ocak 2020).

<sup>59</sup> Meral Öztoprak Sağır, *Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2010, s. 87-88.



dın 77.797'si ise erkektir<sup>60</sup>. Türkiye Barolar Birliği'nin ulaşılabilen ilk avukat sayısı verilerinden 1998 yılı verilerine bakıldığında ise 36.931 avukat arasından 10.841 kadın avukat ve 26.090 erkek avukat olduğu bilgisine ulaşılmaktadır. Rakamlardan da anlaşıldığı gibi 1998 yılında kadınların avukatlık mesleği içerisindeki oranı yüzde 29 iken, 2020 yılında bu oran yüzde 46'ya yükselmiştir. Yüksek yargı organlarına baktığımızda, 1969'da Danıştay'ın ilk kadın daire başkanı olarak Firdevs Mentеше seçilmiş; 1994'te ilk kadın Danıştay Başkanı ise Füzün İkinciogulları olmuş; ilk kadın Anayasa Mahkemesi Başkanı (olarak) ise 2005'te Tülay Tuğcu seçilmiştir.<sup>61</sup>

Yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar kadınların avukatlık mesleği içerisindeki görünürlüklerinde artış görülse de hiyerarşik olarak üst sıralarda bulunan, örneğin, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Noterler Birliği başkanlıklarına hiç kadın seçilmemiştir. Cumhuriyet tarihinde bir ilk olarak 1972-1979 yılları arasında Elâzığ Barosu Başkanı olarak Nermin Özkaya görev yapmıştır. İlerleyen dönemlerde de bu oran değişmemiş, kadınların baro başkanlığı görevindeki görünürlükleri artmamıştır. 1982 yılı itibari ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hiç kadın başkanı bulunmazken, Yargıtay Başkanı ve Adalet Bakanı olarak da hiç kadın görülmemiştir.<sup>62</sup> Diğer yandan başkanlıkların yanında kadınların hâkimlik ve savcılık mesleklerindeki görünürlükleri de yine başkanlık durumundan pek farklı değildir.

TÜRKİYE GENELİ HÂKİM VE SAVCI KADRO DURUMU					
	BAY	%	BAYAN	%	TOPLAM
HÂKİM	7655	54,17%	6476	45,83%	14131
SAVCI	5641	85,63%	947	14,37%	6588
TOPLAM	13296	64,17%	7423	35,83%	20719

Kaynak: <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a062014e-6b7b-4ff7-bc47-4ba6a4478b6b.pdf> (Erişim Tarihi: 18.05.2021)

<sup>60</sup> <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2020-avukat-sayilari-31122020-81572> (Erişim Tarihi: 15.01.2021).

<sup>61</sup> Balcı, s. 40-41.

<sup>62</sup> Kalem Berk, 2013, s.85-86.

Yukarıdaki tabloda da görüldüğü üzere, Hâkimler ve Savcılar Kurulu 2019 yılı istatistiklerindeki toplam orana bakıldığında hâkimlik ve savcılık mesleklerinde kadınların görünürlükleri erkeklere oranla düşüktür. Özellikle savcılık mesleğindeki düşüklük göze çarpmaktadır.

Hâkim ve savcılık mesleklerinde kadın oranındaki bu düşüklük adli yargı ilk derece mahkemelerinde, bölge adliye mahkemelerinde, idari yargı hâkimliğinde, Yargıtay hâkim ve Cumhuriyet Savcısı kadro durumlarında da görülmektedir<sup>63</sup>. Kadınların yüksek yargı organlarındaki durumlarına bakıldığında Yargıtay'da görev yapan 1320 hâkim ve savcıdan 763'ü, Bölge Adliye Mahkemesi'nde görevli 1865 hâkim ve savcıdan 586'sı, Danıştay'da görev yapan 474 hâkim ve savcıdan 240'ı, Bölge İdare Mahkemesi'nde görev yapan 357 hâkim ve savcıdan 121'i, Anayasa Mahkemesi'nde görev yapan 12 hâkim ve savcıdan 4'ü kadındır.<sup>64</sup>

**Türkiye Geneli Cinsiyet Dağılımına Göre Ayrı Ayrı Hâkim Savcı Oranları**

Yıllar	Hâkim				Savcı			
	Erkek		Kadın		Erkek		Kadın	
2010	5.091	% 68,3	2.359	% 31,7	3.936	% 92,8	305	% 7,2
2011	5.058	% 68,1	2.365	% 31,9	4.034	% 92,5	329	% 7,5
2012	5.332	% 65,6	2.794	% 34,4	4.057	% 93,1	300	% 6,9
2013	5.674	% 63,7	3.236	% 36,3	4.382	% 93,4	311	% 6,6
2014	6.206	% 63,4	3.576	% 36,7	4.689	% 93	339	% 7
2015	6.231	% 63,4	3.590	% 36,5	4.560	% 93	348	% 7
2016	4.389	% 56,80	3.339	% 43,20	4.265	% 91,20	411	% 8,80
2017	6.690	% 59,4	4.557	% 40,6	4.390	% 90,4	464	% 9,6
2018	7.302	% 54,6	6.054	% 45,4	5.281	% 87	790	% 13
2019	7.614	% 54,1	6.450	% 45,9	5.619	% 85,6	946	% 14,4

Kaynak: Hâkimler ve Savcılar Kurulu 2019 Yılı Faaliyet Raporu

<sup>63</sup> <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a062014e-6b7b-4ff7-bc47-4ba6a4478b6b.pdf> (Erişim Tarihi: 18.05.2021).

<sup>64</sup> Aile Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Durumu Raporu, 2020, s. 56.

Yine de yukarıdaki verileri 2010 yılı verileri ile kıyasladığımızda kadınların hâkimlik ve savcılık mesleklerindeki yerlerinin arttığını söyleyebiliriz. HSK'nın 2010 verilerine göre hâkimlik mesleği içerisinde kadınlar yüzde 31,7'yi oluştururken, savcılıkta yüzde 7,2 oranında bulunmaktadır. Aynı zamanda 2019 yılında çıkan bir habere göre yargıdaki kadın hâkim ve savcı sayısı son yılların en yüksek seviyesine çıkmıştır<sup>65</sup>.

Genel bir değerlendirme yapacak olursak ilk olarak hem hukuk eğitimine girişte hem de meslekteki üst kademelerde kadınların erkeklerle oranla daha az sayıda olmalarının dikkat çektiğini söyleyebiliriz. Kadınların hukuk mesleği içerisindeki konumlarını ikincilleştiren nedenlerden ilki, eğitimdeki fırsat eşitsizliğidir. Eğitimde başlayan bu fırsat eşitsizliği sonrasında kadınların iş hayatında da devam etmektedir.

Toplumsal cinsiyet eşitsizliği kadınların profesyonel hukuk yaşamında geride kalmalarının bir başka nedeni olarak görülmektedir. Nitekim toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve meslek ilişkisi ile ilgili yapılan pek çok çalışmada, profesyonel mesleklerin ataerkil yapılanmasının ardındaki kalıp yargıların önemine dikkat çekilmektedir. Kadın işi/erkek işi ayrımı ve algısı kadınların özellikle üst düzey mesleklerdeki görünürlüğüne önünde engellere neden olmaktadır. Hukukun erkek egemen yapısı, erkeklerin rasyonalite, kontrol ve sorumluluk üstlenme gibi karakteristiklerle eş değer tutulması ile devamlılığını sürdürmüştür. Bu bağlamda, toplumsal olarak kadınlara atfedilen roller de kadınların bu gibi mesleklerde görünür olmalarını zorlaştırmaktadır. Kadının özel alandaki anne ve ev hanımı rolünün baskınlığı, özellikle savcılık gibi seyahat ve zaman sınırının olmadığı mesleklere kadınların uygun görülmemesine neden olmaktadır.

Kadınların iş yaşamında yükselmeleri önünde sıklıkla karşılaştıkları engellerden biri de, "cam tavan" engelidir. Hâkimlik, savcılık gibi erkek egemen hukuk mesleklerinde kadınlar yeterli niteliğe sahip olsa dahi, bu mesleklere gidiş yolunda cam tavan engelleri ile karşılaş-

<sup>65</sup> <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/kadin-hakim-savci-en-yuksekseviyede-41235513> (Erişim Tarihi: 05.06.2021).

maktadırlar. Cam tavan engeli, her ne kadar yazılı olarak engel teşkil etmese de, yapısallaşmış engellemeler ve algılar nedeniyle kadınların mesleklerinde yükselmelerinde ve hatta ekonomik hayata katılımlarında görünmez bir engel bulunması demektir.

## SONUÇ

Bu araştırmada Osmanlı'dan günümüze kadar verilen tarihsel süreçte, kadınların hukuk mesleğindeki yeri incelenmiştir. Osmanlı Devleti'nde, kadınların hukuk fakültelerine girişleri önündeki engeller onları o dönem içerisinde avukatlık, hâkimlik, savcılık gibi mesleklerde yer edinmemelerine neden olmuştur. Tanzimat dönemindeki Batılılaşma çabaları ve kadın hareketi, Cumhuriyet Dönemi'ndeki hukuk ve kadın ilişkisinin ana belirleyicilerinden olmuştur. Tanzimat'la elde edilen kazanımlar Türkiye Cumhuriyeti'nde kadınlar için önemli bir arka plan hazırlamış; bu dönemde kadınlar hukuk eğitimi ve mesleğinde daha fazla görünür hale gelmeye başlamışlardır. Ancak yalnızca Batılılaşma ve kadın hareketi değil; aynı zamanda laik ideolojinin etkisi de bu dönemde kadınların eğitimi ve profesyonel hukukçu olarak görev yapmalarında büyük ölçüde etkili olmuştur.

Günümüzde kadınlar hukuk alanında daha fazla yer almakla birlikte hâlâ erkeklerle eşit düzeye gelememiştir. Bu durum mevzuattaki eksikliklerden ziyade uygulamadaki eksikliklerden kaynaklanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi hukuk mesleğine girme ve yükselmede yazılı kuralların herhangi bir eşitsizlik barındırmamasına karşın pratikteki eşitsizliklerin önüne geçilememektedir. Bununla birlikte, pratikteki engellerin önüne geçilmesi için bazı çözüm önerileri bulunmaktadır. Bunlar kota uygulamaları, pozitif ayrımcılık ve toplumsal yapıyı oluşturan bireylerin kalıp yargılarını kırmak olarak sıralanabilir. Bu bağlamda kadınların hâkimlik, savcılık gibi üst düzey yargı mercilerinde görünürlüklerinin artırılması için kota uygulamalarının yararlı olacağı söylenebilir. Yargıda daha fazla kadının görev yapması ile birlikte kadınların da bu mesleği yapabileceğine dair inanç gelişirken, bu meslekleri "erkek işi" olarak gören toplumsal kalıp yargıların kırılmasına da yol açılacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyılmaz Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Göksu Matbaacılık, Konya 2000.
- Aydın M. Akif, Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli, İsam Yayınları, İstanbul 2020.
- Berktaş Fatmagül, "Tarihin Cinsiyeti", Metis Yayınları, İstanbul 2018.
- Bozkurt Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2010.
- Cengiz İlhan, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara 2011.
- Cin Halil/Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, 4. baskı, Konya 2011.
- Durakbaşı Ayşe, Halide Edib Türk Modernleşmesi ve Feminizm, 7. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- Esirgen Örsten Seda, "Osmanlıdan Cumhuriyete Noterlik", Uluslararası Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul 13-14 Mayıs 2016.
- Mumcu Ahmet, Ankara Adliye Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (1925-1975), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları: Sevinç Matbaası, Ankara 1977.
- Ortaylı İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı, Kronik Kitap, 11. baskı, İstanbul 2019.
- Osmanağaoğlu Hülya (Haz.), Feminizm Kitabı Osmanlı'dan 21. Yüzyıla Seçme Metinler, Dipnot Yayınları, Ankara 2015.
- Özkent Ali Haydar, Avukatın Kitabı, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1940.
- Özkorkut Ünal, Nevin, Osmanlı Hukukunda Müddei Umumilik- Savcılık Kurumunun Türk Hukukuna Girişi ve Uygulanma Süreci, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Öztoprak Sağır, Meral, Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hukuk Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2010.
- Topçuoğlu Orhan/Topçuoğlu Tülin, Cumhuriyet Döneminde Olaylarda ve Mesleklerde Basınımızda Yer Alan Kadınlar, Demircioğlu Matbaası, Ankara 1998.
- Uzunçarşılı İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1984.
- Üçok Coşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, 20. baskı, Ankara 2018.

### Makaleler

- Ağaoğlu Süreyya, "Bir Ömür Böyle Geçti" Hukukun Öncü Kadını Avukat Süreyya Ağaoğlu ed.Celal Ülgen, Coşkun Ongun, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010 (s. 53-186).
- Arıcı Kadir, "Sunuş", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, 2017, 30 (s. 9-11).
- Atar Fahrettin, "Kadı", TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2001, C.24, (s. 69-73).
- Balcı Emine, "Hukukun Öncü Kadınları: Türkiye'de Kadınların Hukuk Mesleğine Girişi Üzerine Bir İnceleme.", *Fe Dergi: Feminist Eleştiri*, 2019, C. 11, S. 1, (s. 34-47).

- Çağlar Nedret, "Kadının Siyasal Yaşama Katılımı ve Kota Uygulamaları." *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, Isparta 2011, C. 3, S. 4, (s. 56-79).
- Çakır Serpil, *Osmanlı Kadın Hareketi*, Metis Yayınları, İstanbul, 2016.
- Chambers, D.L, "Accommodation and satisfaction: Women and men lawyers and the balance of work and family." R. L. Abel (Ed.), *Lawyers: A critical reader* içinde (s. 91-96), The New Press, New York 1997.
- Osman Nuri Ergin, *Türk Maarif Tarihi*, C.1-2, Eser Matbaası, 1. Baskı, İstanbul 1977.
- Karadağ Bekir, "İslam Hukukuna Göre Kadının Hâkimliği", *e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi*, Diyarbakır 2018, C. 10, S. 2, (s. 690-707).
- Kaşıkçı Osman, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1997.
- Osmanağaoğlu Karahasanoğlu Cihan, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi*, *OTAM*, 29/Bahar 2011, (s. 93-124).
- Özkent Ali Haydar, "Avukatlığın Memleketimizde Çok Kötü Tanınması", *Adalet Dergisi*, 1938, No:3, (s. 369-433).
- Özkorkut Ünal, Nevin, "Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, S. 52, (s. 147-154).
- S.L. "Hayat-ı Nisvîyemizde Fikdan-ı Maarif", *Kadınlar Dünyası*, S. 8, 11 Nisan 1329.
- Türkoğlu Üstün Kamile, "Kamu Hizmetlerine Girişte ve Yükselmeye Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması ve Avrupa'daki Örnekler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, 2017, 30 (s. 93-124).
- Tüzel Gökçe Bayrakçeken, "Kemalizm, Profesyonizm ve Ataerkil Tezahürler" *Toplum ve Bilim Dergisi*, 2009, S. 114, (s. 27- 50).
- Yürüt Berna, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Kadın Hareketi ve Hukuki Talepleri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kadın ve Hukuk Özel Sayı, 2017, 30 (s. 365-396).

### İnternet Kaynakları

- Hâkimler ve Savcılar Kurulu İstatistikleri, 03.09.2019 Tarihi İtibarı İle Hâkim ve Savcılara İlişkin İstatistikî Bilgiler. Erişim: <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a062014e-6b7b-4ff7-bc47-4ba6a4478b6b.pdf>
- Hâkimler ve Savcılar Kurulu 2019 Faaliyet Raporu, Strateji Geliştirme Bürosu, Şubat 2020.
- T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Türkiye'de Kadın, Şubat 2020.
- World Economic Forum, Global Gender Gap Report 2020.







