



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XV • SAYI:1 • YIL: 2020

ISSN: 1306-3839

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XV
SAYI: 1
YIL: 2020



ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XV

SAYI: 1

YIL: 2020

**NİSAN – 2020
KAYSERİ**

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yunus YOLDAŞ (Dekan V.)

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Serap Başaran (Fakülte Sekreteri)

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ	<u>E-MAIL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi:</u> NİSAN 2020

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Dizgi ve Mizanpaj

Editör Yardımcıları

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZİ/ KAYSERİ

AMAÇ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukuk alanında ve hukukla bağlantılı alanlarda özgün ve bilimsel çalışmalarla ulusal düzeyde literatüre katkıda bulunmayı amaçlar.

KAPSAM

Kamu hukuku ve özel hukuk alanında özgün ve bilimsel araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler, dergimizin yayın kapsamına girmektedir.

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya eruhukukdergisi@gmail.com mail adresine gönderilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 kelimeден oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. Ayrıca çalışmanın her iki dilde başlığı ve beşer anahtar kelime de çalışmanın başına eklenerek gönderilmelidir. Yazarların, Orcid ID numaralarını ve mail adreslerini, kimlik bilgilerinin yer aldığı dipnotta göstermeleri gerekmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin sayfa yapısı, üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 12 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı,

geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı 0,9 olmalıdır. 0,6 asılı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 40 sayfadan fazla olmamalıdır..Çalışmalar, editörlüğe elektronik ortamda (CD, flash bellek, e-posta vb.) gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.

5. Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yapmış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise en az iki hakeme gönderilir.
7. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı hakemlerin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemlerden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakemlerin raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakemlerin incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
8. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
9. Dergide yayımlanan çalışmaları değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
10. Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
11. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
13. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
14. Dergi basıldıktan sonra danışma kurulu üyelerine, ilgili sayının yazarlarına ve ilgili sayıda hakemlere ücretsiz olarak gönderilir.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Atatürk Üniversitesi
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi
Doç. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Mustafa UYANIK
Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY
Arş. Gör. Ayşe KARAKIMSELİ SEZGİN
Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK
Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN

İÇİNDEKİLER*

ÖZEL HUKUK

Hakemli Makaleler

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarının Korunması 1

Sena BAŞPINAR

Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi..... 41

KAMU HUKUKU

Hakemli Makaleler

Prof. Dr. Hasan TUNÇ/Dr. Ahmet EKİNCİ

Farklı Hükümet Sistemlerinde Koalisyon İstikrarını

Sağlamak İçin Kullanılan Bir Araç Olarak Bakan Yardımcılığı Kurumu 80

Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU/Arş. Gör. Figen TABANLI

Erika ve Prestige Kazalarının Oluşan Hukuk Kurallarına Etkisi109

**Doç. Dr. Ömer KESKİNSOY/Arş. Gör. Dr. Hande Seher DEMİR
ve Arş. Gör. Semih Batur KAYA**

İfade Özgürlüğü Ekseninde

Anayasa Mahkemesinin Hukuku Değiştirme Sorunu.....139

**Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU/
Arş. Gör. Özgem Tuğçe GÜMÜŞ BOYACI**

Bir Modern Devlet ve Egemenlik Miti: Westphalia Barışı.....191

Dr. Öğr. Üyesi Orçun AVCI

Vergiye Uyumlu Mükelleflere Uygulanan Vergi İndirimi Müessesesi225

Av. Kadri İNCE

Türk Ceza Hukuku'nda Örgütlü Suçluluk Ve Silahlı Terör Örgütü.....241

Hakemli Çeviri

Dr. Öğr. Üyesi Selman ÖZDAN

Martti Koskenniemi ile Uluslararası Hukuk

ve Aşırı Sağın Yükselişi Üzerine Mülâkat.....271

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

CONTENTS

PRIVATE LAW

Refereed Articles

Asiss. Prof. Dr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

The Safeguard Of Creditors of Disclaimer Heir 1

Sena BAŞPINAR

The Modification of the Form of Management in Foundations 41

PUBLIC LAW

Refereed Articles

Prof. Dr. Hasan TUNÇ/Dr. Ahmet EKİNCİ

Junior Ministry as a Tool That is Used to

Provide the Coalitional Stability on Different Government Types 80

Assoc. Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU/ Res. Asst. Figen TABANLI

The Impact of Erika and Prestige Accidents on Emerging Legal Rules109

**Assoc. Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY/ Res. Asst. Dr.. Hande Seher DEMİR
and Res. Asst. Semih Batur KAYA**

The Issue of the Constitutional Court

Changing The Law Interms of Freedom of Expression.....139

Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU/

Res. Asst. Özgem Tuğçe GÜMÜŞ BOYACI

A Myth of Modern State and Sovereignty: Peace Of Westphalia191

Assist. Prof. Dr. Orçun AVCI

The Implementation of the Tax Reduction to the Tax-Compliant Taxpayers.....225

Adv. Av. Kadri İNCE

Organized Guilt Armed Terrorist Organization in Turkish Criminal Law241

Refereed Translation

Assist. Prof. Dr. Selman ÖZDAN

Interview: Martti Koskenniemi on International Law and the Rise of the Far-Right ...271

Özel Hukuk/ Private Law

**MİRASI REDDEDEN MİRASÇININ ALACAKLILARININ
KORUNMASI**

*The Safeguard of Creditors of
Disclaimer Heir*

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan Şahan¹

ÖZET

Mirasçı, malvarlığı borcunu karşılamaya yetmemesine rağmen, alacaklılara zarar verme amacıyla mirası reddedebilir. Bu durumda mirasçının alacaklıları ve iflas idaresi mirasın reddini iptal ettirebilirler. Mirasın reddinin iptali davası asliye hukuk mahkemesinde açılır. İptal davası ret tarihinden itibaren altı ay içinde açılmalıdır. Mirasın reddinin iptaline karar verilirse, tereke resmen tasfiye edilir. Önce dava açan alacaklılara, daha sonra diğer alacaklılara ödeme yapılır. Geriye bir değer kalırsa, diğer mirasçılara verilir. Mirasın reddi geçersiz olursa veya düşerse, ret iptal edilmez. Reddin hükümsüzlüğünün tespiti istenir. Reddin hükümsüzlüğü, iptal olmadığı için, altı aylık süreye tabi değildir. Hükümsüzlüğe karar verilirse, resmen tasfiye de olmaz. Reddin hükümsüzlüğünü ilgili olan herkes talep edebilir.

Anahtar Kelimeler: Miras, Mirasın reddi, Reddin iptali, Alacaklıların korunması, Reddin hükümsüzlüğü

¹ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
E-Posta: gokhansahan38@hotmail.com
Orcid: 0000-0002-2605-5857
Makale Geliş Tarihi: 28.02.2020
Makale Kabul Tarihi: 09.05.2020

ABSTRACT

Although the heir's assets are not enough to cover his debt, he can disclaim the inheritance in order to harm creditors. In this case, the heir's creditors and bankruptcy administration can cancel the disclaimer of the inheritance. The case of the disclaiming the inheritance is opened in the civil court of first instance. The annulment action must be filed within six months from the date of rejection. If the disclaimer of the inheritance is canceled, the heritage will be officially liquidated. Payments are made to creditors who sue first, and then to other creditors. If any value remains, it is given to other heirs. If the disclaim of the inheritance becomes null or falls, the disclaim is not canceled. It is requested to determine the nullity of disclaimer. The nullity of the disclaimer is not subject to a six-month period, as there is no cancellation. If the nullity is decided, there will be no official liquidation. Anyone concerned can request the nullity of the disclaimer.

Keywords: inheritance, disclaimer of an inheritance, annulment of disclaimer, safeguard of the creditors, nullity of disclaimer

GİRİŞ

Mirasbırakan öldüğünde, mirasçılar, TMK'nın 599. maddesi gereği kendiliğinden terekeyi kazanırlar. Türk miras hukukunda küllî halefiyet ilkesi gereği, mirasçılar iradesi dışında mirasbırakanın aktif ve pasiflerine sahip olmaktadır. Ancak mirasçı olmak istemeyen mirasçılara TMK'nın 605. ve devamı maddelerinde mirası reddedebilme imkânı tanınmıştır. Mirasçılar, mirası reddederek, mirasçılık sıfatlarını sona erdirebilirler. Böylece terekedeki aktiflere sahip olmayacakları gibi, borçlardan da sorumlu olmazlar. Mirasçı, mirası, terekenin borçlarının fazla olması sebebiyle reddedebileceği gibi, mirasbırakan ile arasındaki kötü ilişkiden dolayı da reddedebilir. Bununla birlikte mirasçı, kendi alacaklılarının miras payına başvurmalarını engellemek amacıyla da mirası reddedebilir. Bu sebeple mirasçının alacaklılarının korunması gerekmektedir.

Çalışma konumuz mirası reddeden mirasçının alacaklılarının korunmasıdır. Bu çerçevede mirasçı, alacaklılarına zarar verme amacıyla mirası redderse alacaklılar TMK'nın 617. maddesi gereği reddin iptalini sağlayabilirler. Ayrıca mirasın reddi işlemi geçersizse veya TMK'nın 610 maddesinin II. fıkrası

sındaki haller gereği düşerse, alacaklılar reddin hükümsüzlüğünün tespitini de talep edebilirler.

Çalışmamızda öncelikle mirasın reddi hakkında genel açıklamalarda bulunulmuştur. Daha sonra da mirasın reddinin iptali ve hükümsüzlüğü hususları incelenmiştir.

II. GENEL OLARAK MİRASIN REDDİ

A. Mirasın Reddinin Tanımı ve Çeşitleri

Türk hukukunda, bir kimse öldüğünde, bir kabul beyanına gerek olmaksızın, terekeye dâhil bütün malvarlığı yasal ve atanmış mirasçılara geçer. Buna göre mirasbırakanın malvarlığında yer alan bütün haklar ve borçlar ölüm anında kural olarak mirasçılara geçer. Bu husus TMK'nın 599. maddesinde "*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar. Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar.*" şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Küllî halefiyet ilkesi olarak ifade edilen bu durumda, mirasçılar kendi iradeleri dışında mirasbırakanın malvarlığını, aktif ve pasifleri ile birlikte üzerine almak zorunda kalmaktadır. Mirasçılarının bu zorunluluktan dolayı güç durumda kalmaları için Kanun Koyucu tarafından mirası ret kurumu düzenlenmiştir².

Mirasın reddi TMK'nın 605. ve 618. maddelerinin arasında düzenlenmiştir. Mirasın reddi, küllî halefiyet yoluyla mirasbırakanın terekesi üzerinde kanunen hak sahibi olan mirasçının, mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânı sağlayan bir hukukî kurumdur³. Mirasın reddi, mirasçının ortaya koyabileceği

² Antalya, Gökhan; Miras Hukuku C. III, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 425; Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek; Türk Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 503; Seozan, Rona/Engin, Baki İlkay; Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014, s. 565; Helvacı, İlhan; Mirasın Reddi, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 8; Hoşlan, Osman; Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettiğinden Hakkı, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 3, 1992, s. 318.

³ Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 600; Dural, Mustafa/Öz, Turgut; Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C. IV, 13. Baskı, İstanbul 2019, s. 410; İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman; Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 146; İnan, Ali Naim/Ertas, Şeref/Albaş, Hakan, Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019, s. 206; Eren/Yücer Aktürk, 503; Hoşlan, 318.

bir irade beyanı ile gerçekleşebilir. Bununla birlikte bazı durumlarda da mirasçı, herhangi bir irade beyanında bulunmadan kanun gereği miras reddedilmiş sayılır (TMK md. 605 f. II). Mirasçının iradesine dayanan redde *gerçek ret*, kanun gereği reddedilmiş sayılmaya ise *hükmî ret* denmektedir⁴.

1. Gerçek Ret

a. Genel Olarak

Yasal veya atanmış mirasçının, kendi iradesi ile mirasçılık sıfatını ortadan kaldıran bir beyanda bulunmasına mirasın gerçek reddi denir (TMK md. 605 f. I)⁵. Mirasçı bu hakkını mirasın ölümünden sonra kullanabilir. Mirasbırakanın sağlığında, mirasçı olmak istemeyen kişi mirastan feragat sözleşmesi yaparak, mirasçılık sıfatını sona erdirebilir⁶. Mirasın reddine ilişkin TMK'nın 605. maddesindeki hüküm emredici niteliktedir. Bu sebeple mirasın geçmesinden önce, mirasçıların bu haktan feragat etmeleri mümkün değildir⁷.

Mirasın reddinin gerçekleşebilmesi için, mirasçının bir irade beyanında bulunması gerekir. Bu irade beyanı tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır. Mirasın reddi beyanı ile mirasçının, mirasçılık sıfatı sona erer. Bu sebeple mirasın reddi beyanı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıdır⁸. Mirasçı, mirası reddettikten sonra, yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla tükendikleri için bu beyanından dönemez ve geri alamaz⁹.

⁴ Günay, Erhan; Mirasçıların Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması, Ankara 2019, s. 122; İnan/Ertas/Albaş, 506; Dural/Öz, 410; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 146; Kocayusufoşpaşaoğlu, 601; Helvacı, 9; Eren/Yücer Aktürk, 503.

⁵ İmre, Zahit/Erman, Hasan; Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 355; Günay, Erhan; Mirasın Reddi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 112, 2015, s. 45; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 146; İnan/Ertas/Albaş, 506; Eren/Yücer Aktürk, 503; Dural/Öz, 410; Antalya, 425.

⁶ Serozan/Engin, 566; Günay, Alacaklıların Korunması, 122; İmre/Erman, 355; Günay, Mirasın Reddi 46; Dural/Öz, 410-411; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 146; Antalya, 426; Eren/Yücer Aktürk, 504.

⁷ Eren/Yücer Aktürk, 503; Helvacı, 10; Serozan/Engin, 566.

⁸ Kılıçoğlu, Ahmet M.; Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019, s. 296-297; Hatemi, Hüseyin; Miras Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2018, s. 151; Kocayusufoşpaşaoğlu, 601; İnan/Ertas/Albaş, 507; Helvacı, 11; Dural/Öz, 411; İmre/Erman, 365; Antalya, 427; Eren/Yücer Aktürk, 504; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 146.

⁹ İşgüzar/Demir/Yılmaz, 146; İnan/Ertas/Albaş, 507; Dural/Öz, 413; Kılıçoğlu, 297; Antalya, 429; Eren/Yücer Aktürk, 505; Serozan/Engin, 567; İmre/Erman, 367.

Mirasın reddi beyanı, özel bir şekilde tabi değildir. Yazılı veya sözlü olarak mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine yöneltilmesi yeterlidir (TMK md. 609 f. I). Mahkeme, sözlü veya yazılı ret beyanını bir tutanakla tespit eder (TMK md. 609 f. III). Süresi içinde yapılmış olan ret beyanı, mirasın açıldığı yerin sulh mahkemesince özel kütüğüne yazılır ve reddeden mirasçı isterse kendisine reddi gösteren bir belge verilir (TMK md. 609 f. IV). Mirasın reddi kayıtsız ve şartsız olmalıdır (TMK md. 609 f. II). Mirasçının mirası reddedebilmesi için herhangi bir gerekçe göstermesi gerekmez¹⁰.

Mirası reddeden mirasçının tam ehliyetli olması gerekir. Tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsiz vesayet altında ise, vasinin irade açıklamasının yanı sıra sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemelerinin de izni gerekir (TMK md. 463 b. 5). Tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsiz küçük velayet altında olduğu için velisi onun adına mirası reddediyorsa ve menfaat çatışması varsa küçüğe kayyım atanmalıdır¹¹. Bununla birlikte, TMK'nın 265. maddesinin I. fıkrasına göre, mal ortaklığı rejiminde eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemez. Ancak diğer eşin rızasının alınması mümkün değilse veya haklı bir sebep yokken rıza göstermezse mirasçı eş, sulh hukuk mahkemesine başvurabilir (TMK md. 265 f. II). Mahkemenin vereceği karar, diğer eşin rızası yerine geçen bir karar olur.

Mirasın reddi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı için, temsilci vasıtasıyla yapılabilir¹². Temsilcinin özel yetkiye sahip olması gerekir.

b. Mirasın Reddinde Süre

Mirasçı, mirası üç ay içinde reddetmelidir (TMK md. 606 f. I). Mirası ret beyanı, bozucu yenilik doğuran bir beyan niteliğinde olduğu için, bu süre hak düşürücü süredir. Bu sebeple bu süreye uyulup uyulmadığı hâkim tarafın-

¹⁰ Dural/Öz, 411.

¹¹ Serozan/Engin, 568; Kocayusufpaşaoğlu, 604; Dural/Öz, 412; Antalya, 428; Eren/Yücer Aktürk, 504

¹² Eren/Yücer Aktürk, 504; Kocayusufpaşaoğlu, 604; Günay, Mirasın Reddi, 45; Helvacı, 68; Antalya, 427; Serozan/Engin, 569; Dural/Öz, 411.

dan re'sen dikkate alınmalıdır¹³. Mirasın reddinde süreye uyulmuş olabilmesi için, ret beyanının üç ay içinde mahkemeye ulaşılmış olması gerekmektedir¹⁴.

Üç aylık süre kural olarak mirasbırakanın ölümü ile başlar. Ancak mirasçı, kendisinin mirasçı olduğunu ölüm tarihinden sonraki bir tarihte öğrenmişse, süre mirasbırakanın ölüm tarihinde değil, mirasçının öğrenme tarihinde başlar. Başka bir ifade ile üç aylık ret süresi, yasal mirasçılar için, miras bırakanın ölümünü ve kendilerinin mirasçı olduklarını öğrendikleri andan itibaren başlar¹⁵. Bu süre vasiyetname ile atanmış mirasçı için, vasiyetnamenin açılıp kendisine resmen bildirim yapılmasından itibaren başlar (TMK md. 606 f. II). Mirasçı, miras sözleşmesi ile atanmışsa sürenin ne zaman başlayacağı hususunda bir hüküm yoktur. Burada TMK'nın 606. maddesinin II. fıkrasının kıyasen uygulanması gerektiği ve sürenin mirasbırakanın ölümünün öğrenilmesi ile başlayacağı kabul edilmektedir¹⁶. Atanmış mirasçıda sözleşmenin bir nüshasının bulunacağı için, mirasçılık sıfatını daha sonra öğrenmesi gibi bir durum oluşmaz¹⁷. Ancak miras sözleşmesi ile üçüncü bir kişi mirasçı olarak atanmış ise, süre vasiyetname ile atanan mirasçıda olduğu gibidir. Üçüncü kişi lehine yapılan miras sözleşmesi, vasiyetname gibi açılır ve ilgiliye tebliğ edilir. Buna göre ret süresi de bu tebliğ tarihinden itibaren başlar¹⁸.

Koruma önlemi olarak terekenin yazılması söz konusu olduğunda, miras ret süresi, hem yasal hem de atanmış mirasçılar için yazım işleminin sona erdiğinin sulh mahkemesi tarafından kendilerine bildirilmesi ile başlar (TMK md. 607).

Miras ret için öngörülmuş süre hak düşürücü süredir. Mirasçılar bu süreyi geçirirse kural olarak, ret hakları düşer. Ancak TMK'nın 615. maddesine göre önemli sebeplerin varlığı halinde sulh hâkimi, mirasçılara tanınmış olan ret süresini uzatabileceği gibi yeni bir süre de belirleyebilir. Kanunda öngörülen üç aylık sürede karar verme imkânının olmaması veya çok zor olması önemli sebep

¹³ Kılıçoğlu, 300; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 150; İmre/Erman, 363; Dural/Öz, 413; Serozan/Engin, 573; Eren/Yücer Aktürk, 508; Antalya, 433.

¹⁴ Dural/Öz, 413.

¹⁵ İşgüzar/Demir/Yılmaz, 150-151; İnan/Ertaş/Albaş, 509; Dural/Öz, 414; Serozan/Engin, 573; Eren/Yücer Aktürk, 508; İmre/Erman, 363; Antalya, 433.

¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 609; Dural/Öz, 414; Eren/Yücer Aktürk, 509; Antalya, 433.

¹⁷ Dural/Öz, 414.

¹⁸ İşgüzar/Demir/Yılmaz, 151; Dural/Öz, 414; Eren/Yücer Aktürk, 509; Antalya, 434.

olarak kabul edilebilir¹⁹. Mirasçının devamlı hasta olması, yerleşim yerinin yurt dışında bulunması, ayırt etme gücünü kaybetmiş olması ve henüz yasal temsilcisinin atanmamış olması gibi haller önemli sebeplere misal olarak verilebilir²⁰.

Mirasçı, mirası reddetmeden ölürse ret hakkı mirasçılara geçer (TMK md. 608 f. I). Bu mirasçılar için ret süresine ilişkin düzenleme TMK'nın 608. maddesinin II. fıkrasında şu şekildedir: *“Bu mirasçılar için ret süresi, kendilerinin mirasbırakanına mirasın geçtiğini öğrendikleri tarihten başlar. Ancak bu süre, kendilerinin mirasbırakanından geçen mirasın reddi için mirasçıya tanınan süre dolmadıkça sona ermez”*. Bu hükme göre, mirası reddetmeden ve ret süresi dolmadan ölen mirasçının yerine geçen mirasçılar, hem kendi mirasbırakanından kalan mirası, hem de kendi mirasbırakanları dolayısıyla kendilerine geçen mirası, kendi mirasbırakanlarının ölümünü ve kendi mirasçılıklarını öğrenmelerinden itibaren üç ay içinde reddedebilirler²¹. Başka bir ifade ile her iki mirasın ret süresi, kendi mirasbırakanlarından kalan mirasın ret süresi ile aynı olur. Ancak mirası reddetmeden ölen mirasçının yerine geçen mirasçı sadece, miras bırakanına ilk mirasbırakandan kalan mirası reddedecekse üç aylık süre, mirasın kendi mirasbırakanına geçtiğini öğrendiği tarihten itibaren başlar²².

Mirasın reddi ile miras, daha önce mirasçı olmayan bir kişiye geçerse, bu kişi için ret süresi, önceki mirasçı tarafından mirasın reddedildiğini öğrendiği tarihten itibaren başlar (TMK md. 608 f. III).

c. Mirası Ret Hakkının Düşmesi

Mirasçı yasal süresi içinde mirası reddetmezse, mirası kayıtsız ve şartsız kazanmış olur (TMK md. 610. f. I). Bununla birlikte, mirasçı ret süresi içinde mirası açıkça kabul etmesi halinde de, mirası kazanır ve ret hakkından feragat etmiş kabul edilir²³.

TMK'nın 610. maddesinin II. fıkrasına göre, mirasçı, ret süresi içerisinde mirasçı olarak tereke işlerine karışırsa, terekenin olağan yönetim işlemlerin-

¹⁹ Dural/Öz, 415; Eren/Yücer Aktürk, 509.

²⁰ İnan/Ertaş/Albaş, 510; Dural/Öz, 415; Eren/Yücer Aktürk, 509.

²¹ Antalya, 436; Dural/Öz, 415; Eren/Yücer Aktürk, 510.

²² Dural/Öz, 415; Eren/Yücer Aktürk, 510; Antalya, 436.

²³ İşgüzar/Demir/Yılmaz, 149; Dural/Öz, 416; İnan/Ertaş/Albaş, 513; Eren/Yücer Aktürk, 510; İmre/Erman, 359; Antalya, 436.

den olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi gerekli olanın dışında işler yaparsa mirası ret hakkı düşer. Bununla birlikte, aynı hükme göre, mirasçı ret süresi dolmadan tereke mallarını gizler veya kendisine mal ederse, mirası reddedemez. Kanun koyucu bu gibi davranışlarda bulunmayı, mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirmiş ve mirasçının ret hakkının düşeceğini kabul etmiştir²⁴. Yine bu gibi davranışlar özellikle tereke alacaklılarına karşı mirasın kabul edildiği yönünde izlenim oluşturacağından, daha sonra mirasçının mirası reddetmesi çelişkili bir davranış olacaktır. Bu durum dürüstlük kuralına aykırı olacağı gibi hakkın kötüye kullanılmasının özel bir halidir²⁵.

Mirasçının, zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin dolmasını engel olmak için dava açması veya icra takibi yapması, ret hakkını düşürmeyeceği TMK'nın 610. maddesinin III. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre terekenin korunması için yapılması gereken işleri yapmak, tereke işlerine karışma olarak değerlendirilmez. Buradaki amaç, mirasçının terekeyi korumak için, yapılması gereken işlemleri yapmasından kaçınmasını engellemektir²⁶.

2. Hükmi Ret

Hükmi ret, kanun koyucunun bazı hallerde, mirasçının bir irade beyanına gerek kalmaksızın mirasın reddedildiğini kabul etmesidir. TMK'nın 605. maddesinin II. fıkrasına göre, ölüm tarihinde mirasbırakanın borç ödemekten aczi açıkça belli veya bu durum resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır. Bu hükümle mirasın reddedilmiş olduğu bir karine olarak kabul edilmektedir. Ancak mirasçı, mirası bu haliyle kabul edebilir²⁷.

Mirasın reddedilmiş sayılabilmesi için iki şarttan birinin var olması gerekir. Bunlardan birincisi mirasbırakanın ölüm tarihinde borç ödemekten aczinin açıkça belli olmasıdır. Burada anlaşılması gereken, miras bırakanın borç ödemekten aczinin, en az miras bırakanın çevresi tarafından biliniyor olması-

²⁴ Serozan/Engin, 575; Kocayusufpaşaoğlu, 615; Günay, Mirasın Reddi, 49; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 149; Dural/Öz, 415; İmre/Erman, 360; Eren/Yücer Aktürk, 510; Antalya, 437.

²⁵ Eren/Yücer Aktürk, 511.

²⁶ Dural/Öz, 417; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 149; İmre/Erman, 360; Eren/Yücer Aktürk, 513.

²⁷ İşgüzar/Demir/Yılmaz, 147; Dural/Öz, 419; İnan/Ertaş/Albaş, 512; Eren/Yücer Aktürk, 513; Serozan/Engin, 578; Antalya, 431.

dır²⁸. İkinci şart ise, mirasbırakanın borç ödemekten aczinin resmen tespit edilmiş olmasıdır. Borç ödemedi aczinin resmen tespitinden kasıt ise, mirasbırakan hakkında aciz belgesi alınması veya miras bırakanın iflasına karar verilmesidir²⁹.

B. Mirasın Reddinin Hüküm ve Sonuçları

Mirası reddeden mirasçının mirasçılık hak ve sıfatı, geçmişe etkili olarak sona erer³⁰. Mirası reddeden yasal mirasçı, mirasbırakandan önce ölmüş gibi kabul edilir (TMK md. 611 f. I). Mirası reddeden mirasçının miras payı, varsa altsoyuna, alt soyu yoksa, diğer mirasçılar geçer ve onların payı artar³¹.

Atanmış mirasçı, mirası reddederse, ona bırakılmış miras payı, mirasbırakanın yasal mirasçılara geçer³². Ancak mirasbırakan yaptığı ölüme bağlı tasarrufta aksine bir hüküm koyabilir (TMK md. 611 f. II). Mesela miras bırakan bir yedek mirasçı atamış ise, atanmış mirasçı mirası reddederse miras payı yasal mirasçılara değil, yedek mirasçıya geçer³³.

En yakın mirasçılarının tamamı mirası reddederse, tereke sulh mahkemesi tarafından iflas hükümlerine göre tasfiye edilir (TMK md. 612 f. I). En yakın yasal mirasçılardan kasıt, mirasbırakan öldüğünde, ona en yakın ve ilk planda doğrudan mirasçı olanlardır³⁴. Yapılan tasfiye sonucunda arta kalan bir şey olursa, bu değerler mirası reddetmemiş gibi hak sahibi mirasçılar arasında paylaştırılır (TMK md. 612 f. II).

Miras bırakanın alt soyunun tamamı mirası reddederse, mirasbırakanın eşi sağsa, alt soyun miras payının tamamı eşe geçer (TMK md. 613). Burada bir

²⁸ İnan/Ertaş/Albaş, 512; Dural/Öz, 419; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 147; Eren/Yücer Aktürk, 513; Antalya, 431.

²⁹ İşgüzar/Demir/Yılmaz, 148; Dural/Öz, 419; İnan/Ertaş/Albaş, 513; Eren/Yücer Aktürk, 513; Antalya, 431.

³⁰ Kılıçoğlu, 301; Eren/Yücer Aktürk, 513; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 153; Dural/Öz, 419; Antalya, 439-440.

³¹ Eren/Yücer Aktürk, 514; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 153; Kılıçoğlu, 301; Serozan/Engin, 580; Dural/Öz, 420.

³² Kılıçoğlu, 300; Eren/Yücer Aktürk, 514; Serozan/Engin, 580; Dural/Öz, 422; İşgüzar/Demir/Yılmaz, 154; Antalya, 440.

³³ Kocayusufpaşaoğlu, 631; Dural/Öz, 422; Serozan/Engin, 580.

³⁴ İşgüzar/Demir/Yılmaz, 154; Kılıçoğlu, 304; Eren/Yücer Aktürk, 514; Dural/Öz, 420.

zümrede hiçbir mirasçı bulunmaza, miras sonraki zümreye geçer kuralının istisnası söz konusudur³⁵. Bu hüküm mirasbırakan öldüğünde eşi hayatta ise uygulanır. Eş hayatta değilse, alt soyun tamamı mirası reddettiğinde, TMK'nın 612. maddesine göre en yakın mirasçılar mirası reddetmiş olacağından tereke, sulh mahkemesi tarafından iflas hükümlerine göre tasfiye edilir³⁶.

Mirasçı, kendisinden sonra gelecek mirasçıların kabul edip etmeyecekleri şartıyla mirası reddedebilir (TMK md. 614 f. I). Burada, mirasın reddi kayıtsız ve şartsız olmalıdır kuralının bir istisnası söz konudur³⁷. Miras bu şekilde reddedildiğinde, sulh hâkimi sonra gelen mirasçılara durumu bildirir. Sonra gelen mirasçılar, sulh hâkimi tarafından bir ay içinde mirası ret veya kabul konusunda karar vermeleri için davet edilir. Bir aylık süre içinde kabul etmezlerse reddetmiş sayılırlar (TMK md. 614 f. II). Bu durumda miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, ilk planda mirası reddeden önce gelen mirasçılara verilir (TMK md. 614 f. III).

III. MİRASI REDDEDEN MİRASÇININ ALACAKLILARININ KORUNMASI

A. Genel Olarak

Türk hukukunda miras bırakanın ölümü ile tereke, mirasçının iradesine bağlı olmaksızın mirasçılara geçer. Miras bırakanın ölümü ile birlikte, mirasbırakanın malvarlığında yer alan haklar ve borçlar mirasçıların olur. Bu şekilde mirasın kendisine geçmesini istemeyen mirasçılar için, TMK'nın 605. ve devamı maddelerinde mirasın reddi kurumu düzenlenmiştir. Mirasın reddi ile birlikte mirasçı, mirasçılık sıfatı sona ereceğinden, terekede yer alan hakları kazanamayacağı gibi, borçlardan da sorumlu olmaz.

Mirasçının mirası reddetmesinin çeşitli sebepleri olabilir. Mirasçı, mirasbırakanla veya diğer mirasçılarla arasındaki kötü ilişki, terekedeki borçlarının fazla olması, terekenin aktif veya pasifleri hakkında yeterli bilgi sahibi ol-

³⁵ Kılıçoğlu, 307; Eren/Yücer Aktürk, 514-515; Dural/Öz, 421.

³⁶ Dural/Öz, 422; Kılıçoğlu, 306.

³⁷ Dural/Öz, 422.

maması gibi sebeplerle mirası reddedebilir³⁸. Bununla birlikte mirasçı, kendi alacaklarına zarar verme amacı ile de mirası reddedebilir. Malvarlığı borcunu karşılamaya yetmeyen mirasçı, kendisine kalan değerler üzerinde alacaklılarının hak sahibi olmasını engellemek amacıyla mirası reddedebilir³⁹. Kanun koyucu böyle bir durumda mirasçının alacaklılarını korumak amacıyla TMK'nın 617. maddesinde mirasçının alacaklılarına, *mirasın reddinin iptalini* için dava açma hakkı tanımıştır. Ayrıca mirasçının alacaklıları, şayet mirasın reddi geçerli şekilde yapılmamışsa veya mirasın reddi düşmüşse, *mirasın reddinin hükümsüzlüğünün tespiti*ni de dava yolu ile talep edebilirler⁴⁰.

B. Mirasın Reddinin İptali

Mirasın reddinin iptali TMK'nın 617. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, malvarlığı borcunu karşılamaya yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar verme kastıyla mirası reddederse ve yeterli bir güvence göstermezse, alacaklıları veya iflas idaresi, mirasın reddini iptal ettirebilirler. Mirasın reddi, her mirasçının bir hakkıdır ve mirası reddedebilmek için mirasçı, bir gerekçe göstermek zorunda da değildir. Ancak, TMK'nın 2. maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı, mirasın reddi için de geçerlidir. Kanun Koyucu, mirasçının bu hakkını kötüye kullanmasını engellemek için mirasın reddinin iptali kurumunu getirmiştir. TMK'nın 617. maddesindeki düzenleme, TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının özel bir şeklidir⁴¹.

Mirasın reddinin iptali, gerçek ret bakımından uygulanır. Mirasın reddinin iptalinin şartlarından biri mirasçının alacaklılarına zarar verme amacı ile

³⁸ Baygın, Cem; Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005, s. 131; Antalya, 425; Helvacı, 13.

³⁹ Kazancı Tuncer, İdil/Öcal Apaydın, Bahar; Mirasçılardan Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 2, 2015, s. 787; Günay, Mirasın Reddi, 52; Hoşlan, 318-319; Helvacı, 212; Günay, Alacaklıların Korunması, 115; Baygın, 132.

⁴⁰ Baygın, 133.

⁴¹ Şener, Esat; Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Yargıtay Dergisi, C. 3, S. 1, 1977, s. 115; İmre/Erman, 373; Baygın, 132; Hoşlan, 319-321; Y. 14. HD., T. 12.9.2013, E. 2013/9472, K. 2013/11401, "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Hukuk düzeni bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumaz. (T.M.K.m 2.) Mirasçı alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse alacaklılar ret tarihinden itibaren altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler. (T.M.K.m. 617)", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

hareket etmiş olmasıdır. Hükmî ret, kanun gereği olduğu için, mirasçının böyle bir amacının varlığından söz etmek mümkün değildir⁴². Ancak hükmî reddin şartları oluşmamış olmasına rağmen, yanlışlıkla terekenin borca batık olduğu tespit edilmişse, alacaklı buna itiraz edebilir. Özellikle mirasçı, yapılan yanlışlığı bilmesine rağmen, alacaklıların zarar verme kastıyla bu duruma itiraz etmemiş olabilir. Mirasçının bazı hileli davranışlarıyla veya yanlış yapılan hesaplamalarla hükmî reddin şartları oluşmadığı halde, hükmî ret kararı verilmişse, alacaklılar HMK'nun 375. maddesindeki şartların gerçekleştiği ölçüde, yargılamanın iadesini talep edebilir⁴³.

1. Mirasın Reddinin İptalinin Şartları

Mirasın reddinin iptali savası açılabilmesi için, mirası reddeden mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmemesi ve mirasçının alacaklılarına zarar verme amacıyla mirası reddetmiş olmalıdır. Bununla birlikte mirasçının güvence göstermemiş olması da gerekir

a. Mirası Reddeden Mirasçının Malvarlığının Borcuna Yetmemesi

Mirasçının alacaklılarının mirasın reddinin iptali talep edebilmeleri için, öncelikle mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmeyecek durumda olmalıdır. Başka bir ifade ile borçlu mirasçının aktiflerinin pasiflerini karşılayacak durumda olmaması gerekir⁴⁴. Mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamayacak durumda olması, mirası reddettiği tarihte söz konusu olmalıdır. Mirasın geçtiği tarihte, mirasçının ekonomik anlamda iyi durumda olmasına rağmen, ret süresi içinde ekonomik durumunun kötüleşme ihtimali vardır⁴⁵. Bundan dolayı, söz konusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde, mirasın reddedildiği tarih esas alınmalıdır⁴⁶.

⁴² Şener, 119; Günay, Mirasın Reddi, 52; Helvacı, 213; Günay, Alacaklıların Korunması, 116; Baygın, 146.

⁴³ Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 788; Günay, Alacaklıların Korunması, 116-117; Baygın, 146; Helvacı, 213.

⁴⁴ Hoşlan, 324; Günay, Mirasın Reddi, 52; İnan/Ertas/Albaş, 520; Baygın, 144; Helvacı, 215.

⁴⁵ İnan/Ertas/Albaş, 520; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 790; Baygın, 144; Helvacı, 215.

⁴⁶ Hoşlan, 324.

Mirasçının malvarlığının borcunu karşılamayacak durumda olduğunu, iptal davası açan alacaklılar ispat etmelidirler⁴⁷. Bu durumun ispat edilebilmesi için bir aciz belgesi veya iflas kararının bulunması şart değildir⁴⁸. Ancak alacaklının elinde bu tür ispat vasıtaları yoksa borçlunun malvarlığının borcunu karşılamaya yetmediğini ispat etmesi hayli güçtür⁴⁹. Yargıtay bir kararında ispat açısından alacaklının aciz belgesi ibraz etmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁰. Alacaklı, mirasçının bazı ödememe protestolarına ve çeşitli icra takiplerine maruz kaldığını, ödeme taleplerini geri çevirdiğini ispat ederek mirasın reddinin iptalini isteyebilir⁵¹. Bunun yanı sıra alacaklı, alacaklının ödemelerini tatil etmesi veya borcunu ödememek için ortadan kaybolması gibi halleri de delil olarak kullanabilir⁵². Önemli olan mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmediği hususunda hâkimde bir kanaat oluşturmaktır⁵³. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmediğinin sabit olması gerektiğini, çok sayıda icra takibi bulunmasının, tek başına acze delil olmayacağına hükmetmiştir⁵⁴.

Mirasın reddinin iptalini, henüz vadesi gelmemiş veya şarta bağlı alacağı olan alacaklılar da talep edebilir. Bu durumda, malvarlığının borcu karşılamaya yetip yetmediğinin tespitinde, vadeye veya şartın gerçekleşeceği tarihe kadar mirasçı lehine muhtemel kazanılabilecek para, mal veya haklar varsa, dikkate alınmalıdır. Alacağın talep edilebileceği tarihte, ret tarihinden farklı olarak, borcu karşılamaya yetecek kadar bir değer kazanılma olasılığı varsa,

⁴⁷ Baygın, 144; Helvacı, 215.

⁴⁸ Şener, 118; Hoşlan, 324; Günay, Alacaklıların Korunması, 116; İmre/Erman, 374; Baygın, 144; İnan/Ertas/Albaş, 520; Helvacı, 215.

⁴⁹ Baygın, 144; Helvacı, 215.

⁵⁰ Y. 2. HD., T. 14.06.1994, E. 1994/4378, K. 1994/5927, "MK m. 557 (TMK m. 617) uyarınca davacı sıfatının kabulü için şart olan "davalının mevcudunun borcuna yetmediğini gösteren aciz vesikası" deliller arasında gösterilmemesine ve dayanılan icra dosyalarından da bu yönün anlaşılmaş olmasına, bu yolda başkaca bir belge de ibraz edilmemiş bulunmasına göre hüküm doğrudur.", Günay, Mirasın Reddi, 52.

⁵¹ Helvacı, 215.

⁵² Baygın, 145.

⁵³ İmre/Erman, 374; Baygın, 145; Helvacı, 216.

⁵⁴ Y. 8. HD., T. 19.12.2013, E. 2013/8704, K. 2013/19573, "Kötü niyetle retten söz edilebilmesi için reddeden mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmediğinin sabit olması gerekir. Onun için herşeyden önce davalı durumunda bulunan mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yeterli olup olmadığı hususu tespit edilmelidir. Hakkında çok sayıda icra takibi bulunması, tek başına acze delalet etmez.", Eren/Yücer Aktürk, 515.

iptal isteği kabul edilmemelidir⁵⁵. Hâkim, böyle bir karar verebilmesi için detaylı bir araştırma yapmalıdır. Mirasçının para, mal veya hak kazanacağı yönünde kuvvetli ihtimaller bulunmalıdır.

b. Mirası Reddeden Mirasçının Alacaklılarına Zarar Verme Amacı Taşınması

Mirasın reddinin iptaline karar verilebilmesi için, mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmemesi şartı yanında, mirasçının alacaklılarına zarar vermek amacıyla hareket etmiş olması gerekir⁵⁶. Mirasçı, kendisine kalan malvarlığının aktifini iyi durumdayken, başka bir ifade ile kendisine terekeden ekonomik anlamda aktifini artıracak değerler geçecekken, kendi malvarlığı borca batık olmasına rağmen mirası reddederse, mirasçının alacaklılarına zarar verme amacıyla hareket ettiği kabul edilmektedir⁵⁷. Alacaklıların mirasın reddinin iptalini talep edebilmeleri için ret dolayısıyla zarara uğramış olmaları gerekmektedir. Miras reddedilmiş olmasaydı, miras paylaşımı sonucu, mirasçının payına düşen malvarlığı değerlerinden alacaklarının tamamını veya bir kısmını alabilme durumları varsa, mirası reddinin, alacaklıları zarara uğrattığı kabul edilmektedir⁵⁸.

Mirasçının mirası reddederken tek amacının alacaklılarına zarar verme olması şart değildir. Mirası reddederken, alacaklıların zarara uğrayabileceği bilincinde olması yeterlidir⁵⁹. Mirasçı, mirası reddederken, alacaklıların zarara uğrayacağını öngörerek doğrudan zarar verme kastıyla hareket edebilir. Bununla birlikte mirasçının doğrudan zarar verme kastı olmasa da zararı öngörmesine rağmen bu duruma razı olması da yeterlidir⁶⁰. Bu sebeple, mirasçı kendisiyle birlikte mirasçı olan kişilerin miras payını artırmak veya mirasın kendi mirasçılarına intikali için reddettiğini ya da alacaklılara zarara uğratma kastının olmadığını ileri sürerek reddin iptaline engel olamaz. Mirasçı, mirası reddederken meşru bir amacı olsa da, aynı zamanda alacaklılarının zarar uğramalarını göze almaktadır⁶¹. Yargıtay bir kararında⁶², davalı mirasçının, ret sebebi olarak, mi-

⁵⁵ Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 790; Hoşlan, 324; Baygın, 145.

⁵⁶ Günay, Alacaklıların Korunması, 116; Helvacı, 216; Baygın, 145

⁵⁷ Hoşlan, 325; Helvacı, 216; Baygın, 145.

⁵⁸ Helvacı, 217; Baygın, 145.

⁵⁹ Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 791; Helvacı, 216; Hoşlan, 325; Baygın, 145.

⁶⁰ Hoşlan, 325; Baygın, 146;

⁶¹ Helvacı, 216; Baygın, 146.

rasbırakanın edinme sebebinin ahlaka aykırı olmasını göstermiş olmasını, alacaklı açısından sonuç doğurmayacağına, reddin iptaline karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu husus aşağıda değerlendirilmiştir.

Mirasın reddinin iptali için, mirasçının alacaklılara zarar verme amacıyla mirası reddetmiş olduğunun, reddin yararlanan mirasçılar tarafından biliniyor olup olmamasının veya bu mirasçılarla bir anlaşma yapmış olup olmamasının bir önemi yoktur⁶³.

Mirasın reddinin iptali için mirasçının alacaklılara zarar verme amacıyla hareket ettiğinin ve alacaklıların zarara uğradığının, alacaklı veya iflas idaresi tarafından ispat edilmesi gerekir⁶⁴. Alacaklıların veya iflas idaresinin, mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetecek durumda olmadığını bildiğini ve mirasbırakandan kalan miras payının borcun tamamını veya bir kısmını ödeme kabiliyeti olduğunu ispat etmelerinin yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶⁵. Bu çerçevede reddeden mirasçının içinde bulunduğu ekonomik şartların ve reddedilen mirasın durumunun doğru tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁶.

Kanun koyucu, mirasın reddinin iptali için, mirasçının malvarlığının borcuna yetmeyecek durumda olmasını tek başına yeterli görmemiştir. Açıkça mirasçının alacaklılarına zarar verme amacıyla hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu sebeple sadece mirasçının malvarlığının borcuna yetmeyecek durumda olmasının ve kendisine mirasbırakanından bir değer kalıp borcunu kısmen de ödeme ihtimali olmasına rağmen mirası reddetmiş olmasının her zaman tek başına reddin iptali için yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Az ya da çok mirasçının zarar verme amacı bulunmalıdır. Böyle bir amacının olup olmadığının da

⁶² Y. 2. HD., T. 5.6.2013, E. 2012/23145, K. 2013/15700, “*Davalı borçlunun mirası reddetme sebebi olarak gösterdiği mirasbırakanın edinme sebebinin ahlaka aykırılığı, alacaklısı bakımından sonuç doğurmayacağından; alacaklısına zarar vermek kastıyla mirası reddettiğinin ve bu suretle Türk Medeni Kanununun 617. maddesindeki reddin iptali davası açma koşullarının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Davanın kabulü ile davalının mirası reddinin iptaline karar verilmesi gerekir.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶³ Hoşlan, 325; Baygın, 146.

⁶⁴ Günay, Mirasın Reddi, 52; Helvacı, 216-217; Hoşlan, 325; Günay, Alacaklıların Korunması, 119; Baygın, 146.

⁶⁵ Helvacı, 217; Baygın, 146.

⁶⁶ Baygın, 146.

iyi araştırılması gerekir. Yargıtay bir kararında⁶⁷, mirasın reddinin makul bir sebebe dayanmadığı gerekçesi ile reddin iptaline karar vermiştir. Bu karardan anlaşılıyor ki ret için makul bir sebep olursa, reddin iptaline karar verilmeyebilir. Mirasçının alacaklıları ile olan borç ilişkilerini hiç dikkate almaksızın, özellikle bazı şahsi sebeplerle mirası reddetmiş olması mümkündür. Bu durumda zarar verme amacının olup olmadığı doğru değerlendirilmelidir. Mesela mirasçı, tamamen inandığı değerler sebebiyle, başka bir ifade ile inancına uygun bir gelir olmadığını düşünerek, bu malvarlığı değerlerini kazanmak istemiyor hatta borcunu dahi bu malvarlığı ile ifa etmek istemiyor olabilir. Bu durum mirasçı açısından saygı duyulması gereken bir husus olduğu düşüncesindeyiz. Böyle bir yaklaşım Anayasa ile güvence altına alınan, AY'nın 24. maddesinde düzenlenmiş olan din ve vicdan hürriyetine uygundur. Burada mirasçının alacaklılarına zarar verme amacı olduğundan söz etmek mümkün değildir. Aksi durumda mirasçı, inançlarına aykırı davranmaya zorlanmış olur kanaatindeyiz. Kendisini küçükken terk etmiş ve hiç ilgilenmemiş babasından nefret ettiği için bir kişi mirası reddetmiş olabilir. Yine randevu evi işlettiği için hayattayken babası ile ilişkisini kesmiş biri, bu sebeple mirası reddetmiş olabilir. Aksinin kabulü halinde, mirasçının malvarlığının borcunu karşılamaya yetmediği her durumda reddin zarar verme amacı taşıdığı sonucu çıkar. Bu durumda da mirasçının alacaklılarına zarar verme amacıyla mirası reddetmiş olması şartının ayrıca ifade edilmesi gerek kalmazdı. Ayrıca, yukarıda belirttiğimiz şahsi sebeplerle mirası reddetmek isteyen bir kişi, sırf alacaklıları zarar uğramasın diye, mirası kabul etmek zorunda kalır. Bu sebeple mirasbırakanın edinme sebebinin ahlaka aykırılığı reddin gerekçesi olarak gösterilmiş olmasının Yargıtay tarafından dikkate alınmaması yerinde değildir. Malvarlığı alacaklarını karşılamaya yetmeyen mirasçı mirası reddettiğinde, alacaklılarına zarar verme amacının olduğu ayrıca ispat edilmelidir.

c. Mirası Reddeden Mirasçının Güvence Göstermemiş Olması

Mirasın reddinin iptali için, bir diğer şart da mirasçının yeterli güvence göstermemiş olmasıdır. Başka bir ifade ile mirasçı, alacaklılara yeterli teminat

⁶⁷ Y. 2. HD., E. 2009/931, K. 2010/6720, T. 6.4.2010, "Toplanan deliller ve dinlenen tanık beyanlarından, davalı mirasçının makul bir sebebe dayanmaksızın, alacaklılara zarar vermek amacıyla mirası reddettiği kanıtlanmıştır. Davalı mirasçı davacı alacaklıya yeterli bir güvence de vermemiştir. (TMK. md. 617/1) Açıklanan bu nedenlerle reddin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

gösterirse, mirasın reddinin iptaline karar verilmez⁶⁸. Mirasçının göstereceği teminat, aynı bir teminat olabileceği gibi şahsi teminatlarda olabilir. Mesela mirasçı bir taşınmazı veya taşınırı rehin verebileceği gibi, borcu için kefil de bulabilir⁶⁹. Önemli olan verilen teminatın, ret dolayısıyla zarara uğrayacak alacaklıların zararını karşılayacak miktarda olmasıdır⁷⁰.

Teminatın kimin tarafından sağlandığı önemli değildir. Teminat, mirasçının kendisi tarafından sağlanabileceği gibi, üçüncü kişi tarafından da verilebilir⁷¹.

Kanunda teminatın verileceği süre ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır⁷². Teminat, mahkeme tarafından mirasın reddinin iptaline karar verilinceye kadar verilebilir. Böyle bir durumda iptal davası düşer⁷³. Bununla birlikte, mirasçı, mirasın reddinden önce de alacak için güvence vermiş olabilir. Bu durumda mirasın reddinin iptalinin şartları gerçekleşmediği için, reddin iptali dava edilemez. Dava edilmiş olsa dahi söz konusu dava reddedilmelidir⁷⁴. Bununla birlikte önceden verilen teminatlar, alacağı güvence altına alma konusunda zamanla yetersiz kalırsa, mirasın reddinin iptali mümkün olabilir⁷⁵. Mirasın reddinden önce verilen teminat, değer kaybetmişse, reddin iptalinin engellenebilmesi için teminatın yeterli düzeye çıkarılması gerekir⁷⁶. Mesela alacak için kefalet sözleşmesi yapılmışsa ve kefil süreç içerisinde ödeme gücünü kaybetmişse, yine de reddin iptalini istenebilir. Yine teminat olarak bir taşınmaz veya taşınır rehni verilmişse, söz konusu taşınmaz veya taşınır değer kaybetmesi dolayısıyla alacağı karşılayamaz duruma gelirse, mirasın reddinin iptali sağlanabilir⁷⁷. Bu durumda yukarıda da belirttiğimiz üzere, söz konusu teminatlar alacakları güvence altına alacak seviyeye getirilirse, reddin iptaline engel olur.

⁶⁸ İnan/Ertas/Albaş, 520; Günay, Mirasın Reddi, 52; Helvacı, 217; Baygın, 147; Günay, Alacaklıların Korunması, 116.

⁶⁹ Kılıçoğlu, 310; Helvacı, 217; Baygın, 147.

⁷⁰ Helvacı, 217-218; Hoşlan, 326; Kılıçoğlu, 310; Baygın, 147.

⁷¹ İnan/Ertas/Albaş, 520; Hoşlan, 326; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 791; Günay, Mirasın Reddi, 52; Helvacı, 218; Baygın, 147.

⁷² Helvacı, 218; Baygın, 147.

⁷³ Hoşlan, 326; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 791; Helvacı, 218; Baygın, 147.

⁷⁴ Hoşlan, 326; Helvacı, 218; Baygın, 147.

⁷⁵ Helvacı, 218; Baygın, 147.

⁷⁶ Baygın, 147.

⁷⁷ Baygın, 147.

Mirasın reddinin iptal edilmemesi için, verilecek teminatlar alacağı güvence altına alacak miktarda ve değerde olmalıdır. Teminatın iptal davası açan alacaklının veya alacaklıların alacaklarını güvence altına alacak miktarda olması yeterlidir. Çünkü iptal davası açamayan alacaklıların, bu yönde bir talebi olmadığı için, korunmasına da gerek yoktur⁷⁸. Buna göre iptal davası tek bir alacaklı tarafından açılmışsa o alacağın teminat alınması yeterlidir. Dava, iflas idaresi tarafından açılmışsa, masaya kayıtlı bütün alacakları güvence altına alacak değerde teminat verilmiş olması gerekir⁷⁹. Ancak teminat miktarı, reddedilen miras payı değeri kadar olması yeterlidir. Başka bir ifade ile verilecek teminat miktarı, reddedilen miras payı miktarı ile sınırlıdır⁸⁰.

2. Mirasın Reddinin İptali Davası

a. Genel Olarak

Kanun koyucu, mirasçının malvarlığı borcunu karşılamaya yetmeyen mirasçının alacaklıları zarara uğratmak amacıyla mirası reddetmiş olması halinde, alacaklılara bu reddi iptal ettirme hakkı tanımıştır.

Mirasın reddinin iptali, alacaklılar ve iflas idaresi tarafından açılacak iptal davası ile gerçekleştirilebilir⁸¹. Bu iptal davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir⁸². Çünkü sulh hukuk mahkemelerinin görev alanını düzenleyen HMK'nın 4. maddesinde mirasın reddinin iptali davası sayılmamıştır. HMK'nın 4. maddesinde sayılanlar dışındaki davalar asliye hukuk mahkemesinde görüleceğinden, mirasın reddinin iptali davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir⁸³. Bu husus Yargıtay kararlarında da açıkça ifade edilmiştir⁸⁴. Mahkemenin vereceği iptal kararı bütün terekeyi etkileyeceğinden ve res-

⁷⁸ Hoşlan, 326; Baygın, 147.

⁷⁹ Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 791; Baygın, 147; Hoşlan, 326.

⁸⁰ Hoşlan, 327; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 791; Baygın, 147

⁸¹ Günay, Alacaklıların Korunması, 115; Hoşlan, 321; İmre/Erman, 375; Baygın, 132; Helvacı, 212.

⁸² İmre/Erman, 375; Günay, Alacaklıların Korunması, 118; Baygın, 132.

⁸³ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel; Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 196; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 61.

⁸⁴ Y. 2. HD., T. 13.10.2011, E. 2011/1085, K. 2011/15751, "Dava, TMK 617. maddesine dayalı mirasın reddinin iptali davasıdır. Kanunda özel hüküm bulunmadığı ve sulh hukuk mahkemelerinin görevini açıklayan 6100 s. HMK 4. Maddesinde gösterilen davaların dışındaki her

mi tasfiye gerçekleşeceğinden TMK'nın 589. maddesi kıyasen uygulanması gerektiğinden yetkili mahkeme ise mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesidir⁸⁵.

Mirasın reddinin iptali davası, yenilik doğuran bir davadır. Zira dava sonunda reddin iptali ile mirasın resmî tasfiyesine karar verilmektedir. Böylece yeni bir durum ortaya çıkmaktadır⁸⁶.

b. Mirasın Reddinin İptali Davasının Tarafları

ba. Davacılar

Mirasın reddinin iptali davasını, TMK'nın 617. maddesine göre mirasçının alacaklıları veya iflas idaresi açabilir.

baa. Mirasçının Alacaklıları

baaa. Genel Olarak

Mirasın reddinin iptalini, ret sebebiyle zarara uğramış veya uğraması kuvvetle muhtemel olan mirasçının alacaklıları dava edebilir⁸⁷. Mirasbırakanın alacaklıları tarafından bu dava açılmaz. Reddin iptali davasını, alacaklı mirasın reddinden önce doğmuş olan alacaklılar tarafından açılabilir. Alacağı reddin sonra doğan alacaklıların, ret dolayısıyla zarara uğradıklarını ileri sürmeleri mümkün değildir⁸⁸. Zira alacaklının alacağı doğduğu anda, ret sebebiyle miras payı borçlu mirasçının malvarlığından çoktan çıkmıştır⁸⁹. Başka bir ifade ile alacak mirasın reddinden sonra doğmuşsa, mirasçının henüz var olmayan bir alacaklıyı, zarara uğratma amacıyla hareket ettiği düşünülemez.

baab. Alacaklının Birden Fazla Olması Halinde

dava asliye hukuk mahkemesinde görülür. Mirasın reddinin iptali davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.”, Günay, Alacaklıların Korunması, 118; Y. 2 HD, T. 21.10.2009, E. 2009/5078, K. 2009/17954; Y. 2. HD., T. 18.02.2013, E. 2013/10850, K. 2013/3904, Günay, Mirasın Reddi, 53.

⁸⁵ Günay, Alacaklıların Korunması, 118.

⁸⁶ Hoşlan, 322-323; Baygın, 132.

⁸⁷ Günay, Alacaklıların Korunması, 118; Baygın, 138; Helvacı, 220.

⁸⁸ Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 788; Baygın, 139; Helvacı, 220.

⁸⁹ Baygın, 139-140; Helvacı, 221.

Mirasçının birden fazla alacaklısı varsa, bunlardan her biri tek başına dava açabileceği gibi, bir kısmı veya tamamı birlikte de dava açabilirler⁹⁰. Dava alacaklılardan biri tarafından açılmış olsa dahi, verilecek hüküm tüm alacaklılar için bağlayıcı olur. Ancak dava sonunda reddin iptaline karar verilirse, ödeme öncelikle davacı alacaklıya yapılacağından (TMK md. 617 f. III), dava açmış olmak, ödeme sırası bakımından önemlidir⁹¹.

baac. Alacağı Muaccel Olmamış Alacaklılar Bulunması Halinde

Dava açan alacaklının alacağının muaccel olması ve miktarının belirli olması gerekmez⁹². İptal davası açılabilmesi için alacaklının elinde kesinleşmiş bir ilam bulunması veya kesinleşmiş bir icra takibinin varlığı şart değildir⁹³. Mirasçı dava açan alacaklının, alacağını kabul etmezse, hâkim var olan delillere göre karar verir. Alacaklı alacağını kesin bir biçimde ispat etmek zorunda değildir. Alacaklının alacağın varlığı konusunda hâkimde kanaat uyandıracak delil sunması yeterlidir⁹⁴. HMK'nun 200. maddesine göre değeri belirli bir meblağ aşan hukuki işlemlerin senetle ispat edilmesi gerektiğinden, alacaklının bir senet, sözleşme veya en azından yazılı bir delil başlangıcı niteliğinde bir belge sunması gerekir. Tanık dinlenilmesi mümkün olan hallerde, böyle bir belge sunulmasa da, alacağın varlığını gösteren vakıalar ispat edilmelidir⁹⁵.

baad. Mirasın En Yakın Mirasçılar Tarafından Reddedilmiş Olması Halinde

Miras en yakın yasal mirasçılar tarafından reddedilirse, tereke, sulh hukuk mahkemesi tarafından iflas hükümlerine göre tasfiye edilir (TMK md. 612 f. I). Tasfiye sonunda artakalan değerler, mirası reddetmemişler gibi, reddeden mirasçılara verilir (TMK md. 612 f. II). Böyle bir durumda tereke zaten resmen tasfiye edileceğinden, alacaklılar, tekrar dava açıp, reddi iptal ettirip resmi tasfiye gerçekleştiremezler. Tasfiye sonunda bir değer kalırsa, mirasçılara verilir ve

⁹⁰ İmre/Erman, 375; Hoşlan, 329; Günay, Alacaklıların Korunması, 118; İnan/Ertaş/Albaş, 520; Baygın, 139.

⁹¹ Hoşlan, 329; Baygın, 139.

⁹² Baygın, 139; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 789; Helvacı, 221.

⁹³ Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 789; Baygın, 140.

⁹⁴ Baygın, 14; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 789.

⁹⁵ Baygın, 140.

alacaklı mirasçıya başvurabilir⁹⁶. Mirasçı, tasfiye artığı kalan payı reddetmesi halinde, burada artık külli değil, cüz'i halefiyet olduğundan, alacaklıların İİK'nın 280 maddesi çerçevesinde iptal davası açabilecekleri kabul edilmektedir⁹⁷.

Altsoyun tamamı mirası reddederse, mirasbırakanın eşi hayatta ise, bütün miras sağ kalan eşe kalır (TMK md. 613). Bu durumda mirası reddeden mirasçının alacaklıları TMK'nın 617. maddesine göre iptal davası açabilirler. Çünkü mirasın resmi tasfiyesi gibi bir durum söz konusu değildir. Miras, mirası reddetmeyen eşe kalmaktadır⁹⁸.

baae. Mirasçının, Kendisinden Sonra Gelecek Mirasçılarının Kabul Edip Etmeyecekleri Şartıyla Mirası Reddetmesi Halinde

Mirasçı, kendisinden sonra gelecek mirasçıların kabul edip etmeyecekleri şartıyla mirası reddettiğinde, sulh hâkimi sonra gelen mirasçıları durumu bildirir. Sonra gelen mirasçılar, sulh hâkimi tarafından bir ay içinde mirası ret veya kabul konusunda karar vermeleri için davet edilir. Bir aylık süre içinde kabul etmezlerse reddetmiş sayılırlar (TMK md. 614 f. II). Bu durumda miras iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, ilk planda mirası reddeden mirasçıdan önce gelen mirasçılara verilir (TMK md. 614 f. III). Böyle bir durumda resmi tasfiye yapılacağından, hem reddeden mirasçının alacaklıları hem de sonra gelen mirasçının alacaklıları TMK'nın 617. maddesi gereği iptal davası açamaz. Ancak sonra gelen mirasçılar bir ay için kabul ederlerse, ret gerçekleşmiş olduğundan reddeden mirasçının alacaklıları, TMK'nın 617. maddesi gereği iptal davası açabilirler⁹⁹.

baaf. Atanmış Mirasçılarının Reddetmiş Olması Halinde

Atanmış mirasçılarının tamamı mirası reddederse, TMK'nın 612. maddesi uygulanmaz. Zira böyle bir durumda, atanmış mirasçılarının payları en yakın ya-

⁹⁶ Baygın 138.

⁹⁷ Baygın, 139.

⁹⁸ Baygın, 139.

⁹⁹ Baygın, 139.

sal mirasçılara geçer. Burada da resmi tasfiye olmayacağından reddin iptali davası açılabilir¹⁰⁰.

bab. İflas İdaresi

Mirası reddeden mirasçı iflas etmiş ise, iflas idaresi de mirasın reddinin iptalini isteyebilir. İflas açılması ile birlikte, müflisin haczi kabil bütün malları ve iflasın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar iflas masasını oluşturur (İİK md. 184). İflas masası, iflas idaresi tarafından temsil edilir (İİK md. 226). İflas masasının idaresi ve tasfiyesi için gerekli bütün işlemleri iflas masası adına iflas idaresi yapar¹⁰¹. Bütün alacaklılar kendi aralarında anlaşsalar dahi, üçüncü kişilere karşı iflas masasını temsil edemezler. İflas masası ile ilgili davalar iflas idaresi tarafından açılır ve daha önce açılmış olan davalara da iflas idaresi devam eder¹⁰².

İflas idaresinin, mirasın reddinin iptali davasını açabilmesi için, iflasın mirasın reddinden önce veya reddin sonraki altı ay içinde açılmış olması gerekir¹⁰³. Mirasçının iflasın açılmasından sonra da mirası reddetme hakkı vardır. Bundan dolayı müflis durumunda olan mirasçı, iflasın açılmasından sonra, kendisine intikal eden mirası reddederse, iflas idaresi TMK'nın 617. maddesi çerçevesinde reddin iptalini dava edebilir¹⁰⁴. Çünkü söz konusu miras payı iflas dolayısıyla, iflas masasına girmesi gerekirken, mirası reddi dolayısıyla iflas masasına girmeyeceğinden, iflas masasının zararı söz konusu olur.

Mirasçı, iflasın açılmasından önce mirası reddederse, iflas idaresi iptal davasını, ret tarihinden itibaren altı ay içinde açması gerekir. İflas açılmadan önce, alacaklılardan biri reddin iptalini dava etmiş olsa dahi, iflasın açılmasından sonra dava hakkı iflas idaresine geçer¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Baygın, 139.

¹⁰¹ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel; İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 504; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin; İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2019, s. 596.

¹⁰² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 504-505; Atalı/Ermenek/Erdoğan, 596-597.

¹⁰³ Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 789; Baygın, 142; Helvacı, 221-222.

¹⁰⁴ Baygın, 142.

¹⁰⁵ Baygın, 142.

İİK'nın 245. maddesinde yer alan, “Alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı istiyen alacaklıya devrolunur. Hasıl olan neticeden masraflar çıkarıldıktan sonra devralanın alacağı verilir ve artanı masaya yatırılır.” hükmü gereğince, iflas idaresi reddin iptalini dava etmeyip, iptal davası açma hakkını isteyen alacaklıya temlik edebilir¹⁰⁶.

bb. Davalılar

Mirasın reddinin iptali davasının kime karşı açılacağı hususunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrindeki hâkim fikre göre, iptal davası mirası reddeden mirasçıya karşı açılmalıdır¹⁰⁷.

Diğer bir görüşe göre ise¹⁰⁸, mirasın reddinden yararlanan ve reddeden mirasçının yerini alan mirasçılara açılması gerekir. Bu görüşü savunanlara göre, kanunda davalının kim olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmadığından ve İİK'nın 280 maddesinde düzenlenen iptal davası ile benzerlik bulunduğundan, İİK'nın 282. maddesi kıyasen uygulanmalıdır. İİK'nın 282. maddesine göre, “İcra ve iflas Kanununun 11 inci babındaki iptal davaları borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Bunlardan başka, kötü niyet sahibi üçüncü şahıslar aleyhine de iptal davası açılabilir. İptal davası iyi niyetli üçüncü şahısların haklarını ihlal etmez”. Aynı görüşe göre, mirasın reddi bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu için, ret beyanı geri alınamaz. Mirasçı retle birlikte, miras payı üzerindeki bütün haklarını kaybeder. Bundan dolayı iptal davasının ona karşı açılmasının bir anlamı yoktur. Çünkü üzerinde tasarruf yetkisi sona eren malvarlığı ile ilgili, mirasçıya karşı dava açılması anlamsızdır. Bununla birlikte, mirası reddeden mirasçının, davacı alacaklıya teminat göstermesinde bir menfaati olmadığı gibi, hiçbir sebebin de olmadığı ileri sürülmektedir. Dava sonunda resmi tasfiye gerçekleştirileceğinden, teminat gösterilmesi resmi tasfiyeyi engel olacağından, reddeden yararlanan mirasçıların menfaati vardır. Yine bu görüşü savunanlara göre, iptal davası sadece mirası reddeden mirasçıya karşı açılırsa, mirasın reddinden yararlanan mirasçılar paylaşma talebinde bulunarak ve tereke mallarını devrederek iptal davasının sonuçsuz kalma-

¹⁰⁶ Baygın, 142; Helvacı, 222.

¹⁰⁷ Serozan/Engin, 583; Şener, 118; Günay, Mirasın Reddi, 53; Hoşlan, 330; Günay, Alacaklıların Korunması, 119; İmre/Erman, 375; Helvacı, 225.

¹⁰⁸ Baygın, 43, dipnot 48'deki yazarlar ve Helvacı, 224, dipnot 576'daki yazar.

sını sağlayabilirler. Ancak dava mirasın reddinden yararlanan mirasçılara karşı açılırsa, davacı alacaklı onun aleyhine ihtiyatî tedbir kararı aldirarak, tereke mallarının devrini engelleyebilirler.

Mirasın reddinin iptali davasının davalısının, reddeden mirasçı olduğuna savunan yazarlardan biri, davalının reddeden yararlanan mirasçılar olduğunu savunan görüşü şu gerekçelerle eleştirmektedir¹⁰⁹: Mirasın reddi, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Söz konusu ret beyanından diğer mirasçıların haberi olmayabilir. Mirasçı, diğer mirasçıların rızası olmasa dahi mirası reddedebilir. Bu sebeple, kendi dışında gelişen olaylardan habersiz olan bir kişinin davalı sıfatına sahip olması doğru değildir. Bununla birlikte diğer mirasçılar, reddeden mirasçının kişisel borçlar hakkında bilgi sahibi olmama ihtimali olduğundan, hiçbir savunma imkânına sahip olmayabilir. Bu konuda savunma imkânına reddeden mirasçı sahiptir. Mirasın reddi beyanının geri alınamaması ve mirasçılık sıfatının sona ermesi iptal davasına engel değildir. Çünkü zaten dava sonucunda resmi tasfiyeye karar verilecek ve reddeden mirasçının tasfiye payı öncelikle alacaklılara, geriye bir şey kalırsa da diğer mirasçılara ait olacaktır. Bu durumda göstermektedir ki retle birlikte mirasçılık sıfatının sona ermesi hususunda bir değişiklik olmayacaktır. Reddin iptalini engellemek için teminat gösterilmesinde sadece reddeden yararlanan mirasçıların menfaati yoktur. Redden yararlanmasına rağmen, diğer mirasçılar da resmi tasfiye istememeleri sebebiyle teminat gösterebilirler. Yani sadece reddeden mirasçının teminat göstermesinde menfaati olmadığı gerekçesi ile davalı sıfatına sahip olmayacağı belirtmek yerinde değildir. Bununla birlikte, reddeden mirasçıya karşı dava açılması halinde ihtiyatî tedbir kararı alınmasına da bir engel olmadığı ileri sürülmektedir¹¹⁰.

Doktrindeki bir başka görüşe göre¹¹¹, İİK'nın 282 maddesindeki hükme paralel olarak, davanın hem reddeden mirasçı, hem de reddeden yararlanan mirasçıların aleyhine açılması gerekir. Bu görüşe göre, eski Medeni Kanununda düzenlenmiş olan üç aylık sürenin altı aya çıkarılmasının gerekçesinden¹¹² davanın

¹⁰⁹ Helvacı, 224-225.

¹¹⁰ Helvacı, 225.

¹¹¹ Antalya, 443; Baygın, 144.

¹¹² TMK'nın 671. maddesinin gerekçesi: "Maddenin birinci fıkrasındaki reddin iptali davası için öngörülen üç aylık süre, kaynak Kanunda olduğu gibi altı aya çıkarılmıştır. Çünkü ret hâlinde, alacaklıların reddinden kişinin yerine geçen mirasçıları saptamaları ve gerekli güvencenin verilip verilmeyeceğini araşturmaları uzun zaman alabilecek ve yürürlükteki metinde öngörülen üç aylık süre de buna yeterli olamayacaktır."

reddeden yararlanan mirasçılara açılacağı sonucu çıkmaktadır. Söz konusu görüşe göre, mirasçı iflas etmişse, iptal davasının ona karşı açılmasına imkân olmadığı gibi gerek de yoktur. Bu durumda iflas idaresi, iptal davasını reddeden yararlanan mirasçılara karşı açması yeterlidir¹¹³.

Kanaatimizce de, iptal davasının hem reddeden mirasçı hem de reddeden yararlanan mirasçılara karşı açılmalıdır. Zira dava sonunda resmi tasfiyeye karar verileceğinden, bu durumda tereke üzerinde hak sahibi olan diğer mirasçıları da etkileyeceğinden, bu kişilerin de davaya dâhil olması gerekir. İptali istenen işlemi de, mirası reddeden mirasçı gerçekleştirdiğine göre dava ona karşı da açılmalıdır. Bununla birlikte TMK'nın 617. maddesinin gerekçesinde reddeden mirasçının yerine geçenlerin tespitinin uzun süreceği belirtildiğine göre, onlara karşı dava açılacağı istenildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca ret sebebinin zarar verme amacı taşımadığını da reddeden mirasçı ispatlayacağı için onun da davalı olması gerekmektedir. İİK'nın 282. maddesinde hükmün kıyasen uygulanması halinde de aynı sonuç ortaya çıkar.

c. Mirasın Reddinin İptali Davasında Süre

Mirasın reddinin iptali için TMK'nın 617. maddesinde altı aylık bir süre öngörülmüştür. Önceki Medeni Kanunun 557. maddesinde iptal davası için üç aylık bir süre düzenlenmişti. TMK'nın 617. maddesinin gerekçesinde, mirasın reddi halinde, reddeden kişinin yerine geçen mirasçıları tespit etmeleri ve gerekli güvencenin verilip verilmeyeceği araştırmaları uzun zaman alabileceğinden üç aylık sürenin yeterli olamayacağı sebebiyle sürenin altı aya çıkarıldığı belirtilmiştir¹¹⁴.

Önceki Medeni Kanunda üç aylık sürenin ne zaman başlayacağı konusunda da bir açıklık bulunmamaktaydı. TMK'nın 617. maddesinde açıkça bu sürenin, mirası ret tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmiş ve belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Mirasın ret tarihinden kasıt, ret beyanının sulh hukuk mahkemesine ulaştığı tarihtir¹¹⁵. Altı aylık sürenin, ret tarihinden itibaren başlayacağı-

<http://ilhanhelvaciturkmedenikanunu.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-617>.

¹¹³ Baygın, 144.

¹¹⁴ <http://ilhanhelvaciturkmedenikanunu.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-617>.

¹¹⁵ Y. 2. HD., T. 28.3.2013, E. 2012/16526, K. 2013/8654, "Malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse, alacaklıları veya iflas idare-

nın isabetli olduğunu savunanlara göre¹¹⁶, Medeni Kanunumuzun sistemi reddin alacaklılar tarafından derhal öğrenilmesine imkân tanımaktadır. Çünkü ret beyanının geçerli olabilmesi için mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine yöneltilmesi, hâkim tarafından tutanağa geçirilerek mahkemenin esas defterine kaydedilmesi gerekmektedir. Bu sistem sayesinde hem mirasbırakanın alacaklılarının hem de mirasçının alacaklılarının mirasın reddedilip reddedilmediğini, sulh hukuk mahkemesine başvurarak öğrenebilecekleri ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre ve kanun hükmüne göre mirasçının alacaklılarının reddi ne zaman öğrenmelerinin bir önemi yoktur. Süre ret tarihinden itibaren başlar.

Altı aylık sürenin ret tarihinde başlamasına ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, "İtiraz konusu kuralda, mirasın reddinin iptali davası açabilmek için alacaklılara altı aylık süre sınırlaması getirilmekle birlikte, "ret tarihi" bu sürenin başlangıcı olarak belirlenmiştir. İtiraz konusu kuralda düzenlenen "ret tarihi" mirasın ret beyanının sulh hâkimine ulaştığı tarih olup 4721 sayılı Kanuncun sistemi, reddin alacaklılar tarafından derhal öğrenilebilmesine imkân tanımaktadır. Zira, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine yöneltilen ret beyanı hâkim tarafından tutanakla tespit edilerek, ret özel kütüğüne tescil edilecektir. Mirasçının alacaklıları, mirasın reddedilip reddedilmediğini mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesi nezdinde yapacakları girişim ile öğrenme imkânına her zaman sahiptirler. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralda belirlenen altı aylık süre, alacaklıların mirasın reddedilip reddedilmediğini, reddedilmiş ise borçlu mirasçı tarafından yeterli güvence verilip verilmediğini araştırabilmeleri ve dava açma haklarını kullanabilmeleri için ölçülü olduğu gibi, reddin iptali davasının süresinin başlangıcının ret tarihi olarak belirlenmesi, borçlu dışındaki diğer mirasçıların terekeye bir an önce kavuşmasını ve

si, kendilerine yeterli güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler (T.M.K.m.617/1). Altı aylık süre hak düşürücü nitelikte olup, yasal düzenlemeye göre ret tarihinden başlamaktadır. Mirasçı tarafından süresi içinde yapılan mirasın kayıtsız şartsız reddine dair yazılı veya sözlü beyan, sulh hakimi tarafından tutanakla tespit edilmekle, sulh mahkemesine ulaştığı andan itibaren sonuç doğurur ve mirasın açıldığı andan itibaren mirasçı, bu sıfatını kaybeder. Şu halde ret tarihi, sulh hakiminin karar tarihi değil, ret beyanının sulh hakimine ulaştığı tarihtir. Miras bırakan 13.3.2010 tarihinde vefat etmiş, yasal mirasçılarından davalı, 6.4.2010 tarihinde sulh mahkemesine verdiği dilekçeyle mirasın kayıtsız şartsız reddettiğini bildirmiştir. Bu beyan sulh hakimi tarafından tutanakla tespit edilmekle, beyan tarihinden itibaren sonuç doğurmuştur. Dava, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde açılmamış 26.10.2010 tarihinde açılmıştır. Hak düşürücü süre geçmiştir. O halde davanın bu sebeple reddi gerekirken, bu yön nazara alınmadan kabul kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. ", Kazancı İçtihat bilgi Bankası.

¹¹⁶ Helvacı, 220; Baygın, 148-149

uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, reddeden mirasçının alacaklılarının korunması sağlamaya elverişli olup, itiraz konusu kuralın, hukuk devleti ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”, gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir¹¹⁷.

Doktrindeki bir görüş¹¹⁸, mirasçının alacaklısının, mirasın ne zaman reddedildiğini bilmesi ve takip etmesi mümkün olmadığından, reddin iptal davasını ilişkin altı aylık süreyi kaçırabileceğini belirterek bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Aynı görüş sürenin, reddin öğrenilmesinden itibaren başlamasının daha yerinde olacağını savunmaktadır.

Kanaatimizce de bu düzenleme yerinde değildir. Zira mirasçının alacaklısının, borçlu mirasçıya mirasın ne zaman kaldığını, mirasçının bunu ne zaman reddettiğini bilmesini ve takip etmesini beklemek mümkün değildir. Ret beyanı sadece sulh hukuk mahkemesine yöneltilmekte ve mahkemenin esas defterine kaydedilmektedir. Herhangi bir ilan veya bildirim yapılmamaktadır. Alacaklının kendi dışında gelişen ve ilan veya bildirim yapılmayan bir hususta, sürenin ret tarihinden itibaren başlamasını kabul etmek, alacaklı açısından hakkaniyete aykırı bir durum yaratır. Dolayısıyla sürenin reddin öğrenilmesinden itibaren başlaması gerekir. Ancak hakkın kötüye kullanılmasını engellemek adına öğrenmeden itibaren altı ay ve herhalde ret tarihinden itibaren beş yıl olmak üzere, kısa ve uzun iki süre belirlenebilir. Tek süre olacağı ve bu sürenin ret tarihinden itibaren başladığı kabul edilecekse de sürenin daha uzun, mesela bir yıl olması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay bir kararında¹¹⁹, hasım gösterilmeksizin açılan mirasın reddinin tespitine ilişkin davada, isabetli olarak, alacaklıların hasım gösterilmemesi

¹¹⁷ AYM, T. 27.03.2014, E. 2013/148, K. 2014/62, Kazancı Bilişim Otomasyon.

¹¹⁸ Kılıçoğlu, 311.

¹¹⁹ 17. HD., T. 17.9.2013, E. 2013/6139, K. 2013/12389, “Davacılar tarafından hasım gösterilmeksizin açılan mirasın reddi davasında Denizli 1. Sulh Hukuk mahkemesinin 2009/1129-1590 esas ve karar sayılı dosyası ile davacıların talebi kabul edilerek mirasçılık sıfatlarının olmadığı hüküm altına alınmıştır. Eldeki dosyada davalı olan alacaklı Güvence Hesabının ise bu dosyada taraf sıfatı yer almayıp, hüküm kendisine tebliğ edilmediğinden karara itiraz hakkı da tanınmamıştır. O halde mirasın reddine karar verilen dosya davacılar yönünden kesinleşmiş nitelikte bulunsa da, davalı yönünden şekli anlamda kesinleşmemiştir. Türk Medeni Kanununun 617. maddesinde “malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflas dairesi, kendilerine yeterli güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler,” hükmünü amirdir. O halde mirasın reddine ilişkin kararın davalıya tebliğ edilmediği hususu da nazara alınarak, davalıya mirasın reddinin iptali davası açmak için süre

sebebiyle, alacaklılara karar tebliğ edilmediği gerekçesi ile mirasın reddinin iptali davası açılabilmesi için süre verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Reddin iptali için öngörülen altı aylık süre, hak düşürücü süredir¹²⁰. Bu sebeple altı aylık sürenin kesilmesi veya durması söz konusu olmaz. Bununla birlikte söz konusu süreye uyulup uyulmadığı hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir¹²¹.

3. Mirasın Reddinin İptali Davasında Şerh

Mirasın reddi sebebiyle, diğer mirasçılara geçen terekede bulunan taşınmazlar, bu mirasçılar tarafından, başkalarına devredilebilirler. Bu durumda reddin iptaline karar verilmiş olsa dahi, söz konusu taşınmazlar üzerinde hak iddia edilemeyebilir. Bu sebeple dava devam ederken, taşınmazların devrini engellemek için, taşınmazın maliki olan diğer mirasçılarının taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisi, TMK'nın 1010. maddesi gereği şerh konularak kısıtlanabilir¹²².

Doktrinde bir görüşe göre, mirasın reddinin iptali davasında verilecek olan şerh, TMK'nın 1010. maddesinin I. fıkrasının 1. bendinde yer alan çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerhtir¹²³. Bir başka görüşe göre ise¹²⁴, mirasın reddinin iptali davası, İİK'nın 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen iptal davası ile nitelik itibari ile benzerlik göstermektedir. Bu sebeple iptal davası devam ederken, terekedeki malların kaçırılmasını önlemek için, İİK'nın 281. maddesinin II. fıkrası kıyasen uygulanarak, ihtiyatı haciz konulması daha elve-

verilmesi, dava açılması halinde o davada yapılacak yargılama neticesine göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile davacıların terekeden mal iktisap ettikleri ve borca batıklık iddiasının iyiniyetli olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetli olmuştur.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹²⁰ YHGK., T. 28.6.2006, E. 2006/2-464, K. 2006/471, "Malvarlığı borçlarını karşılamaya yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse, alacaklılar kendilerine yeterli güvence verilmediği takdirde, red tarihinden itibaren altı aylık süre içinde reddin iptali için dava açabilirler. Eldeki davada, red beyanı ile davanın açıldığı tarih arasında altı aylık hak düşürücü süre geçmiştir. Bu durumda davanın reddi gerekir.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹²¹ Helvacı, 219; Baygın, 149

¹²² Doğan, Murat; Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 52; Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel; Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 359; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla; Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 391.

¹²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 391; Ünal/Başpınar, 359.

¹²⁴ Doğan, 52; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 789; Baygın, 141.

rişli olur. Bu durumda şerh TMK'nın 1010. maddesinin I. fıkrasının 1. bendine göre değil, ihtiyati hacze ilişkin hükmün 2. bendine göre verilir.

Kanaatimizce mirasın reddinin iptali davasında, terekedeki taşınmazların devrini engellemek için verilecek şerh, TMK'nın 1010. maddesinin I. fıkrasının 1. bendinde yer alan çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerhtir. İİK'nın 281. maddesinin II. fıkrası gereği ihtiyati haciz konulabilmesi için, davacı alacaklıların teminat göstermesi gerekmektedir. Bununla birlikte İİK'nın 257. maddesindeki şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şerhin çekişmeli hakların şerhi olarak kabul edilmesi halinde, özel bir şart aranmaksızın ve herhangi bir teminat göstermeksizin, tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh verilebilir. Şerh edilecek çekişmeli haklardan kasıt, aynı hak niteliğinde olmayan, ancak taşınmaz üzerinde aynı hak değişikliğine sebep olacak şahsi haklardır¹²⁵. Mirasın reddinin iptalinde de, verilecek karar terekeye dâhil taşınmaz üzerindeki aynı hak değişikliğine sebep olacağından, söz konusu şerh verilmelidir.

4. Mirasın Reddinin İptalinin Hüküm ve Sonuçları

Mirasın reddinin iptaline karar verildiğinde, miras resmen tasfiye edilir (TMK md. 617 f. II). Tasfiye sonucunda, reddeden mirasçının payına bir şey düşerse, önce iptal davası açan alacaklılara, daha sonra da diğer alacaklılara ödeme yapılır. Geriye bir değer kalırsa, reddeden yararlanan mirasçılara verilir (TMK md. 617 f. III).

a. Mirasın Resmen Tasfiyesi

Mirasın reddine karar verildiğinde, TMK'nın 617. maddesinin II. fıkrası gereği miras, resmen tasfiye edilir.

Doktrinde bir görüş¹²⁶, mirasın resmen tasfiyesine karar verilebilmesi için, kanunda bu konuda açık bir hüküm olmadığı gerekçesi ile alacaklının veya iflas idaresinin ayrıca talepte bulunması gerektiğini savunmaktadır.

Doktrinde baskın olan görüş ise¹²⁷, davacı alacaklılar veya iflas idaresinin ayrıca bir talebi olmasa dahi, hâkimin reddin iptali ile resmen tasfiyeye

¹²⁵ Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 216; Ünal/Başpınar, 359; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, 390.

¹²⁶ Helvacı, 227, dipnot 583'teki yazarlar.

re'sen karar vermesi gerektiğini kabul etmektedir. Zira resmî tasfiye, kanun açık hükmüne göre, reddin iptaline ilişkin kararının vazgeçilmez ve zorunlu sonucudur¹²⁸. Söz konusu hükmün yeterince açık olduğu ve emredici nitelikte olduğu ileri sürülmektedir¹²⁹. Reddin iptali talebi, resmî tasfiye talebini de içerir. Bu görüşü savunan yazarlardan birine göre¹³⁰, bu yaklaşım mirasın reddinin geri alınamayacağı ilkesine de uygundur. Mirasın reddinin iptali ile resmî tasfiye yapılarak, reddeden mirasçının payına bir şey kalırsa önce alacaklılar tatmin edilir. Daha sonra bir şey kalırsa, reddeden mirasçıya değil, reddeden yararlanan diğer mirasçılara verilir. Ancak resmi tasfiyenin alacaklılar veya iflas idaresinin talebi ile gerçekleştirileceği kabul edilirse, onların bu yönde bir talebi olmazsa, yapılan ret açıklaması geri alınmış gibi bir durum ortaya çıkar. Bu da, mirasın reddinin geri alınamayacağı ilkesi ile bağdaşmaz¹³¹. Kanaatimizce de, reddin iptaline karar verildiğinde, hâkim re'sen resmî tasfiyeye de karar vermelidir. Kanunda “...resmen tasfiye edilir” ifadesi geçmektedir ki, bu hükmün emredici olduğunu göstermektedir. Resmen tasfiyenin taleple olabileceğinin kabul edilmesi halinde, böyle bir talep olmazsa, reddin iptal edilmesi halinde nasıl çözüm bulunacağı da belirsizdir. Resmî tasfiye, mirasın reddinin iptalinin zorunlu ve vazgeçilmez sonucudur.

Birden fazla mirasçı varken, bunlardan biri mirası reddetmiş olsa dahi, doktrindeki bir görüş tarafından TMK'nın 617. maddesinin açık hükmüne göre, bütün terekenin resmî tasfiyeye konu olacağı kabul edilmektedir¹³². Bu görüşe göre, Kanun koyucu, bu konuda bir ayırım yapmadığı için, başka mirasçılar bulursa dahi, terekenin tümü resmî tasfiyenin kapsamına girer¹³³. Söz konusu görüşü savunanlara göre, sadece reddeden mirasçının payının resmi tasfiyeye konu edilmesinin kanunî bir dayanağı yoktur. Terekenin tamamının resmi tasfiyeye tabi olması halinde, diğer mirasçıları koruyan imkânlar da vardır. Diğer mirasçılar, resmî tasfiye sonucunda zarar görme ihtimalleri varsa ve resmî tasfi-

¹²⁷ İnan/Ertaş/Albaş, 521; Serozan/Engin, 583; Kocayusufpaşaoğlu, 632; Hoşlan, 332; Günay, Mirasın Reddi, 63; İmre/Erman, 376; Günay, Alacaklıların Korunması, 221; Baygın, 149-150; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 792; Helvacı, 228.

¹²⁸ Helvacı, 228; Baygın, 149.

¹²⁹ Helvacı, 228.

¹³⁰ Helvacı, 228.

¹³¹ Helvacı, 228.

¹³² Kocayusufpaşaoğlu, 632; Kazancı Tuncer/Öcal Apaydın, 793; Hoşlan, 333; Helvacı, 226; Baygın, 151.

¹³³ Helvacı, 227; Baygın, 151.

ye yapılmasını istemiyorlarsa, teminat göstererek, reddin iptaline engel olabilirler¹³⁴. Mirasın reddi dolayısıyla, diğer mirasçılarının paylarındaki artış, davacı alacaklının alacak miktarından fazla ise ekonomik bir kayıpları da olmaz¹³⁵.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise¹³⁶, resmi tasfiyenin terekenin bütünü üzerinde yapılması, Kanunun sistematığına uygun olsa da, uygulama bakımından sakıncaları ve tehlikeleri vardır. Diğer mirasçılarının, resmi tasfiye istemedikleri halde, onların iradesi dışında resmi tasfiyeye gidilmesi, halinde tereke içerisinde bu mirasçılarının önem verdikleri mallar varsa, bu kişilerin zararına olabileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, mirası reddeden mirasçının alacaklarını korunmak isterken, diğer mirasçılarının zarar görmelerini engellemek gerekir. Bu sebeple resmi tasfiye, sadece reddi iptal edilmiş olan mirasçının payı üzerinde yapılmalıdır¹³⁷. Bu durumda, reddeden mirasçının yerine kayyım atanabilir¹³⁸.

Kanaatimizce de, resmî tasfiye bütün tereke için geçerlidir. Kanun metninde açıkça mirasın resmî tasfiye edileceği belirtilmiştir. Reddeden mirasçı ve diğer mirasçılar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Resmî tasfiyenin bir bütün halinde gerçekleştirilmesi gerekir. Zira mirasın reddinden sonra, diğer mirasçılar mirası paylaşmış olabilirler. Bu durumda, reddeden mirasçının payının belirlenmesi güçlük oluşturur¹³⁹. Sadece reddeden mirasçının ayrılarak, bunun resmî tasfiyesinin nasıl yapılacağı belirsizdir. Bütün tereke tasfiyeye konu edilerek, mirasçı reddetmemiş gibi paylar belirlenir ve reddeden mirasçının payına denk gelen değerlerden alacaklılar tatmin edilir. Daha sonra artan bir değer olursa, zaten diğer mirasçılara verilecektir. Ancak diğer mirasçılar, iradeleri dışında resmî tasfiyeye tabi olacaklarından, onların da menfaatlerinin korunması için bazı tedbirler alınmalıdır. Özellikle tereke içerisinde bir işletme varsa, bu işletmede reddeden mirasçının payı olabileceğinden, bu süreçte işletme için kayyım atanabilir (TMK md. 427 b. 3). Terekede mirasçılar için önem arzeden taşınır veya taşınmazlar varsa, bu süreçte diğer mirasçılarının bunları kullanmasına izin verilebilir. Bununla birlikte, diğer mirasçılar resmî tasfiye dolayısıyla zarara

¹³⁴ Helvacı, 227; Baygın, 151.

¹³⁵ Baygın, 151.

¹³⁶ İmre/Erman, 376; İnan/Ertaş/Albaş, 521.

¹³⁷ İnan/Ertaş/Albaş, 521; Şener, 118; Günay, Alacaklıların Korunması, 221; İmre/Erman, 376.

¹³⁸ İmre/Erman, 376.

¹³⁹ Hoşlan, 333.

uğrarlarsa, reddeden mirasçıdan tazminat talep edebilirler. Zira mirasçı, alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla, yani haklı olmayan ve kendisine menfaat sağlayan bir amaç için mirası reddetmiştir. Reddeden mirasçının hukukun izin vermediği bir hareketinden dolayı, diğer mirasçılar resmi tasfiyeye katlanmak zorunda kalmışlardır.

Resmi tasfiye mirasın reddinin iptalinin zorunlu bir sonucudur. TMK'nın 617. maddesine göre resmi tasfiyeye, davacıların talebi ile değil hâkim tarafından re'sen karar verilir. Bu sebeple mirasın resmi tasfiyesini düzenleyen TMK'nın 632. maddesinde yer alan, mirasçılardan birinin mirası kabul etmesinin resmi tasfiyeye engel olmasına ilişkin hüküm burada uygulanmaz¹⁴⁰. Başka bir ifade ile mirasın reddinin iptaline karar verildiğinde, mirasçılardan birinin mirası kabul etmesi resmî tasfiyeye engel olmaz. TMK'nın 632. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan resmî tasfiye, taleple gerçekleştirilir. Oysa reddin iptali sonucu yapılacak resmî tasfiye, iptalin kaçınılmaz ve zorunlu sonucudur¹⁴¹.

Mirasın reddinden yararlanan mirasçıların, kendilerine düşen payı aralarında paylaşmış olmaları, reddin iptaline engel değildir. Reddin iptaline karar verilirse, reddeden yararlanan mirasçılar, resmî tasfiye dolayısıyla edinmiş oldukları payları iade etmeleri gerekir¹⁴².

b. Resmî Tasfiyenin Tamamlanması

Resmi tasfiye sonucunda, mirası reddeden mirasçının payına isabet eden malvarlığı değeri ile önce iptal davasını açan alacaklılara, sonra diğer alacaklılara ve en son olarak da reddeden yararlanan mirasçılara ödeme yapılır (TMK md. 617 f. III). Ancak her şeyden önce resmi tasfiye halinde, mirasbırakanın alacaklıları ve vasiyet alacaklısı tatmin edilmelidir¹⁴³.

Kanun hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, resmi tasfiye sonucunda reddeden mirasçının payına düşen değerlerle öncelikle iptal davasını açan alacaklıya veya alacaklılara ödeme yapılır. Birden fazla alacaklı dava açtığı anda, reddeden mirasçının payına düşen değer, alacakların tamamını tatmin ederse

¹⁴⁰ Serozan/Engin, 583; Helvacı, 229.

¹⁴¹ Helvacı, 229.

¹⁴² Baygın, 140.

¹⁴³ Baygın, 152; Helvacı, 230.

herhangi bir sorun yoktur. Ancak söz konusu değer, davacıların alacak miktarının tamamını karşılayacak miktarda değilse, bu alacaklılara, alacakları oranında ödeme yapılır.

Kanun koyucu, alacağın niteliğine bakmaksızın, dava açmış olan alacaklılara imtiyaz tanımıştır. İptal davasının risklerini ve olumsuzluklarını üstlenen, bu konuda alacağın korumak adına mücadele eden alacaklının, alacağı için girişimde bulunmayan alacaklılarla aynı statüde bulunması uygun görülmemiştir¹⁴⁴.

Reddeden mirasçı iflas emiş olmasından dolayı, iptal davası iflas idaresi tarafından açılmışsa, reddeden mirasçının payına isabet eden değerler, iflas masasına dâhil olur. Bu sebeple söz konusu değerlerden elde edilen bedeller, kanaatimizce İcra İflas Kanunu hükümlerine göre sıra cetveline göre dağıtılır (İİK md. 250). Zira reddin iptali halinde elde edilecek değerlerle ilgili iflas hukuku açısından özel bir düzenleme yoktur. Davayı iflas idaresi açmıştır ve reddeden mirasçının payına düşen malvarlığı, iflas eden mirasçının diğer malları gibi iflas masasına girer. Dolayısıyla iflas masasından, iflas hukuku hükümlerine göre nasıl dağıtım yapılacaksa, reddin iptali sonucunda elde edilen değerler öyle dağıtılmalıdır. Ancak doktrinde bir görüşe göre¹⁴⁵, elde edilen bedel iflas alacaklıları arasında, alacakları oranında paylaşılır. Bununla birlikte İİK'nın 245. maddesi gereği, iptal davası açma hakkı alacaklılara devredilmişse, bu davayı takip eden alacaklılar öncelikle tatmin edilmeli, geriye para artarsa iflas masasına dâhil edilmelidir¹⁴⁶.

Mirası reddeden mirasçının diğer alacaklılarından kasıt, bütün alacaklılar değildir. Mirasın reddinden önce alacakları doğmuş, ancak reddin iptali için dava açmamış olan ve reddin zarar verdiği alacaklılar, *diğer alacaklılardır*. Diğer alacaklılara ödeme yapılabilmesi için, resmî tasfiyeyi yapan sulh mahkemesi tarafından alacakları kabul edilmiş olmalıdır. Davacı alacaklılar tatmin edildikten sonra geriye kalan değer, diğer alacaklıların alacağını karşılamaya yetmezse, bu kişilere alacakları oranında ödeme yapılır.

¹⁴⁴ Baygın, 152.

¹⁴⁵ Baygın, 162.

¹⁴⁶ Baygın, 152.

Davacılar ve diğer alacaklılar tatmin edildikten sonra arta kalan değerler, reddeden yararlanacak mirasçılara verilir¹⁴⁷. Ret iptal edilmiş olsa dahi, ret beyanı geri alınamayacağından, arta kalan değer üzerinde reddeden mirasçı hak sahibi olamaz. Buna göre mirasçı kendisinden sonra gelen mirasçılar yararına reddetmişse, artan değer bu mirasçıların olur¹⁴⁸. Ancak mirasçı kendisinden sonra gelen mirasçıların yararına reddetmemişse, arta kalan değer, ret dolayısıyla mirasçı olan veya miras payında artış gerçekleşen mirasçılara verilir¹⁴⁹. Mesele, (M) vefat ettiğinde çocukları (A), (B), (C) ve (B)'nin altsoyu (F) ve (G) hayattadır. (B) mirası alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddetmesi sebebiyle ret iptal edilmemiş olsaydı, B'nin miras payı (F) ve (G)'ye ait olurdu. Bundan dolayı alacaklılar tatmin edildikten sonra arta kalan değer, (F) ve (G)'ye verilmelidir. Aynı misalde, (B)'nin altsoyu olmasaydı, ret iptal edilmemiş olsaydı, (B)'nin miras payı (A) ve (C)'ye geçeceğinden miras payları artardı. Bu sebeple ret iptal edildiğinde, arta kalan değer (A) ve (C)'ye eşit olarak paylaşılır¹⁵⁰.

C. Mirasın Reddinin Hükümsüz Olması

Mirasın reddi geçerli şekilde yapılmamışsa veya TMK'nın 610. maddesinin II. fıkrasında belirtilen haller dolayısıyla ret hakkı düşmüş olmasına rağmen, yine miras reddedilmişse, reddin iptali değil, hükümsüzlüğünün tespiti söz konusu olur¹⁵¹. Zira bu hallerde, iptale konu olacak geçerli bir ret beyanı bulunmamaktadır. Özellikle ret beyanı, üç aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra yöneltilmişse veya bir kayda ya da şarta bağlanmışsa geçerli sonuç doğurmaz. Dolayısıyla iptal davasına konu olacak bir hukukî işlemde bulunmamaktadır. Bu durumda reddin iptali değil, hükümsüzlüğünün tespit edilmesi yeterlidir¹⁵².

TMK'nın 610. maddesinin II. fıkrasına göre, mirasçı, ret süresi içerisinde mirasçı olarak tereke işlerine karışır, terekenin olağan yönetim işlemlerinden olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yaparsa mirası ret hakkı düşer. Bununla birlikte, aynı hükme göre,

¹⁴⁷ Helvacı, 231; Baygın, 153.

¹⁴⁸ Helvacı, 231; Baygın, 153.

¹⁴⁹ Helvacı, 231; Baygın, 153.

¹⁵⁰ Baygın, 153.

¹⁵¹ Baygın, 133.

¹⁵² Helvacı, 106; Baygın, 133.

mirasçı ret süresi dolmadan tereke mallarını gizler veya kendisine mal ederse, mirası reddedemez. Kanun koyucu bu gibi davranışlarda bulunmayı, mirasın örtülü kabulü olarak değerlendirmiş ve mirasçının ret hakkının düşeceğini kabul etmiştir¹⁵³. Yine bu gibi davranışlar özellikle tereke alacaklılarına karşı mirasın kabul edildiği yönünde izlenim oluşturacağından, daha sonra mirasçının mirası reddetmesi çelişkili bir davranış olacaktır. Bu durum dürüstlük kuralına aykırı olacağı gibi hakkın kötüye kullanılmasının özel bir durumudur¹⁵⁴. Mirasçının zamaşımı veya hak düşürücü sürelerin dolmasına engel olmak için dava açması veya icra takibi yapması, ret hakkını düşürmeyeceği TMK'nın 610. maddesinin III. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre terekenin korunması için yapılması gereken işleri yapmak, tereke işlerine karışma olarak değerlendirilmez. Buradaki amaç, mirasçının terekeyi korumak için, yapılması gereken işlemleri yapmasından kaçınmalarını engellemektir¹⁵⁵. TMK'nın 610. maddesinin II. fıkrası gereği, ret hakkı düşerse, reddin iptali söz konusu olmaz. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu gibi durumlarda, iptale konu olacak geçerli bir ret beyanı bulunmamaktadır. Açılacak davada, reddin hükümsüzlüğün tespiti kararı talep edilmelidir¹⁵⁶.

Reddin hükümsüzlüğünün tespitine ilişkin dava, iptal davası olmadığı için TMK'nın 617. maddesinde öngörülen altı aylık süreye tabi değildir. Reddin iptali davasında, resmî tasfiyeye karar verilmesine rağmen, reddin hükümsüzlüğünün tespiti, TMK'nın 617. maddesine tabi olmadığı için resmi tasfiyeye karar verilemez¹⁵⁷. Söz konusu davada reddin hükümsüz olduğu tespit edilirse, ret beyanında bulunan mirasçının mirasçılık sıfatı kesinleşir. Alacaklılar, bu durumda geçersiz ret beyanında bulunan mirasçının miras payına ve şahsi malvarlığına başvurabilirler. Reddin iptali davasını sadece reddeden mirasçının alacaklıları veya iflas idaresi açabilirken, reddin hükümsüzlüğünün tespiti menfaati olan herkes özellikle mirasbırakanın alacaklıları tarafından da talep edilebilir¹⁵⁸.

¹⁵³ Dural/Öz, 415; Eren/Yücer Aktürk, 510; Antalya, 437.

¹⁵⁴ Eren/Yücer Aktürk, 511.

¹⁵⁵ Dural/Öz, 417; Eren/Yücer Aktürk, 513.

¹⁵⁶ Baygın, 133.

¹⁵⁷ Baygın, 133.

¹⁵⁸ Baygın, 133.

Ret beyanı geçersiz olduğu için, hükümsüzlüğünün tespiti talebi bir süreye tabi değildir¹⁵⁹.

Reddin hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmesi için, TMK'nın 617. maddesindeki şartların gerçekleşmiş olması gerekmez. Buna göre, mirasçının malvarlığı borcunu karşılamaya yetiyor olsa dahi ve mirasçının alacaklılarına zarar verme amacı olmasa dahi hükümsüzlüğün tespiti istenebilir. Kanaatimizce teminat gösterilse dahi reddin hükümsüzlüğünün tespiti kararı verilmelidir. Zira ret hakkı düşmüş olduğundan, ret beyanı hukukî sonuç doğurmaz. Hükümsüz olan ret beyanının teminat gösterilerek, geçerli hale getirilmesi mümkün değildir.

Reddin hükümsüzlüğünü talep eden kişi, reddin süresinde yapılmadığını veya beyanın geçersiz olduğunu ispat etmelidir. Bununla birlikte, şayet ret hakkının düşmesi sebebiyle reddin hükümsüzlüğünün tespiti isteniyorsa davacı, mirasçının, ret süresi içerisinde mirasçı olarak tereke işlerine karıştığını, terekenin olağan yönetim işlemlerinden olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi gerekli olanın dışında işler yaptığını, mirasçının rest süresi dolmadan tereke mallarını gizlediğini veya kendisine mal ettiğini ispat etmesi gerekir.

Mirasçı ret beyanını, sulh hukuk mahkemesine yönelttiğinde, mahkemenin görevi irade açıklamasını tespit ve tescil etmektir. Doktrinindeki bir görüşe¹⁶⁰, hâkimin ret beyanını süresinde yapılıp yapılmadığı veya beyanda bulunan kişinin gerçekte mirasçı olup olmadığı araştırma yetkisi yoktur. Yargıtay göre ise¹⁶¹, hâkim ret beyanın zamanında yapılıp yapılmadığını ve ret beyanında bulunan kişinin mirasçılık sıfatına sahip olup olmadığını inceledikten sonra ret beyanının tesciline karar verebilir. Kanaatimizce mirasın reddi için öngörülen üç aylık süre, hak düşürücü süre olduğu için, hâkim bu konuda inceleme yaptıktan sonra ret beyanını tescil etmelidir. Ancak ret beyanında bulunan kişinin mirasçılık sıfatını taşıyıp taşımadığını araştırmasına gerek yoktur. Zira ret beyanında bulunan, mirasçı sıfatına sahip değilse, zaten beyanın da hukuki bir sonucu yoktur. Mirasçı sıfatına sahipse de, çözülmesi gereken bir uyuşmazlık yoktur. Hâkim ret beyanının süresinde yapılmadığını tespit edip reddi tescil etmezse, ret süresinde yapılmadığından, ortada geçerli bir ret olmadığı için,

¹⁵⁹ Helvacı, 106; Baygın, 133.

¹⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 608; Helvacı, 103-104.

¹⁶¹ Y. 2. HD., T. 28.04.1972, E. 1972/1872, K. 1972/2667, Baygın, 134.

mirasçı reddetmiş olamayacağından reddin iptali ve hükümsüzlüğü gibi bir durum da söz konusu olmaz. Burada unutulmaması gereken, hâkim tescil yapmadığı için değil, ret beyanı süresinde yapılmadığı için hüküm ve sonuç doğurmaz. Hâkimin tespiti sadece ret beyanının süresinde yapılmadığına ilişkindir. Ancak hâkim süreyi dikkate alamadan reddi tescil etmiş, yani ret beyanının süresinde yapılmadığı tespiti yapılmamışsa, daha sonra açılacak dava ile beyanın süresinde yapılmadığı gerekçesi ile reddin hükümsüzlüğünün tespiti istenebilir.

Mirasçı mahkemeye ret beyanında bulunduğunda, alacaklılar bu süreçte müdahil olarak reddin şartlarının bulunmadığını veya mirasçının ret hakkını düşüğünü ileri süremezler¹⁶². Bu durumda mirasçılar, TMK'nın 610. maddesindeki hallerin söz konusu olduğunu ve mirasçının aslında örtülü olarak mirası kabul ettiğini, bu sebeple ret hakkının düşüğünü açacakları başka bir dava ile ileri sürebilirler. Bu davada, mirasçının mirası örtülü olarak kabul ettiğini ispat ederek ret hakkının düşüğünü, bu sebeple de reddin hükümsüz olduğunun tespitini talep edebilirler. Söz konusu dava, asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır¹⁶³. Çünkü sulh hukuk mahkemelerinin görev alanını düzenleyen HMK'nın 4. maddesinde reddin hükümsüzlüğünün tespitine ilişkin davadan söz edilmemiştir. HMK'nun 4. maddesinde sayılanlar dışındaki davalar asliye hukuk mahkemesinde görüleceğinden, bu davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

IV. SONUÇ

Mirasbırakan öldüğünde, onun malvarlığı küllî halefiyet ilkesi gereği mirasçılara geçer. Ancak mirasçılar; TMK'nın 605. maddesi gereği mirası reddedebilirler. Mirasın reddi, geçmişe etkili sonuç doğurur. Ret ile birlikte mirasçının mirasçılık sıfatı sona erer. Bu sebeple mirasçı, terekedeki haklara ve mallara sahip olamayacağı gibi mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olmaz.

Mirasçının mirası reddetmesinin çeşitli sebepleri vardır. Mirasçı, terekenin borçlarının fazla olması sebebiyle mirası reddedebileceği gibi, mirasbırakan ile arasındaki kötü ilişkiden dolayı da mirası reddedebilir. Bununla birlikte mirasçı kötü niyetli olarak, alacaklılarının, kendisine düşecek miras payından

¹⁶² Baygın, 134.

¹⁶³ Baygın, 135.

mahrum kalmaları amacıyla da mirası reddedebilir. Hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacak bu durumdan, mirasçının alacaklılarının korunması için TMK'nın 617. maddesinde mirasçının alacaklılarına ve iflas idaresine mirasın reddinin iptalini dava etme hakkı tanınmıştır. Bu hükme göre, malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflâs idaresi, kendilerine yeterli bir güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler.

Reddin iptali davası mirasbırakanın son yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde açılır. Mirasın reddi davası mirası ret tarihinden itibaren altı ay içinde açılmalıdır. Bu süre hak düşürücü süredir. Bu sürenin ret tarihinden itibaren başlaması yerinde değildir. Çünkü alacaklının, borçlu mirasçıya miras kaldığını ve mirası reddettiğini bu kadar kısa sürede öğrenmesi mümkün olmayabilir. Bu sebeple süre ya öğrenmeden itibaren başlamalı ya da daha uzun bir süre belirlenmelidir. Mirasın reddinin iptali davası mirasçının alacaklıları ve iflas idaresi tarafından açılabilir. Mirası reddeden mirasçıdan başka mirasçılar varsa dava hem reddeden mirasçıya hem de diğer mirasçılara karşı açılmalıdır. Davacıların malvarlığı borcunu karşılamaya yetmeyen mirasçının alacaklılarına zarar verme amacı ile mirası reddetmiş olduğunu ispat etmeleri gerekir. Mirasın reddinin iptaline karar verildiğinde, tereke resmen tasfiye edilir. Resmî tasfiyesi için, ayrıca bir talebe gerek yoktur. Reddin iptalinin zorunlu sonucu olarak hâkim re'sen resmî tasfiyeye karar vermelidir. Resmi tasfiye, bütün tereke için yapılmalıdır. Tasfiye süresinde öncelikle tereke borçları ödenmelidir. Geriye kalan değerlerden önce dava açan alacaklılara, daha sonra diğer alacaklılara ödeme yapılmalıdır. Geriye bir değer kalırsa, reddin yararlanan mirasçılara verilmelidir.

Mirasın reddi geçerli şekilde yapılmamışsa veya TMK'nın 610. maddesinin II. fıkrasında belirtilen haller dolayısıyla ret hakkı düşmesine rağmen, miras reddedilmişse, reddin iptali değil, hükümsüzlüğüne karar verilmesi talep edilir. Reddin hükümsüzlüğünün tespiti, iptal davası niteliğinde olmadığı için TMK'nın 617. maddesinde öngörülen altı aylık süreye tabi değildir. Reddin hükümsüzlüğünün tespiti, TMK'nın 617. maddesine tabi olmadığı için resmi tasfiyeye karar verilemez. Alacaklılar, bu durumda geçersiz ret beyanında bulunan mirasçının miras payına ve şahsi malvarlığına başvurabilirler. Reddin iptali davasını sadece reddeden mirasçının alacaklıları veya iflas idaresi açabilirken, reddin hükümsüzlüğünün tespiti menfaati olan herkes, özellikle mirasbırakanın

alacaklıları tarafından talep edilebilir. Reddin hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmesi için, TMK'nın 617. maddesindeki şartların gerçekleşmiş olması da gerekmez.

KAYNAKÇA

Antalya, Gökhan; Miras Hukuku C. III, 4. Baskı, Ankara 2019.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel; İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019. (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, İcra ve İflas Hukuku,)

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel; Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019. (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul Hukuku)

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin; İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2019.

Baygın, Cem; Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005.

Doğan, Murat; Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004.

Dural, Mustafa/Öz, Turgut; Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C. IV, 13. Baskı, İstanbul 2019.

Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek; Türk Miras Hukuku, Ankara 2019.

Günay, Erhan; Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması, Ankara 2019. (Günay, Alacaklıların Korunması)

Günay, Erhan; Mirasın Reddi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 112, 2015, s. 45-55. (Günay, Mirasın Reddi)

Helvacı, İlhan; Mirasın Reddi, 2. Baskı, İstanbul 2014.

Hoşlan, Osman; Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 3, 1992, s. 318-335.

İmre, Zahit/Erman, Hasan; Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.

İnan, Ali Naim/Ertay, Şeref/Albaş, Hakan, Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019.

İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman; Miras Hukuku, Ankara 2019.

Kazancı Tuncer, İdil/Öcal Apaydın, Bahar; Mirasçılarının Alacaklılarını Korumaya Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 2, 2015, s. 775-807.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay; Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2014.

Şener, Esat; Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Yargıtay Dergisi, C. 3, S. 1, 1977, s. 115-134.

Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel; Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla; Tekinay Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989.

VAKIFLARDA YÖNETİM ŞEKLİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

The Modification of the Form of Management in Foundations

Sena BAŞPINAR¹

ÖZET

Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan hukuki varlıklardır. Vakfın yönetim şekli, vakfedenin arzusuna göre şekillenir. Bu yönetim şekli, vakıf senedinde belirtilir ve vakıf kurulduktan sonra kural olarak değiştirilemez. Ancak, hayatın değişen koşulları karşısında, vakfın amacının korunması ve kurucu iradeye uygun şekilde varlığını sürdürebilmesi gerekir. İşte bu sebeple kanun koyucu, haklı sebeplerin varlığı durumunda, vakfın yönetim şeklinin değiştirilebileceğini öngörmüştür. Bu değişiklik; eski vakıflar bakımından 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 14, yeni vakıflar bakımından ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 112/I gereğince gerçekleştirilir. Bu makalede, eski ve yeni vakıflar bağlamında, yönetim şekli değişikliği incelenmiştir. Bu değişikliğin şartları, hüküm ve sonuçları ortaya konulmuştur.

¹ Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Kayseri/Türkiye, sena_baspinar@hotmail.com, Orcid ID: 0000-0001-8529-1115.

Makale Geliş Tarihi:01.04.2020

Makale Kabul Tarihi:19.05.2020

Anahtar Sözcükler: Vakıf, Eski Vakıflar, Yeni Vakıflar, Vakıf Senedi, Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 112/I, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 14.

ABSTRACT

Foundations are legal entities constituted of natural or legal persons that dedicate assets for a specific and continual purpose. The intention of the founder is essential and determinative in the management of the foundation. This form of management is stated in the founding document and cannot be modified after establishment. However, in the presence of any alteration of the living conditions, the purpose of the foundation must be preserved and; the foundation must continue its existence under the founding will. For this reason, the legislator foresaw that the form of management of the foundation can be modified in the presence of justifiable reasons. This modification is fulfilled with the accordance of the Turkish Civil Code No. 4721, Art. 112 in the new foundations and the Foundations Law No. 5737, Art. 14 in the old foundations. In this article, the modification of the form of management has been examined in the context of old and new foundations. The terms, conditions, and consequences of this modification have been discussed.

Keywords: Foundation, The Old Foundations, The New Foundations, The Founding (Constitutive) Document of Foundation, The Modification of the Form of Management, Art. 112/I of Turkish Civil Code No. 4721, Art. 14 of Foundations Law No. 5737.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² m. 101’de tanımlandığı üzere “*Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.*”. Türk hukuk tarihinde önemli bir yeri olan vakıflar³, toplumsal hayatın çeşitli gereksinimleri-

² RG., 08.12.2001, S. 24607.

³ Vakıf kurumunun İslam-Osmanlı hukukunda gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Hatemi, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LV, S. 4, 1997, s. 114 vd.; Refik Korkusuz ve Ömer Ergün, “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

nin karşılanması amacına hizmet eder ve vakfedenin yaşamından sonra da varlığını sürdürür. Bu sebeple vakıfların işlevsel bir yönetime sahip olmalarında hem vakıf tüzel kişiliğinin hem de toplumun menfaati vardır. Bunun için de hayatın değişen koşulları karşısında vakfın amacının korunması ve kurucu iradeye uygun şekilde varlığını sürdürebilmesi gerekir. İşte toplumsal hayatın getirdiği bu gerekliliği öngören kanun koyucu da kanuni şartların gerçekleşmesi durumunda vakıfların yönetim şeklinin değiştirilebileceğini öngörmüştür (TMK m. 112/I ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu⁴ m. 14).

“Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi” olarak adlandırılan bu çalışmada konu hem eski hem de yeni vakıflar bağlamında incelenmiştir. Zira, 5737 sayılı VK’nın tanımlar başlıklı 3. maddesi vakıfları; “mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıflar” şeklinde tanımlamaktadır. İlgili hükme göre “yeni vakıflar”, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi⁵ ile 4721 sayılı TMK hükümlerine göre kurulan vakıflar iken; “eski vakıflar” ise 743 sayılı eMK’nın yürürlük tarihinden (4 Ekim 1926’dan) önce kurulmuş, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarıdır. Bu anlamda çalışmamızın birinci bölümünde, vakfın organları ve yönetim şekli üzerinde durulurken; ikinci bölümünde ise eski ve yeni vakıflarda yönetim şeklinin değiştirilmesi incelenmiştir. Güncel uygulamada sıkça karşılaşılan yeni vakıflarda yönetim şekli değişikliğinin (TMK m. 112/I) şartları üzerinde kapsamlı bir inceleme yapılırken öğreti görüşlerine ve Yargıtay kararlarına da yer verilerek konu aydınlatılmaya çalışılmıştır.

I. VAKFIN ORGANLARI VE YÖNETİM ŞEKLİ

Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyeti kazanır (TMK m. 49) ve bu ehliyetinden kaynaklanan yetkileri organları aracılığıyla kullanır (TMK m. 50). Bu sebeple kanun koyucu, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olan vakıflarda (5737 sayılı VK m. 4) bir yönetim organının bulunmasını zorunlu görmüştür (TMK m. 109)⁶. Bu yönetim

Dergisi, C. 12, S. 16 – 19, 2007, s. 77 vd. Ayrıca, İslam ve Osmanlı hukukunda vakıf hukuku hükümleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet **Akgündüz**, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, s. 79 vd.

⁴ **RG.**, 27.02.2008, S. 26800.

⁵ **RG.**, 04.04.1926, S. 339.

⁶ Vakfın fiil ehliyetine sahip olması zorunlu organ olan yönetim organının bulunmasına bağlı olduğundan vakıf tüzel kişiliği bu organı oluşturamamış veya kaybetmişse fiil ehliyeti de or-

organının oluşturulması, çalışma usul ve şekli hususunda ana kriter ise vakfedenin vakıf senedine yansıttığı iradesidir⁷. Zira vakıflar hukukunda esas olan, vakfedenin iradesidir/arzusudur⁸. Bu anlamda vakfeden, vakıf yönetim organının

tadan kalkar. Örneğin, yönetim kurulunun çekilmesi ya da görevine son verilmesi halinde durum böyledir. Ancak bu sonuç, zorunlu organın kaybının geçici nitelikte olması halinde söz konusu olur. Vakfın fiil ehliyetinden yoksun olduğu bu süreçte, zorunlu organ oluşturulunca ya kadar, TMK m. 427/b. 4 gereğince sulh mahkemesi tarafından vakfın malvarlığının idaresi için kayyım atanarak ehliyetsizliğin giderilmesi mümkündür. Vakfın yönetim organının bulunmamasının süreklilik etmesi ise, kural olarak, vakfın sona ermesine yol açar. Bkz. Tufan Ögüz, *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 74-75. Aynı yönde bkz. Bilge Öztan, *Tüzel Kişiler*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 34; Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1982, s. 73. Diğer taraftan, zorunlu organın mevcudiyetinin tüzel kişiliğin kazanılması açısından şart olduğu yönünde bkz. Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 208; Osman Açıkgöz, “Vakıf Yönetim Organının İbrası ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı - Cevdet Yavuz'a Armağan*, C. 22, S. 3, 2016, s. 54.

⁷ Metin İkişler ve Yasin Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 166; Ahmet Akman, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 268 ve 280-281.

⁸ Ahmet İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis)*, Ankara 1968, s. 193. **Y. 18. HD.**, E. 2004/8309, K. 2004/10091, T. 27.12.2004: “*Vakıf hukukunda esas olan vakfın kuruluş senedine yansıyan kurucu iradenin -yasaların buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla- olduğu gibi korunması ve sürdürülmesidir.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 25.02.2020. Vakfın tarihi gelişimine ve işlevine uygun şekilde kurulması yolunu kanuni güvenceye almak ve vakıfların dernekleşmesi önlenmek amacıyla TMK m. 101/III’de “*vakıflarda üyelik olmaz*” hükmü getirilmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, “*Anayasa’nın 33. maddesinde, herkese, önceden izin almaksızın dernek kurma, derneklere üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğü tanınmıştır. Maddede vakıflara üyelik konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak son fıkrada, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı belirtilmiştir. Derneklerin ve vakıfların kuruluşları, amaçları, işlevleri, işleyişleri ve yönetimleri aynı değil ise de, Anayasa’nın 33. maddesinin birinci ve son fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, herkesin, vakıflara üye olma özgürlüğüne sahip olduğu anlaşılmaktadır.*” diyerek TMK m. 101/III hükmünü iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 17.04.2008 T., 2005/14 E., 2008/92 sayılı Karar, **RG.**, 28.06.2008, S. 26920. Dolayısıyla vakıflara üyelik yolu bugün için açıktır. Vakıfların üye kabul etmesi ve vakfa üye olmak mümkündür. Hâl böyle olmakla birlikte, vakıfların mal topluluğu olduğu yönündeki hüküm ise varlığını sürdürmektedir (TMK m. 101/I). Öğretide savunulduğu üzere, mal topluluğu olarak vasıflandırılan bir tüzel kişiye üye olmak çelişkili bir hukuki durum ortaya çıkarmaktadır. Zira, böylece vakfın üye kabul etmesi ve bunun sonucunda oluşturulacak genel kurulun, vakıf senedinde değişiklik yapma imkânı ortaya çıkar. Bu durum ise kurucu iradeye saygısızlık anlamına gelir. Bu sebeple AYM’nin vermiş olduğu bu kararın vakıflar hukukunun özüne aykırı olduğu kanaatindeyiz. Aynı görüşte bkz. Osman Berat Gürzumar, “Türk Medeni Kanunu’nun “Vakıflarda üyelik olmaz.” Hükümünü İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s. 539 vd.; Oğuz Sadık Aydos, “Vakfın Sona Ermesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, 2013, s. 131, dn. 1; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 363-364. Bu anlamda, olması gereken hukuk açısından TMK’ya, derneklerle aynı yetkilerle donatılmış bir genel kurul ve genel kurul üyeliğinin vakıflarda

kaç kişiden oluşacağını serbestçe belirleyebilir⁹. Vakfın yönetim organı “kurul organ” şeklinde belirlenebileceği gibi, “fert organ” şeklinde de belirlenebilir¹⁰. Hatta vakfeden, bizzat kendisini de yönetici olarak tayin edebilir¹¹. Uygulamada vakfın yönetim organı kurul şeklindeyse “yönetim kurulu”, “mütevelli heyeti”, “idare kurulu”, “idare heyeti”, “vakıf meclisi”, “yönetmenler kurulu” ya da “başkanlık divanı” gibi adlarla anılmakta iken; organ tek kişiden ibaretse “vakıf müdürü”, “mütevelli” ya da “yönetici”den söz edilmektedir¹². Keza vakfeden, TMK m. 109 gereğince, gerekli gördüğü başka organlara da vakıf senedinde yer verebilir. Seçimlik organlar olarak isimlendirilen bu organlar uygulamada; “denetim kurulu”, “genel kurul”, “danışma kurulu”, “vakfedenler kurulu”, “kurucular kurulu”, “vakıf denetçileri”, “araştırma ve planlama kurulu” ve “uzmanlar kurulu” gibi adlarla anılmaktadır¹³.

Vakfın zorunlu organı olan yönetim organı, vakfın iradesini açıklar, bu hususta kararlar alır, içeride vakfı yönetir ve dışarıda temsil eder¹⁴. Vakıf senedinde aksi öngörülmedikçe, vakfın karar, yürütme ve temsil organı olarak işlev

olamayacağı şeklinde bir düzenleme getirilmesinin daha uygun olduğu yönünde bkz. Hüseyin **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 124.

- ⁹ Ancak üye sayısının sabit bir şekilde ortaya konulması, değişkenlik arz etmemesi gerekir. Bkz. **İkizler** ve **Kurban**, s. 166. Bu hususta bkz. **Y. 18. HD.**, E. 2003/4502, K. 2003/8734, T. 10.11.2003: “Vakıf senedinde öngörülen bu üç kişilik kurulun vakfın yönetimi ve gayesine uygun faaliyetlerde bulunabilmesi için yeterli görülmemesi nedeniyle üye sayısının artırılmasında yasal sakınca yok ise de istikrarın sağlanması bakımından bu sayının sabit tutulması, değişkenlik arz etmemesi gerekir. Şu halde senedin 14. maddesinde “yönetim kurulu en az üç en çok beş kişiden oluşur” biçimindeki değişikliğin uygulamada belirsizliğe, kargaşa ve kararsızlığa yol açacağı, gözetilmeden tesciline hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 25.02.2020.
- ¹⁰ Jale G. **Akıpek**, Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, *Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 688; Aydın **Zevkililer**, M. Beşir **Acarbey** ve K. Emre **Gökyayla**, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 720; Teoman **Akünel**, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 182; **İkizler** ve **Kurban**, s. 166; **Öztaş**, s. 128; **Akman**, s. 281.
- ¹¹ **İşeri**, s. 148; **Öztaş**, s. 128; **Akıpek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 689; **Dural** ve **Öğüz**, s. 361. Nitekim Osmanlı hukukunda da vakıfların tek bir mütevellisi olabiliyordu. Bkz. **Hatemi**, *Kişiler*, s. 131-132.
- ¹² Suat **Ballar**, *Yeni Vakıflar Hukuku I*, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 808 vd.; **İşeri**, s. 148. Aynı yönde bkz. Metin **İkizler**, “Vakıf Senedinde Değişikliğe Gidilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 181, dn. 40; **Akıpek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 688; **Zevkililer**, **Acarbey** ve **Gökyayla**, s. 720.
- ¹³ **Ballar**, s. 808-809; **İkizler** ve **Kurban**, s. 170-171; **Öztaş**, s. 131; **Dural** ve **Öğüz**, s. 363.
- ¹⁴ **İkizler** ve **Kurban**, s. 168; **Öztaş**, s. 129; **Akünel**, s. 181; **Akman**, s. 266-268 ve 283.

görür¹⁵. Ancak uygulamada vakfın karar organı mahiyetinde, genellikle “*mütevelli heyeti*” olarak adlandırılan, bir kurul belirlenmekte; yönetim organının görevi ise alınan kararları uygulama ve yürütmeye sınırlı hale gelmektedir¹⁶. Dolayısıyla, yönetim organına ait olması gereken birtakım yetkilerin vakıf senedinde belirlenmiş seçimlik organlara bırakılması mümkündür (TMK m. 109)¹⁷. Benzer şekilde, yönetim organının sahip olduğu temsil yetkisinin bu organın başkan ve yardımcılara veya yönetim organının belirleyeceği esaslar dahilinde üyelerden bir veya birkaçına hatta üçüncü bir kişiye devredilmesi de mümkündür (krş. TMK m. 85/II)¹⁸. Ancak, vakfın yönetim organının yetkileri-

¹⁵ Mehmet Özgür **Avcı**, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 57; **Akünel**, s. 182; **Akman**, s. 268 ve 281; **Öğüz**, s. 70.

¹⁶ **Akman**, s. 281; **Avcı**, s. 57. Uygulamada genellikle “*mütevelli heyeti*” adıyla oluşturulan organların yönetim organı mı yoksa dernek genel kurulu gibi bir karar organı olarak mı örgütlendiği, son tahlilde, vakıf senedi incelenerek belirlenmelidir. Bkz. **İkizler** ve **Kurban**, s. 171. Ayrıca bkz. **Öztaş**, s. 129; **Y. 16. HD.**, E. 2002/4873, K. 2002/4337, T. 9.5.2002: “*Vakıf yöneticileri vakfa özgülenen malları vakfeden kişi veya kişilerin arzuları doğrultusunda yönetmek zorundadırlar. Vakıf kurarak hayır işleyen kişi veya kişiler başkasının katkısını istemezler. Öte yandan başkasına ait bir mal ele geçirilerek hayır işlenemez. Yöneticilerin vakfa özgülenmeyen bir taşınmazı kullanmaları da bu nedenle "malik" sıfatıyla olamaz. Karşılıksız olarak başkasına ait bir taşınmaz malı vakfın edinmesi vakıf kurma arzu ve düşüncesi ile bağdaşamaz. Malik sıfatıyla zilyetlikten söz edilemeyeceğinden zilyetlikle edinme koşullarının gerçekleştiği de kabul edilemez.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 16.03.2020.

¹⁷ **Murat Doğan**, *Vakıflarda Mal Varlığı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 262; **Avcı**, s. 57, dn. 186. Örneğin, öğretide Doğan’ın belirttiği üzere, “*yönetim organının seçimi, mal varlığının değerlendirileceği alanın belirlenmesi, malları kullanma tarzının tayini, vakfın vereceği bursların veya ödülleri kastaşlarının veya bizzat sahiplerinin belirlenmesi gibi hususlarda genel kurul, danışma kurulu, seçim kurulu, planlama ve yatırım kurulu gibi organların kurulması vakıf senedinde öngörülerek, yönetim organına ait olması gereken bir kısım yetkiler bunlara bırakılmış olabilir.*”. Bkz. **Doğan**, s. 262. Krş. **Y. HGK.**, E. 2002/18-911, K. 2002/856, T. 23.10.2002: “*Tescili istenen Vakfa ait Senedin Danışma Kurulu başlığım taşıyan 11. maddesinde, bu kurulun Yönetim Kurulunun danışma organı olduğunun belirtildiği, 12. maddesinde ise yönetim kurulunca toplantıya sunulan yıllık çalışma ve faaliyet raporu hakkında görüş, eleştiri ve dileklerini açıklayacağı ifade edildiği, 7. maddede de Vakfın organlarının yönetim ve danışma kurulundan oluştuğu açıklanmıştır. Böylece Vakıfta asıl organın yönetim kurulu, yardımcı organın ise danışma kurulu olduğu anlaşıldığı halde; asıl organ olan yönetim kurulunun yetkilerini devredecek ve bunları başka bir organa kullanması sonucunu doğuracak, uygulamada karışıklığa ve duraksamaya yer verecek nitelikte, bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Vakıf Senedinin 16. maddesinde bu şekilde değişiklik yapılması doğru görülmemiştir.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 17.03.2020.

¹⁸ Dernek yönetim kurulunun temsil görevini devredebileceğine ilişkin TMK m. 85/II hükmü, vakıflara kıyasen uygulandığında da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Temsil yetkisine sahip olan bu kişilerin vakfın iradesini kullanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemler, doğrudan vakıf tüzel kişiliğini borç altına sokar. Bu hususta bkz. **Y. HGK.**, E. 2003/18-173, K. 2003/191, T. 26.3.2003: “*Türk Medeni Kanununun 50. (eski 48.) maddesine göre, tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer tüm eylemleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Bu madde hükmü somut olaya uyarlandığında; Yönetimden uzaklaştırılması istenilen A...’un, Nüfus Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı’nın yönetim*

nin seçimlik organlara tanınması halinde bile, bu zorunlu organın yetkilerinin devam edeceğini kabul etmek gerekir (krş. TMK m. 72/II)¹⁹. Örneğin, vakıf senedinde yönetim şekli değişikliği hususunda “*danışma kurulunun*” mahkemeye başvuru yetkisine sahip olduğunun öngörülmüş olması, zorunlu organ olan yönetim organının TMK m. 112/I gereğince sahip olduğu asli başvuru yetkisini ortadan kaldırmaz. Zira vakfın yönetim organı açısından esas olan, vakfın amacını gerçekleştirmek, bu doğrultuda vakıf senedine uygun olarak gerekli kararları almak ve kendisine kanunla tanınan bazı görevleri yerine getirmek, yetkileri kullanmaktır²⁰. İşte kanunla tanınan bu yetkilerden birisi de vakfın yönetim şekli değişikliği hususunda mahkemeye başvurmak ve bu hususta denetim makamınca başvurulmuşsa görüş bildirmektir (TMK m. 112/I)²¹.

kurulu üyesi olarak görev yaptığı dönem içinde, bu vakfın (yani vakıf tüzel kişiliğinin) iradesini kullanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemler vakıf tüzel kişiliğini ilzam ettiği (borç altına soktuğu) cihetle, bunlar esas itibariyle vakıf tüzel kişiliğinin hukukunu ilgilendirecektir. Başka bir deyişle, adı geçen kişi davaya konu edilen (vakfi zarara uğrattıcı) eylem ve işlemleri, vakıf tüzel kişiliğinin iradesini kullanarak, (tüzel kişiliğin yönetim organının bir objesi olarak) yaptığından, üçüncü kişiler ve özellikle vakıftan yararlananlar açısından, bu eylem ve işlemler vakıf tüzel kişiliği tarafından yapılmış kabul edilecek, bundan vakıf sorumlu tutulacaktır. (Burada, adı geçenin kişisel kusurundan dolayı kişisel sorumluluğunun saklı olduğu unutulmamalıdır). Diğer önemli bir nokta da; aynı zamanda ileriye etkili hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik eldeki davanın açıldığı tarihte, davalının fiilen görevden uzaklaşmış olmasının, bu davada verilecek kararın vakıf tüzel kişiliğinin hak ve hukukunu etkilemesine engel olmayacağı, tersine doğrudan etkileyeceği olgusudur.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 16.03.2020.

¹⁹ Derneklerin seçimlik organlarına zorunlu organların görev, yetki ve sorumluluklarının devredilemeyeceğine ilişkin TMK m. 72/II hükmünden hareketle de bu sonuca varmak mümkündür. Ancak bu hükümden anlaşılması gereken, öğretide kabul edildiği üzere, yetki devrinin mutlak şekilde gerçekleşmeyeceğidir. Bkz. M. Kemal **Oğuzman**, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 372; **Dural** ve **Öğüz**, s. 311; **Akıpek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 605.

²⁰ **İkizler** ve **Kurban**, s. 168-169; **Akman**, s. 283. Ayrıca bkz. **Y. 3. HD.**, E. 2007/1036, K. 2007/1289, T. 6.2.2007: “*Dosyanın incelenmesinden, davacı vakıf başkanı arasında düzenlenen 27.8.2001 tarihli protokolün 8. maddesinde ‘Vakıf başkanının kendi hissesini tapu tevhidini sağlanması açısından Maliye Hazinesine devir edeceği ve buna karşılık arsa üzerine yaptırılacak 8 dairesi lojmanı vakfın belirleyeceği okul çalışanları arasından okulun başarılı ve öğretimin gelişmesini teşvik amacı ile vakıf mütevellî heyeti ile belirlenerek tahsis edileceği’ hükmünün konulduğu anlaşılmıştır. Buna göre, lojman tahsis yetkisi, vakıf mütevellî heyetine ait olduğuna göre, bu tahsise son verilmesi yetkisinin de aynı heyete ait olması gerekecektir. Çünkü; vakıf senedinde ve protokolda tahsisi kaldırma yetkisinin kime ait olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 17.03.2020.

²¹ Yönetim organına kanunla verilen diğer görev ve yetkiler ise; TMK m. 113/I gereğince vakfın amacının değiştirilmesi, TMK m. 113/III gereğince vakfa özgülenen malların değiştirilmesi ya da paraya çevrilmesi için mahkemeye başvurmak ve bu hususlarda mahkemeye denetim makamınca başvurulmuşsa görüş bildirmek, TMK m. 114’de belirtilen raporu hazırlamak ve yayımlanmasını sağlamaktır. Yönetim organı, ayrıca, vakfın temsiline ilişkin esas-

Vakfın yönetim şekli denildiğinde, yönetim organını da kapsayacak şekilde, vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini belirleyen bütün kurallar anlaşılmalıdır. İşte bu kurallar, TMK m. 106 gereğince, vakfeden tarafından vakıf senedinde gösterilmek zorundadır²². Bu kurallar içerisinde, özellikle, kurul veya fert organ şeklinde teşekkül eden vakıf yönetim organını oluşturan kişi ya da kişilerin, atama veya seçim yoluyla belirlenmesine ilişkin kurallar yer almaktadır²³. Yani vakfeden, vakıf senedinde, yönetim organını oluşturacak kişi veya kişileri atamış olabilir ya da organların tayini ve örgütün düzenlenmesi işini başkalarına (mirasçılara, vasiyeti tenfiz memurlarına, faydalananlara, denetim makamına veya vakıf senedinde öngöreceği bir seçim organına) bırakmış olabilir²⁴. Bu anlamda, örneğin, bir belediye başkanının, valinin veya kaymakamın (gerek adı zikredilerek gerek edilmeksizin) vakıf yöneticisi (fert organ) olarak atanması mümkündür²⁵. Bu hususta Yargıtay'ın, vakıf senedindeki bu düzenleme ile kişi değil görev unvanının esas alındığı ve kurucu iradenin bu şekilde tezahür ettiği gerekçesiyle, ilgili unvana sahip kişilerin bu görevi kabul zorunluluğu olduğu şeklinde yorumlanabilecek kararları mevcuttur²⁶. Ancak, öğretide

ları düzenler, vakıftan yararlananlarla vakfın ilişkisini temin eder, vakıf mallarını sevk ve idare eder, malların muhafazasını ve bakımını yapar, gelir ve hasılatı tahsil eder, vakıf adına dava açar, devam eden davada sulh ve ibrada bulunur, vakfa yapılacak bağışları kabul eder ve vakfın amacına ulaşması için gereken diğer her türlü işlemi yapar. Bkz. **Avcı**, s. 59; **Öztan**, s. 130; **Akünel**, s. 182-183; **Akman**, s. 268 ve 283.

²² Vakfın örgütlenme ve yönetim şeklinin vakıf senedinde gösterilmemesine ilişkin noksanlık, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilceği gibi kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü de alınarak, vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır (TMK m. 107/II). Bu hususta bkz. **İşeri**, s. 145 ve 149; **Öztan**, s. 129.

²³ **Öğüz**, s. 71.

²⁴ **İşeri**, s. 145 ve 149; **Öztan**, s. 129; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 688-689.

²⁵ Ali Himmet **Berki**, "Vakıf Nasıl Yapılır", *Vakıf Hukuku Yazıları (Haz. Hüseyin Çınar)*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2013, s. 128.

²⁶ **Y. 8. HD.**, E. 2019/360, K. 2019/1949, T. 26.2.2019: "Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucu; davacı vakfın, 15.12.2000 tarihli Noter senedine istinaden tescil edildiği, vakıf senedinin "Vakfın Üyeleri" başlıklı 12. maddesinde yapılan değişiklik ile Demre Kaymakamı vakıf üyeliğinden çıkartılmış, "Yönetim Kurulu" başlıklı 17.maddesindeki değişiklik ile de "Demre Kaymakamı Vakfın ve Yönetim Kurulumun tabii Başkanıdır" ibaresi senetten çıkartılarak yerine "Demre Belediye Başkanı Vakfın ve Yönetim Kurulumun tabii Başkanıdır" ibaresi yazılarak senet metninin değiştirildiği, mahkemece yapılan bu değişikliklerin tesciline karar verildiği anlaşılmaktadır. 1-)Vakıf hukukunda aslolan, kurucu iradenin yani vakfedenin başvurusu üzerine mahkemece tesciline karar verilen vakıf senedinin kurucular ile daha sonraki yöneticileri ve ilgilileri de bağlayan hükümlerinin -yasaların buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla- olduğu gibi korunması ve sürdürülmesidir. Somut olayda, mevcut vakıf senedine göre Demre Kaymakamı, 12. madde gereği vakfın doğal üyesi, 17.madde gereği ise vakfın ve yönetim kurulunun başkanı olup bu düzenleme ile kişi değil

isabetle belirtildiği üzere, bütün bu hallerde yönetici olarak tayin edilen kişilerin bu görevi kabul zorunluluğu bulunmamaktadır²⁷. Yöneticiliği kabul edip etmemek tamamen kişinin arzusuna bağlıdır; bu hususta kabule zorlanamaz. Atanan kişinin bu görevi reddettiği durumlarda, vakıf senedinde bu hususta başka bir kayıt da yoksa, yöneticiyi mahkeme tayin eder (5737 sayılı VK m. 8)²⁸. Dolayısıyla esasen bu hususta, çalışmamızda incelenen TMK m. 112/I anlamında bir yönetim şekli değişikliğine değil, 5737 sayılı VK m. 8 gereğince “yeni vakıf organlarının tamamlanması” yoluna gidilmesi gerekir²⁹.

Vakıf senedinde belirtilen yönetim şekline ilişkin kurallar bağlamında, vakfın yönetim organı tek kişiden oluşan “*fert organ*” şeklinde belirlenmişse, vakıf senedinde aksi öngörülmedikçe, bu tek yöneticinin görüş veya onay alması gereken bir danışma organı veya başka bir organ kural olarak yoktur. Ancak vakıf senedine böyle bir kayıt konulmuşsa yöneticinin gerçekleştireceği işlemin geçerliliği, pek tabii, bu kurul veya kişiden görüş veya onay almasına bağlıdır. Zira, önceden ifade edildiği üzere, vakıflar hukukunda vakfedenin iradesine öncelik tanınır. Dolayısıyla senetteki görüş veya onay şartına uyulmaksızın yöneticinin verdiği kararın müeyyidesi, kanaatimizce, askıda hükümsüzdür. Ancak bu şarta uymanın vakfın işleyişini ciddi anlamda güçleştirmesi veya imkânsız kılması, çalışmamızda incelenen, yönetim şekli değişikliği hususunda “*haklı bir sebep*” bir teşkil edebilir (TMK m. 112/I). Böyle bir durumun varlığında denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü, TMK m. 111/I gereğince yapacağı denetimler sonucunda bu husustan haberdar olmuşsa, mahkemeye başvurarak vakıf senedinde yer alan görüş veya onay alma zorunluluğunun kaldırılmasını talep edebilir (TMK m. 112/I).

Vakfın yönetim şekline ilişkin senetle düzenlenmemiş konularda ise, özellikle kurul şeklindeki organların çalışma ve karar usulleri vb. ilişkin esasla-

görev unvanı esas alınmış ve kurucu irade bu şekilde tezahür etmişken, Kaymakamın bu görevi sürdürmek istememesi sebep gösterilerek kurucu iradeye aykırı olarak yapılan değişikliklerin reddi yerine tesciline karar verilmesi, (...), Doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerektiği anlaşıldığından düzelterek onama kararının kaldırılarak hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 24.02.2020. Benzer bir karar için bkz. **Y. 18. HD.**, E. 2005/5022, K. 2005/7041, T. 4.7.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 30.04.2020.

²⁷ **Berki**, “Vakıf Nasıl Yapılır”, s. 128; **Doğan**, s. 261.

²⁸ **Berki**, “Vakıf Nasıl Yapılır”, s. 128.

²⁹ Ancak öğretide, 5737 sayılı VK m. 8 hükmünün, TMK m. 112/I’ın öngördüğü esasların tekrarı niteliğini taşıdığı şeklinde bir görüşün bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bkz. **Öğüz**, s. 75-76.

rın belirlenmesinde, dernek genel kuruluna ilişkin (TMK m. 72 vd.) hükümlerin kıyas yoluyla vakıflara da uygulanacağı öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir³⁰. Bu anlamda kurul şeklinde olan vakıf yönetim organının ne aralıklarla toplanacağı (TMK m. 74-75), toplantı ve karar yeter sayısı (TMK m. 78/II ve 81) gibi hususlarda, kural olarak, TMK'nın dernek genel kuruluna ilişkin hükümleri uygulanır³¹. 5253 sy. Dernekler Kanunu³² m. 13/II'de yer alan,

³⁰ **Y. 8. HD.**, E. 2018/397, K. 2018/2255, T. 15.2.2018: "Yargıtay uygulamalarına göre uyumsuzluk, öncelikle vakıf hukuku kapsamında mevzuatta yer alan düzenlemeler esas alınarak çözüme kavuşturulacak, hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Medeni Kanunu'nun benzer kuruluşlardan olan derneklerle ilgili hükümleri esas alınarak çözüme gidilecektir. İlk toplantıda yeterli çoğunluk sağlanamaz ise ikinci toplantıda asgari yeter sayı konusunda vakıf mevzuatında açık bir düzenleme bulunmazken Türk Medeni Kanununun 78/2.maddesine göre derneklerde bu sayının yönetim ve denetim kurulları üye tam sayısının iki katından az olamayacağı amir hüküm olarak düzenlenmiştir. Davacı vakfın on olan yönetim ve denetim kurulu üye sayısının iki katı yirmi üyeden az üyelerle yapılan toplantı ve alınan kararlarda yeterli çoğunluk sağlanmadığı içinde geçersizdir.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 17.03.2020. **Y. HGK.**, E. 2001/18-1163, K. 2001/1172, T. 26.12.2001: "...Bu konuda en çarpıcı örnek, 2908 Sayılı Dernekler Yasası'nın, dernek genel kurul toplantılarının çağrı usulünü düzenleyen 21'nci maddesinin ilk fıkrasında yer alan ve üyelere yapılacak çağrıda, "çoğunluk sağlanamaması sebebiyle toplantı yapılamazsa, ikinci toplantının hangi gün yapılacağı da belirtilir. İlk toplantı günü ile ikinci toplantı arasında bırakılacak zaman bir haftadan az olamaz" hükmü olup, bu hükümlerle, dernek genel kurul toplantılarına ve bu toplantılarda alınacak kararlara, mümkün olduğunca çok sayıda üyenin katılımı ve dolayısıyla derneğin daha demokratik ve sağlıklı kararlara dayanarak yönetilmesi sağlanmak istenildiği ve özellikle, toplantının en az bir hafta sonraya bırakılacağı hükmünün ilk toplantıya katılmayan üyelerin mazeretlerinin ortadan kalkıp, ikinci toplantıya katılabilecekleri ve bu suretle çoğunluğun sağlanabileceği yolundaki haklı beklenti nedeniyle yasaya konulduğu kuşkusuzdur. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olan Barolar ve Türkiye Barolar Birliği'nin genel kurullarının toplantılarıyla ilgili olarak Avukatlık Kanunu'nun 87'nci ve 116'nci maddeleriyle Türkiye Noterler Birliği Genel Kurulu toplantıları hakkında Noterlik Kanununun 177'nci maddesinde yer alan ve ilk toplantıda çoğunluk sağlanamaması durumunda ikinci toplantının bir hafta sonraya ve 15 gün veya bir ayı geçmemek üzere başka bir güne bırakılacağına dair hükümler de aynı amaca yöneliktir. Açıklanan hükümlerin, özellikle Dernekler Yasası'ndaki kurulların yasaya konuluş nedenleri, benzeri nitelikteki vakıfların, (mütevellî heyeti, kurucular kurulu, genel kurul, kongre gibi değişik isimler altında anılan) üst düzeydeki karar organlarının toplantıları için de aynen geçerlidir ve gereklidir. Bu bakımdan ilgili yasalarda ve tüzükte yer almamakla birlikte vakıfların senetlerine, genel kurulun ilk toplantısında çoğunluk sağlanamaması durumunda ikinci toplantının en az bir hafta sonra yapılmasını öngören bir kuralın konulması yerinde olacaktır.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 28.02.2020. Ayrıca bkz. **Ballar**, s. 809; **Avcı**, s. 57; **İkizler** ve **Kurban**, s. 171; **Öğüz**, s. 76-77; **Akünel**, s. 185.

³¹ Bu bakımdan, TMK m. 83 hükmü kıyasen uygulanarak, vakıf yönetim organı kararları aleyhine iptal davası açılabilmesini de kabul etmek gerekir. Bkz. **Öğüz**, s. 77. Buna karşılık Öztan'a göre ise, seçimlik organ olan "vakıf genel kurulu" kararları aleyhine TMK m. 83 hükmü kıyasen uygulanamaz ve kararların mahkemece iptaline gidilemez. Ancak, yazara göre, bu kararlar nedeniyle vakıf genel kurulu denetim makamına şikâyet edilebilir. Bkz. **Öztan**, s. 131.

³² **RG.**, 23.11.2004, S. 25649.

“Dernek yönetim ve denetim kurullarının kamu görevlisi olmayan başkan ve üyelerine ücret verilebilir” şeklindeki hüküm ise kural olarak vakıflarda uygulanamaz. Zira, 2017 yılında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda belirtildiği üzere, TMK’ya göre tüzel kişilik kazanan vakıflarda yapılan iş karşılığı ücret alma kural olarak yoktur³³. Bununla birlikte vakıf senedinde, yönetim organı üyelerine ücret veya huzur hakkı adı altında bir ödemenin yapılıp yapılamayacağına ve bunun miktarını belirlemeye vakfın seçilmiş bir organının yetkili olduğuna ilişkin bir hükmün konulması mümkündür³⁴. Ancak vakıf se-

³³ **Y. İBGK.**, E. 2016/3, K. 2017/4, T. 9.6.2017: “Hukuki statünün anlaşılması için Medeni Kanuna göre tüzel kişilik kazanan Vakıflar ile kanun ile kurulan Sosyal Yardımlaşma Vakıflarının farklarına değinmek gerekir. 1.Genel olarak Vakıflar (Gönüllülük ve rıza aranırken), Vakıf senedi veya vasiyetle kurulurken, SYDV yasa ve devlet eliyle kurulmuştur. 2.Vakıflarda yönetim organı oluşumunda serbestlik ve yapılan iş karşılığı ücret alma yokken, SYDV organları yasa ile saptanmış ve belli görevlere atananlar vakıf yöneticisi olurken, ücret olarak her toplantı başına huzur hakkı belirlenmiştir. 3.Vakıflarda görev almak, istek yanında belirli şartlara bağlandığı halde SYDV yöneticiliği belli makamlara bırakıldığından, bu görevlere atanmak veya işten ayrılmak kamu görevinden ayrılmakla bir tutulmuştur. 4.Vakıflar vakfedenin isteği ile tescil edilirken, SYDV tescil görevi mahallin en büyük mülki amirine verilmiştir. 5.Vakıflar amaçlarına uygun mal varlığı ile kurulurken, SYDV sembolik bir malvarlığı ile kurulmakta ve kamu bütçesinden sürekli giderleri karşılanmaktadır (Çalışanların ücretleri dahil, Bütçeden önce fona (3294 Sayılı Madde 4.), sonra vakfa). 6.Vakıflarda, vakfın amacı, yönetimi ve malların değiştirilmesi belirli prosedürlere uyularak Mahkeme kararı ile gerçekleştirilirken, SYDV de amaç, yönetim ve kuruluş mallarının değiştirilmesi TBMM tarafından ve yasayla yapılmaktadır. 7.Vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğüne denetlenirken, SYDV İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü’nün 5. Maddesine göre T.C. İçişleri Bakanlığı ile T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri hakkında 633 Sayılı KHK ile adı geçen bakanlık tarafından da denetime tabi tutulmaktadır.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 01.05.2020. Aynı yönde bkz. **Y. 9. HD.**, E. 2019/6194, K. 2019/17631, T. 9.10.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 01.05.2020.

³⁴ Bu hususta örnek bir vakıf senedi için bkz. <https://www.vgm.gov.tr/vakif-islemleri/vakif-nasil-kurulur-/vakif-senedi-ornegi-genel>, E.T.: 08.05.2020. Örnek senette belirtildiği üzere, vakıf organlarında görev alan kamu görevlileri, 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun 2/e gereğince, görevleri nedeniyle ücret, huzur hakkı veya başka bir ad altında herhangi bir karşılık alamaz. Ancak, 21.9.2004 günü yürürlüğe giren 5234 sayılı Kanun’un 24. maddesi ile 5072 sayılı Kanun’a eklenen geçici 2. maddede 5072 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinden önce kurulan vakıfların tüzük ve senetlerindeki kamu görevlilerinin unvanlarını kullanma hakları saklı tutulmuştur. Bu hususta bkz. **Y. 18. HD.**, E. 2005/5022, K. 2005/7041, T. 4.7.2005: “Vakıf Senedinin 9.maddesinde Yönetim Kurulunun Genel Kurul tarafından vakfın kendi üyeleri arasından iki yıl için gizli oyla seçilecek yedi kişi ile yönetim kurulunun tabii üyesi olan Akçaabat Kaymakamı ve Akçaabat Belediye Başkanı dahil dokuz kişiden oluşacağı öngörülmüş iken; bu maddede yapılan değişiklik ile tabii üye olarak belirlenen Akçaabat Kaymakamı ve Akçaabat Belediye Başkanının Yönetim Kurulundan çıkartılmak suretiyle senet değişikliğine gidildiği anlaşılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, vakıf hukukunda esas olan kuruluş iradesinin –yasaların buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla- korunması ve olduğu gibi sürdürülmesidir. Somut olayda; 5072 sayılı Yasanın 2.maddesinin (d) bendinin “kamu görevlileri görev unvanlarını kullanarak dernek ve vakıf organlarında görev alamaz” hükmünü içermesi nedeniyle Vakıf Senedinin yukarıda değinilen maddesinde kamu görevlilerinin görev unvanları kaldırılmak suretiyle

neminde öngörülmedikçe, bu hususta bir yönetim şekli değişikliğine gidilmesi (TMK m. 112/I), kanaatimizce mümkün değildir. Zira, çalışmamızda incelendiği üzere, yönetim şekline ilişkin değiştirilebilir nitelikteki hususların takdirinde kurucu iradeye öncelik tanınır.

II. VAKFIN YÖNETİM ŞEKLİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Mal topluluğu niteliğindeki vakıf tüzel kişiliğinde, kişi topluluğu niteliğindeki tüzel kişilerin aksine, vakfeden tarafından oluşturulan vakıf ana statüsünün vakfın kurulmasından sonra değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir³⁵. Nitekim Yargıtay'ın da belirttiği üzere, “*Vakfeden tarafından kuruluş senedinde belirlenen vakfın amaç ve örgütlenme biçimi, zorunluluk doğmadıkça kural olarak vakıf organlarınınca değiştirilip genişletilemez.*”³⁶. Ancak, bazı durumlarda vakfın amacının korunması ve kurucu iradeye uygun şekilde varlığını sürdürebilmesi için yönetim şekli değişikliği gerekebilir. Örneğin, zamanla vakıf yönetiminin yetersiz hale gelmesi, aşırı giderleri gerektirmesi veya organların vakfın faaliyetleri bakımından yeterli bilgi ve tecrübeden yoksun olmaları

*senet değişikliğine gidilmiş, mahkemece de bu değişiklik tescil edilmiş ise de; 21.9.2004 günü yürürlüğe giren 5234 sayılı Yasanın 24.maddesi ile 5072 sayılı Yasaya eklenen Geçici 2. Maddede 5072 Sayılı Yasanın yürürlük tarihinden önce kurulan vakıfların tüzük ve senetlerindeki kamu görevlilerinin unvanlarını kullanma hakları saklı tutulmuştur. Dava konusu vakıf, anılan yasanın yürürlük tarihinden önce kurulduğu cihetle, senedindeki kamu görevlilerinin unvanlarını kullanma hakkının saklı olduğunun kabulü gerekir. Bu bakımdan vakfın kuruluşu sırasında Yönetim Kurulunun oluşumunu düzenleyen senedin 9. maddesinde yer alması öngörülen kamu görevlilerinin tamamen senet metninden çıkarılması kurucu iradeye aykırı düşecektir. Oysa kurucu irade, Yönetim Kurulunun oluşumunda tabii üyeler yönünden kişiyi değil, unvanını esas almaktadır. 5072 Sayılı Yasaya 5234 Sayılı Yasayla eklenen geçici 2.madde hükmü de bu amaçla düzenlenmiş bulunmaktadır. Açıklanan tüm bu nedenlerle vakıf senedinin 9. maddesinde yer alan kamu görevlilerinin görev unvanlarının kaldırılması suretiyle yapılan değişikliklerin tesciline karar verilmesi, (...) yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince BOZULMASINA...”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 30.04.2020. Benzer bir karar için bkz. **Y. 18. HD.**, E. 2005/3276, K. 2005/4438, T. 2.5.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 01.05.2020.*

³⁵ **Öğüz**, s. 99. Ayrıca bkz. Ali Himmet **Berki**, *Vakıflar (Vakıf Müesseseleri İnsanların Düşünemedikleri Hukuki Müesseselerin En Hayırlısıdır)*, Aydınlik Basımevi, İstanbul 1946, s. 88-89.

³⁶ **Y. 18. HD.**, E. 2002/3669, K. 2002/6289, T. 3.6.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 24.02.2020.

söz konusu olabilir³⁷. İşte bu gibi haklı sebeplerin varlığı durumunda vakfın yönetim şeklinin değiştirilmesi ve hayatın değişen koşullarına uyarlanması gerekebilir (TMK m. 112/I). Bu gibi durumlar, denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yapacağı denetimler (TMK m. 111) sonucunda ya da TMK m. 114 gereğince kendisine gönderilen raporlar üzerine ortaya çıkabileceği gibi, bizzat vakıf organlarıncada tespit edilmiş olabilir³⁸. Bunun üzerine, organların değiştirilmesi, yetkilerinin daha başka şekilde düzenlenmesi veya bu organların tamamen kaldırılması ya da mevcut organlara ilaveten daha başka yeni organların kurulması yoluna gidilebilir (TMK m. 112/I)³⁹.

“Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi” olarak adlandırılan bu konunun, yeni vakıflarda olduğu gibi, eski vakıflarda da incelenmesi gerekir. Zira 5737 sayılı VK'nın 2. maddesine göre bu Kanun, yeni vakıfları kapsadığı gibi, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları olarak adlandırılan eski vakıfları da kapsamaktadır⁴⁰.

B. Eski Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi

1. Genel Olarak

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesi vakıfları; “mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıflar” şeklinde ifade eder. Buna göre eski vakıflar, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş; “mazbut”⁴¹, “mülhak”⁴², “cemaat”⁴³ ve “esnaf”⁴⁴ vakıflarıdır⁴⁵.

³⁷ Özsunay, s. 451. Benzer örnekler için bkz. Hasan Güneri, *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s. 188; İşeri, s. 192.

³⁸ İşeri, s. 192; Güneri, s. 188.

³⁹ İşeri, s. 192; Güneri, s. 188. Ancak vakıflarda amacın korunmasına hizmet etmeyen bir değişiklik yapılamaz. Başka bir deyişle, vakfın yönetiminde yapılacak değişiklik, vakfedenin iradesinin korunması için olmalıdır. Yoksa sadece toplumun menfaati bakımından bir değişikliğe gidilemez. Bkz. İşeri, s. 195.

⁴⁰ 5737 sayılı VK'da mazbut ve mülhak vakıflar ile cemaat vakıflarının, TMK'ya göre kurulan vakıflar ile aynı kanun kapsamında kısmen de olsa aynı esaslara göre düzenlenmesinin birçok aksaklığa yol açtığı yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Dural ve Ögüz, s. 344-345.

⁴¹ 5737 sayılı VK'nın 3. maddesindeki tanıma göre mazbut vakıflar, bu Kanun uyarınca Genel Müdürlüğe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı VK gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilen vakıfları ifade eder. Hangi tür vakıfların mazbut vakıflar kap-

Eski vakıflarla ilgili uyuşmazlıklara hangi mevzuatın uygulanacağı hususunda 4721 sayılı TMK ile aynı tarihte, yani 01 Ocak 2002 tarihinde, yürürlüğe giren 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un⁴⁶ “*Vakıflar*” kenar başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasına bakmak gerekir⁴⁷. Bu hükme göre; “*Türk Kanunu Medenîsinin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş bulunan vakıflar hakkında yürürlükte olan özel hükümler saklı kalmaya devam eder.*”. Şu anda yürürlükte olan özel hükümler ise 27.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı VK ile 27.09.2008’de yürürlüğe giren Vakıflar Yönetmeliği’dir⁴⁸. Bu sebeple eski vakıflarda yönetim şekli değişikliğinin nasıl gerçekleşeceği hususunda 5737 sayılı VK m. 14’e bakmak gerekir. Bu hüküm gereğince “*Vakıfların*⁴⁹, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mül-

samına gireceği hususu 2762 sayılı VK m. 1’de açıkça belirtilmişti. Buna göre; “*4 birinci teşrin 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan A - Bu kanundan önce zapt edilmiş bulunan vakıflar, B - Bu kanundan önce idaresi zapt edilmiş olan vakıflar, C - Mütevelliliği bir makama şart edilmiş olan vakıflar, D - Kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıflar, E - Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş vakıflar, Vakıflar Umum Müdürlüğüne idare olunur. Bunların hepsine birden (Mazbut vakıflar) denir.*”. Ayrıca 2762 sayılı VK m. 21 uyarınca “*Boş kalan mütevellilik, yenisine verilinceye kadar, vakıf işlerine Umum Müdürlük bakar. Müteveli olması lazım gelenlerden kimse sağ kalmamışsa o vakıf mazbut vakıflar arasına alınır.*” ve m. 36 uyarınca “*Müddeti içinde kısmen veya tamamen kütüğe kaydedilmeyen vakıflar mazbut vakıflar arasına alınır.*”.

⁴² 5737 sayılı VK’nın 3. maddesindeki tanıma göre mülhak vakıflar, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıfları ifade eder.

⁴³ 5737 sayılı VK’nın 3. maddesindeki tanıma göre cemaat vakfi, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı VK gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye’deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfları ifade eder.

⁴⁴ 5737 sayılı VK’nın 3. maddesindeki tanıma göre esnaf vakfi, 2762 sayılı VK’nın yürürlüğünden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıfları ifade eder.

⁴⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Şakir **Berki**, “Türkiye’de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri”, *Vakıflar Dergisi*, C. 9, S. 9, 1974, s. 1 vd.; **Korkusuz** ve **Ergün**, s. 85 vd.

⁴⁶ **RG.**, 08.12.2001, S. 246007.

⁴⁷ Ümit **Gezder**, “Eski Vakıflar ve Taviz Bedeli Sorunu”, *Medeniyet Law Review*, C. 2, S. 3, 2017, s. 6-7.

⁴⁸ Vakıflar Yönetmeliği için bkz. **RG.**, 27.09.2008, S. 27010.

⁴⁹ 5737 sayılı VK m. 14’ün başlangıcında “*vakıflar*” sözcüğünün kullanılmasına rağmen, madde içeriğinden, eski vakıfların kastedildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yeni vakıflarda TMK m. 112/İ hükmü uygulanacağından, 5737 sayılı VK m. 14 hükmünün sadece eski vakıflarda uygulama bulacağını kabul etmek gerekir. Aksi yönde bkz. **Ballar**, s. 940.

hak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir.”.

2. Eski Vakıflarda Yönetim Şekli Değişikliğinin Şartları

Eski vakıflarda yönetim şekli değişikliğini incelerken, 5737 sayılı VK m. 14 düzenlemesi ve uygulama çerçevesinde, bu değişikliğin esasa ve usule ilişkin şartlarını ve bu hususta verilen değişiklik kararının hüküm ve sonuçlarını ortaya koymak gerekir.

a. Esasa İlişkin Şartlar

5737 sayılı VK m. 14 gereğince Vakıflar Meclisi, eski vakfiyelerde yer alan ve yerine getirilmesi günümüz itibariyle fiilen veya hukuken imkânsız olan şartlarda, vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla değişiklik yapmaya yetkilidir. Dolayısıyla eski vakıflarda yönetim şekli değişikliğine karar verilebilmesi için iki şartın bir arada (kümülatif şekilde) bulunması gerekir. Esasa ilişkin olarak nitelendirdiğimiz bu şartlar; vakfiyedeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması ve değişikliğin vakfedenin iradesine aykırı olmamasıdır.

aa. Vakfiyedeki Şartların Yerine Getirilmesine Fiilen veya Hukuken İmkân Kalmaması

Eski vakıfların vakfiyelerinde yer alan bazı şartların yerine getirilmesi günümüz itibariyle fiilen veya hukuken imkânsız olabilir ve bu şartların değiştirilmesi gerekebilir.

aaa. Fiilen İmkân Kalmaması

Değişen dünya ve sosyal yaşam, eski vakıflarda vakfedenler tarafından konulan bazı şartların yerine getirilmesine fiilen imkân kalmaması sonucunu doğurabilir. Örneğin; mülhak vakıflardan, 1831 yılında Siirt’de kurulan, Hacı Hüseyin Ağa Vakfı’nın 1321 ve 1332 sayılı vakfiyelerinde yer alan ve gerçekleştirilmesine fiilen imkân kalmayan “*Fahriye Medresesi’ndeki 12 talebeye para verilmesi şartından 5 talebe şartıyla Kayseriye Medresesi müderrisliği şartının, Kayseriye Cami imam ve hatipliği şartıyla, geri kalan yedi talebe şartından yine beş talebe şartının ve Şeyh Cafer Cami müezzinliği şartının Kayse-*

riye Cami müezzinliği şartıyla ve yine geri kalan iki talebe Fahriye Medresesi ile bu medrese içindeki camii süpürmek ve ezan okumak için bir mücavire para verilmesi, Fahriye Medresesi yanındaki kabristanda fukaraya ve Cami Kebir'in şeyh odasında zakirlere ekmek dağıtılması şartlarının Kayseriye Cami'nin fer-raşlığı şartıyla, Kayseriye Cami'nde yer yıl bir Cuma gecesini zakirlere ekmek dağıtılması ve Kayseriye Cami'nde evladı tilâmız için Kur'an okutulması şartlarının Kayseriye Cami vâzii şartıyla, Fahriye Medresesi içindeki cami in imama 30 Ulbe⁵⁰ buğday ve tekyeye para verilmesi şartlarının mütevellilik şartıyla birleştirilmesi suretiyle" 2762 sayılı eski VK'nın 17. maddesi – yani 5737 sayılı yeni VK m. 14 – uyarınca değiştirilmesine ve vakıf kayıtları kütüğüne tescil edilmesine Vakıflar Meclisi tarafından 12.09.1945 tarihinde karar verilmiştir⁵¹. Diğer taraftan, yine aynı vakfiyede yer alan, "muhtelif camiler önüne konacak sebiller şartının" ise bu sebillerin günümüzde her yerde yapıldığı gerekçesiyle "muayyen zamanlarda parasız su dağıtılması" şartıyla değiştirilmesine karar verilmiştir.

Eski vakıfların vakfiyelerinde yer alan ve gerçekleştirilmesine fiilen imkân kalmayan şartların değiştirilmesine yönelik 25.08.2009 tarihli ve 487/406 sayılı bir Vakıflar Meclisi kararında ise, Bezm-i Alem Valide Sultan vakfiyesinde yer alan "rüştüye mektebi" şartı ile Fatih Sultan Mehmet vakfiyesinde yer alan "medrese" şartlarının değiştirilmesine ve – vakfedenin amacının eğitim olması sebebiyle geniş bir yorum yapılarak – "Her seviyede eğitim ve öğretim (İlköğretim, Kolej, Meslek Lisesi, Meslek Yüksekokulu, Yüksekokul, Fakülte, Üniversite, Enstitü) kurumu kurmak ve işletmek" olarak güncellenmesine karar verilmiştir⁵².

⁵⁰ "Ulbe", Arapça kutu manasında olup, aynı zamanda buğday ölçüsünü de ifade eder. Bkz. Ali Himmet **Berki**, *Vakıflar – İkinci Kitap (Medeni Kanunda "Te'sis" ve Vakıflar Kanunu Hükmüleri)*, Nur Matbaası, Ankara 1950, s. 85, dn. 1.

⁵¹ Mülhak vakıflarda yönetim şekli değişikliğine ilişkin bu ve buna benzer kararlar için bkz. **Berki**, *Vakıflar-II*, s. 83 vd. Ayrıca bkz. Hüseyin **Hatemi**, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt: I (Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar)*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979, s. 732, dn. 170.

⁵² Oya **Ercil**, "Vakıflarda Kurucu İradenin Korunması ve Sürdürülmesinin Uygulamada Yaratıldığı Sorunlar Konulu Panelin Notları (9 Aralık 2010 - VGM Konferans Salonu Ankara)", *TÜSEV Yayın No: 53 - TEHAV Panel No: 176 Vakıflar Mevzuatı Yayın No: 2*, s. 22-23. Bu değişiklik kararının yer aldığı bir AYM kararı için bkz. **Anayasa Mahkemesi**, T. 26.1.2012, E. 2010/57, K. 2012/14: "Bezm-i Âlem ve Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversiteleri'nin kurulmasına dair dava konusu kurullar yasalasmadan önce kurucu mazbut vakıflar yönünden yerine getirilmesi gereken idari prosedür tamamlanmıştır. Bu kapsamda mazbut vakıfların temsil ve idaresini vesayeten yürüten ve bu vakıflar adına irade açıklayabilecek tek organ olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün istemiyle kurumun en üst karar organı olan Vakıflar

bbb. Hukuken İmkân Kalmaması

Eski vakıfların vakfiyelerinde öngörülen bazı şartların yerine getirilmesine, fiilen imkân olsa bile, hukuken imkân kalmayabilir. Örneğin, vakfeden vakfa özgülediği para ile belli bir yerde hastane yapılmasını şart koşturmuş; ancak belirlediği yer günümüz hukukuna göre, 3194 sayılı İmar Kanunu⁵³ m. 11 gereğince, kamuya ait bir taşınmaz olup özel mülkiyete yasaklanmış olabilir⁵⁴. İşte bu gibi sebeplerle, 5737 sayılı yeni VK m. 14 gereğince, yerine getirilmesine hukuken imkân kalmayan vakfiye şartlarında değişikliğe gidilmesi mümkündür. Dolayısıyla Vakıflar Meclisi, verilen örnekteki hastanenin özel mülkiyete izin verilen benzer bir arsada inşa edilmesi yolunda bir değişiklik kararı vererek, vakfedenin arzusunu gerçekleştirebilir.

bb. Değişikliğin Vakfedenin İradesine Aykırı Olmaması

Eski vakıflarda yönetim şeklinin değiştirilebilmesi için vakfiyedeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması gerekmele birlikte bu değişikliğin vakfedenin iradesine aykırı olmaması da gerekir. Zira, AYM'nin 30.01.1969 tarihli bir kararında da zikredildiği üzere, “Eski hukukumuzda dahi vakıfların kaynağı yine vakfedenin iradesidir.”⁵⁵. Örneğin, yukarıda

Meclisi, kurucu mazbut vakıfların vakfiyelerinde yer alan eğitim ve hayır şartlarının 'Her seviyede eğitim ve öğretim (İlköğretim, Kolej, Meslek Lisesi, Meslek Yüksekokulu, Yüksekokul, Fakülte, Üniversite, Enstitü) kurumu kurmak ve işletmek' şeklinde değiştirilmesine, ardından da Bezî-i Âlem ve Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitelerinin kurulmasına karar vermiştir.”, RG., 26.06.2012, S. 28335.

⁵³ RG., 09.05.1985, S. 18749.

⁵⁴ Benzer bir örnek için bkz. **Berki**, *Vakıflar-II*, s. 83.

⁵⁵ Bkz. **Anayasa Mahkemesi**, 30.01.1969 T., 1967/47 E., 1969/9 sayılı Karar: “Eski hukukumuzda dahi vakıfların kaynağı yine vakfedenin iradesidir. (Ömer Nasuhi Bilmen *Hukuku İslâmîye ve İstilahatı Fıkhiye Kamusu - Cilt 4. Sayfa : 158, M. 29 ist. Matbaacılık T. A. O. - 1951*). Yukarıdaki açıklamalara göre eski vakfiyelerde ve bugünkü vakıf senetlerinde vakfedenlerin beliren istekleri, iradeleri, Anayasa'nın 40. maddesinde anlatılan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca Anayasal korumadan yararlanacaktır. Ancak burada bir sorunun karşılanması gerekmektedir. O da Medenî Yasanın kabulü üzerine, vakfedenlerin iradelerini artık göz önünde tutmamak gibi bir ilkenin benimsenerek eski vakıfların hukukî durumunda bir değişiklik yapılmış olup olmadığıdır. Bu sorunun karşılığı Medeni Yasanın uygulanmasına ilişkin yasanın hükümleri ile Vakıflar yasası hükümlerinde bulunmakta ve bu kurallar uyarınca eski Vakıfların vakfedenlerin iradelerine bağlı birer kuruluş olmaktan çıkmadığı, onların iradeye dayanan birer varlık olmaları niteliğinin değişikliğe uğramadığı görülmektedir. Gerçekten, Medenî Yasanın uygulama ve yürürlüğe girme biçiminin; gösteren 29/5/1926 günlü, 864 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca eski vakıflar için ayrı bir uygulama yasası konulması öngörülmüş ve bu yasa 2762 sayılı ve 5/6/1935 tarihli Vakıflar Kanunu adı altında konulmuştur. Bu Vakıflar Yasasında benimsenen, Vakfa ait kurumların amaçlarına göre yaşatı-

incelenen, Siirt Hacı Hüseyin Ağa Vakfı'nın vakfiyelerinde yer alan ve gerçekleştirilmesine fiilen imkân kalmayan “*Fahriye Medresesi'ndeki 12 talebeye para verilmesi şartı*” günümüzde faal olan “*Kayseri Ulu Cami Kur'an Kursu'nda eğitim gören 12 öğrenciye para verilmesi*” şeklinde değiştirilebilirse de bu şartta yer alan öğrenci sayısı değiştirilemez. Zira bu durum vakfedenin iradesine açık bir aykırılık teşkil eder.

b. Usule İlişkin Şartlar

aa. Değişiklik Teklifini Yapacak Organ veya Makam

Eski vakıflarda yönetim şekli değişikliği teklifini yapacak organ veya makam, mahiyetleri itibariyle, 5737 sayılı VK m. 14'de mazbut vakıflar için ayrı, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları içinse ayrı tayin edilmiştir.

aaa. Mazbut Vakıflarda

5737 sayılı VK m. 14 gereğince mazbut vakıflarda yönetim şekli değişikliği teklifini yapacak makam, Vakıflar Genel Müdürlüğü'dür⁵⁶. Zira 5737 sayılı VK m. 6/I'de belirtildiği üzere mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilir ve temsil edilir⁵⁷. Nitekim 5737 sayılı VK m. 7/II gere-

lacağı kuralı (Madde :4, Fıkra 1, bent C), amaca göre kullanılmaları yasaya yada kamu düzenine uygun bulunmayan veyahut işe yaramaz duruma giren hayratın olabildiğince amaç bakımından aynı olan başka bir iyilik işine ayrılacağı kuralı (Madde 10), yerlerine ve sağladıkları yarara göre elde tutulmaları gerekli görülmeyen vakıf, akar ve toprakların satışlarından elde edilecek para ile alınacak veya yeniden yaptırılacak taşınmaz malların eski vakıfların adını alacağı ve tapuya bu ad ile tescil ettirileceği kuralı (Madde 14), geliri yönetilmesine yetmeyen hayratın yaşatılmasına karar verildiğinde sönmüş veya hayır işlerinin yerine getirilmesi olanaksız kalmış vakıfların gelirlerinden veya şartları elverişli bulunan ve yaşayan vakıfların gelirlerinden ayrılacak paralarla o hayratın yaşatılacağı kuralı (Madde 16), vazife ve şartları şartların değiştirilebileceği kuralı (Madde 17) gibi kurallarla ilgililerin vakfiyeye dayanan haklarının saklı tutulduğu kuralı (Madde 39, Fıkra 2), Medenî Yasadan sonra dahi eski vakıflarda vakfedenin iradesinin yürürlükte olduğu ilkesinin benimsendiği açıkça göstermektedir.”, RG., 24.12.1969, S. 13382.

⁵⁶ 5737 sayılı VK m. 35 vd. gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen birçok hüküm, 703 sayılı KHK'nın 102. maddesiyle, 02.07.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. RG., 09.07.2018, S. 30473. Bu hususta oluşan kanun boşluğunu doldurmak amacıyla, 15.07.2018 tarihinde, “*Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*” m. 691 vd. hükümleri yürürlüğe konulmuştur. Bkz. RG., 15.07.2018, S. 30479.

⁵⁷ **Y. 8. HD.**, E. 2013/5184, K. 2014/4292, T. 14.3.2014: “*TMK'nun yürürlüğe girmesinden önce kurulan ve mazbut vakıf niteliğinde bulunan S.. B.. Vakfı yönünden 2762 sayılı Eski Vakıflar Kanunu'nun 40 ve 5737 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu'nun 76.maddesi gereğince ilgili*

ğince “Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, bu Kanuna göre mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılamaz”. Yani mazbut vakıfların günümüzde yöneticileri yoktur. Bundan dolayı bu vakıfları günümüzde Vakıflar Genel Müdürlüğü temsil etmektedir. Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün görevi, en genel ifadeyle, mazbut vakıfların vakfiyelerinde belirtilen hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetleri yerine getirmektir. Dolayısıyla 5737 sayılı VK m. 14 gereğince Vakıflar Meclisi, mazbut vakıflarda Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün teklifi olmadan yönetim şekli değişikliğine karar veremez.

bbb. Mülhak, Cemaat ve Esnaf Vakıflarında

5737 sayılı VK m. 14 gereğince mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında yönetim şekli değişikliği teklifini yapacak olanlar, vakıf yöneticileridir. 5737 sayılı VK’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesine göre vakıf yöneticileri; “Mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıflarda; vakfiye, 1936 Beyanname, vakıf senedi, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ve bu Kanuna göre vakfi yönetmeye ve temsile yetkili kişi veya yetkili organlarda görev alan kişileri” ifade eder⁵⁸. Nitekim 5737 sayılı VK m. 6’ya göre “Mülhak vakıflar, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yöneticiler eliyle yönetilir ve temsil edilir. Vakıf yöneticileri kendilerine yardımcı tayin edebilirler. Mülhak vakıf yöneticilerinde aranacak şartlar ile yardımcıların nitelikleri yönetmelikle düzenlenir. Vakfiyedeki şartları taşımamaları nedeniyle kendilerine yöneticilik verilemeyenler bu şartları elde edinceye, küçükler ile kısıtlılar fiil ehliyetlerini kazanıncaya ve boş kalan

nedeniyle davanın öncelikle Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne yöneltilmesi, davaya katıldıkları takdirde delillerini sunmaları konusunda süre ve imkân tanınması, ondan sonra davanın yürütülmesi gerekmektedir. Çünkü, 4721 sayılı TMK’nun 111 ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 33. maddesi gereğince; Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün tüm vakıflar üzerinde gözetim ve denetim hakkı vardır. Bu bakımdan öncelikle taraf teşkilinin sağlanması zorunludur. Mahkemece taraf teşkili sağlandıktan sonra davanın yürütülmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabul kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 27.04.2020.

⁵⁸ 5737 sayılı VK m. 9’da vakıf yöneticisi olamayacaklar tanımlanmış olup, bu suçların birinden mahkûm olanlar vakıf yöneticisi olamaz, seçildikten sonra bu suçlardan mahkûm olanların ise yöneticiliği sona erer. Ayrıca, 5737 sayılı VK m. 10/I gereğince vakıf yöneticileri, vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymak zorundadır. Uymayan vakıf yöneticileri hakkında, Denetim Makamı’na getirilen, görevden alınması teklifi, Vakıflar Meclisi’nce görüşülerek, alınan karara göre mahkemeye başvurulur (5737 sayılı VK m. 10/II). Mahkeme kararı ile görevinden alınan vakıf yöneticileri Meclis üyesi olamaz (5737 sayılı VK m. 10/III).

yöneticilik yenisine verilinceye kadar, vakıf işleri Genel Müdürlükçe temsilen yürütülür (f. 1). Cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçilir. Vakıf yöneticilerinin seçim usûl ve esasları yönetmelikle düzenlenir (f. 2). Esnaf vakıfları, mülhak vakıfların tabi olduğu hükümlere tabidir. Bu vakıflar, esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilir (f. 3).”. Dolayısıyla mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında genel anlamda “vakfiye”ye⁵⁹ veya cemaat vakıflarında “1936 Beyannamesi”ne⁶⁰ göre vakfı yönetmeye ve temsile yetkili kişi veya yetkili organlarda görev alan kişiler, yönetim şekli değişikliği hususunda Vakıflar Meclisi’ne teklif götürebilir.

bb. Değişiklik Kararı Vermeye Yetkili Makam veya Organ

5737 sayılı VK m. 14 gereğince eski vakıfların vakfiyelerindeki şartların değiştirilmesine karar verme yetkisi, Meclis’e aittir. Bu hükümde belirtilen Meclis, Vakıflar Meclisi olup, “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” m. 698/I gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün en üst seviyedeki karar organıdır⁶¹.

3. Değişiklik Kararının Hüküm ve Sonuçları

5737 sayılı VK m. 14 hükmünde aranan ve yukarıda incelenen şartların gerçekleşmesi sonucunda Vakıflar Meclisi, yerine getirilmesine fiilen veya hukukî imkân kalmayan ve vakfedenin iradesine de aykırı olmayan vakıf şartlarının değiştirilmesine karar verir. Bu şartlardan bazıları hususunda ise, 5737 sayılı VK m. 14’e istinaden değiştirilmesine gerek olmadığına, ancak gerçekleştirilme şekillerinin günümüze uyumlu hale getirilmesine karar verilmektedir. Örneğin, Vakıflar Meclisi, yukarıda incelenen Hacı Hüseyin Ağa Vakfı’nın vakfiyesinde yer alan “Ramazan’da Kayseriye Cami’nde fukaraya para ve yine

⁵⁹ 5737 sayılı VK’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesine göre Vakfiye; “Mazbut, mülhak ve cemaat vakıflarının malvarlığını, vakıf şartlarını ve vakfedenin isteklerini içeren belgeleri” ifade eder.

⁶⁰ 5737 sayılı VK’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesine göre 1936 Beyannamesi; “Cemaat vakıflarınının 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince verdikleri beyannameyi” ifade eder.

⁶¹ 5737 sayılı VK’nın 41 vd. maddelerinde düzenlenen Vakıflar Meclisi’ne ilişkin hükümlerden birçoğu, 703 sayılı KHK’nın 102. maddesiyle, 02.07.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. **RG.**, 09.07.2018, S. 30473. Dolayısıyla bu hususta oluşan kanun boşluğunu doldurmak amacıyla, 15.07.2018 tarihinde, “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” m. 698 vd. hükümleri yürürlüğe konulmuştur. Bkz. **RG.**, 15.07.2018, S. 30479.

Ramazan'da Cami Kebir'de ve Şeyh Cafer Cami'nde fukaraya ekmek dağıtılması” şartlarının gerçekleştirilmesinin fiilen imkânsız olmadığı gerekçesiyle değiştirilmesine gerek olmadığına, ancak gerçekleştirilme şekillerinin günümüz şartlarına göre Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından tespit olunmasının uygun olduğuna karar vermiştir.

Vakıflar Meclisi'nin 5737 sayılı VK m. 14 gereğince verdiği değişiklik kararlarının Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından tutulan merkezî sicile tescil edileceğini ve bu andan itibaren uygulanacağını söylemek mümkündür. Ayrıca, Vakıflar Meclisi'nin verdiği bu kararların birer “*idari işlem*” mahiyetinde olduğunu ve Vakıflar Genel Müdürlüğü aleyhine idari yargıda açılacak bir iptal davasına konu olabileceğini de eklemek gerekir.

C. Yeni Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi

1. Genel Olarak

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun tanımlar başlıklı 3. maddesine göre “*yeni vakıflar*”⁶², mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflardır. 5737 sayılı VK'nın 5. maddesine göre yeni vakıflar, TMK hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterir. Yeni vakıflarda yönetim şeklinin değiştirilmesi TMK m. 112/I'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre “*Haklı sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir.*”. Bu hüküm gereğince yeni vakıflarda yönetim şeklinin değiştirilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: Değişikliğin vakfın örgütüne, yönetimine veya işleyişine ilişkin olması; haklı bir sebebin varlığı; değişiklik için mahkemeden talepte bulunulması ve yönetim organının veya denetim makamının görüşünün alınması.

Vakfeden, vakıf senedine koyacağı hükümlerle, TMK m. 112/I'de öngörülen bu şartları tamamen bertaraf edemez; ancak ikinci plana itmiş olabilir⁶³.

⁶² Öğretide de belirtildiği üzere bu terim “*sadece, eski hukukumuzdan gelen mazbut ve mülhak vakıflar ile tüzel kişiliğini Lozan Anlaşmasından alan cemaat (azınlık) vakıflarını, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar ile aynı kanun kapsamında düzenleme gayretinde olan kanun koyucunun zorunlu olarak başvurduğu bir terimdir.*”. Dolayısıyla isabeti tartışılır. Bkz. **Dural** ve **Öğüz**, s. 343, dn. 414.

⁶³ **İşeri**, s. 194. Aynı yönde bkz. **Güneri**, s. 189.

Yani, vakıf senedinde, yönetim şeklinin değiştirilmesi hususunda takip edilecek yol belirtilmiş veya muhtemel değişiklikler dikkate alınarak ikincil (tali) bir yönetim şekli öngörülmüş olabilir. Örneğin, yönetim şekli değişikliği hususunda karar almaya yetkili organ vakıf senedinde belirlenmiş olabilir; bu takdirde mahkemeye düşen iş, vakıf senedindeki bu hükümlerin yerine getirilmesini temin etmekten ibarettir⁶⁴. Ancak, vakfeden tarafından bu husustaki mahkeme şartını veya yönetim organının başvuru şartını kaldıran bir hüküm vakıf senedine konulamaz (TMK m. 112/I)⁶⁵.

2. Yeni Vakıflarda Yönetim Şekli Değişikliğinin Şartları

a. Değişikliğin Vakfın Örgütüne, Yönetimine veya İşleyişine İlişkin Olması

“Yönetimin değiştirilmesi” başlıklı TMK m. 112 hükmü hem vakfın yönetim şeklinin hem de yöneticilerinin değiştirilmesini kapsamaktadır⁶⁶. Ancak TMK m. 112 hükmünün çalışmamızı ilgilendiren asıl kısmı, birinci fıkrasında düzenlenen, örgütün, yönetimin veya işleyişin değiştirilmesi; yani yönetim şeklinin değiştirilmesidir. Bundan, çalışmamızın birinci bölümünde bahse-

⁶⁴ **Y. 18. HD.**, E. 2015/16987, K. 2015/15206, T. 26.10.2015: “Davacı vakfa ait vakıf senedinin 13. maddesinde; vakıf senedinin değiştirilmesi için yönetim kurulunun teklif hazırlayıp genel kurula sunacağı, 11. maddesinde de; vakıf senedi değişikliklerini yapmanın genel kurulun görevleri arasında bulunduğu hükme bağlanmıştır. Somut olayda mahkemece yapılan yargılama sonunda, Burhaniye 2. Noterliğinde düzenlenen 25.09.2013 gün ve 7469 yevmiye numaralı değişiklik senedinin tesciline karar verilmiş ise de, davacı vakfa ait vakıf senedinin 11. ve 13. maddelerinde yer alan vakıf senedinin değiştirilmesine ilişkin usule uyulmadığı, değişiklik için yönetim kurulunun teklifi, bu teklifin genel kurul tarafından kabulünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, vakıf senedinde öngörülen şekilde vakıf yetkili organları tarafından mahkemece tesciline karar verilen değişiklik hakkında yöntemince karar alınmadan doğrudan noterde hazırlanan değişiklik senedinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 29.04.2020.

⁶⁵ Eğer senede böyle bir hüküm konulmuşsa vakfın tescili sırasında mahkemenin öncelikle bu hükmün değiştirilmesini şart koşması gerekir (TMK m. 107/II). Bkz. **İkizler**, s. 185. Zira, “... vakıf hukukunda esas olan kuruluş iradesinin – yasaların buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla – korunması ve olduğu gibi sürdürülmesidir.”. Bkz. **Y. 18. HD.**, E. 2005/5022, K. 2005/7041, T. 4.7.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 30.04.2020.

⁶⁶ İkizler’e göre TMK m. 112 düzenlemesi, vakıf yönetiminde değişikliğe göre kapsamı çok daha geniş olarak yorumlanabilecek bir hükümdür ve “vakfın işleyişinde değişiklik yapılabilmesi” olarak anlaşılması gerekir. Yazara göre vakfın işleyişindeki değişikliklerden, vakıf organlarının işleyişine ilişkin kurallardaki değişiklikler anlaşılabilir gibi, vakfın etkinliklerini düzenleyen tüm kurallardaki değişiklikler de anlaşılabilir. Özellikle hükmün kapsamı bu ikincisi gibi anlaşılırsa alanı çok genişlemiş, hemen hemen vakıf senedi ile ilgili – m. 113’ün kapsamına girmeyen – her değişikliği kapsar hâle getirilmiş olur. Bkz. **İkizler**, s. 182.

dildiği üzere, vakıf organlarının işleyişine ilişkin kurallardaki değişiklikler anlaşılabilir gibi; vakfın etkinliklerini düzenleyen tüm kurallardaki değişiklikler de anlaşılmalıdır⁶⁷. Dolayısıyla hem zorunlu organ olan yönetim organının hem de vakfedenin vakıf senedinde öngördüğü seçimlik organların değiştirilmesi bu kapsamda değerlendirilmelidir. Keza vakıf örgütünü oluşturan organların bölünmesi ya da birleştirilmesi de bu değişiklik kapsamında mümkündür⁶⁸. Örneğin, lösemi hastalığı bulunan çocuklara yardımda bulunan ve birçok ihtiyacı karşılayan bir vakıfta bu çocukları belirleme ve destek miktarına karar verme ile görevli bir “*yararlananları tespit kurulu*” varsa haklı sebeplerle bu organın ikiye bölünmesine ve böylece yeniden yapılanmasına karar verilebilir⁶⁹. Keza bu yolla seçimlik organların ortadan kaldırılması da mümkündür. Ancak zorunlu organ olan yönetim organı bu yolla ortadan kaldırılamaz (TMK m. 109).

b. Haklı Bir Sebebin Varlığı

Türk Medenî Kanunu m. 112/I gereğince mahkeme, vakfın örgütü, yönetimi veya işleyişiyle alakalı haklı bir sebep varsa değişikliğin tescili talebini kabul eder. Vakfın yönetim şeklinin değiştirilmesi sonucunu doğuran bu haklı sebep, öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır: Vakfın örgütü, yönetimi veya işleyişi hususunda vakfa yarardan çok zarar getiren ve her şeye rağmen uyulması

⁶⁷ Bu hususta bkz. **Y. 18. HD.**, E. 2013/16910, K. 2014/3647, T. 3.3.2014: “*Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; Al-i A. İlim Eğitim Araştırma, Kültür ve Sosyal Yardımlaşma Dayanışma Vakfı adına K. 2. Noterliğinde 04.06.2012 tarihli vakıf senedi düzenlendiği, vakfın amaçları arasında her düzeyde eğitim ve öğretim kurumları (üniversite vb.) açmanın da yer aldığı, vakfın amacının gerçekleştirilmesi için 50.000 TL'nin vakıf adına bankaya bloke edildiği, yargılama sırasında V. M.'nin 07.12.2012 tarihli yazıları ile vakıf senedinde bazı düzeltmelerin yapılması yönünde görüş bildirilmesi üzerine, istem doğrultusunda K. 2. Noterliğinde 06.03.2013 tarihinde vakıf senedinde değişiklik yapılmasına ilişkin tadil senedi düzenlendiği, yapılan değişiklik ile vakıf senedinin 14. maddesinde yer alan vakıf yönetim kurulunun nasıl oluşacağına ilişkin hükmün ortadan kaldırıldığı ve yerine yeni bir hüküm konulmadığı, bu haliyle vakfın organları yönünden uygulamada karışıklık ve duraksamaya neden olacak şekilde vakfın tesciline karar verildiği, vakfa öngülenen paranın vakıf senedinin 3. ve 4. maddelerinde düzenlenen vakfın amaç ve faaliyetlerini gerçekleştirecek düzeyde olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece somut olayda yapılacak iş; V. M.'nin itirazları da dikkate alınarak vakfın amacı, organları, işleyişi ve mal varlığı hakkında çelişki oluşturmayacak şekilde noterden yeni ve tam bir metin hazırlanması için davacı tarafa uygun sürenin verilip, bu noter senedinin aslı da dosya içine getirilip öngülenen malvarlığının vakfın amaçlarına yeterli olup olmayacağı açısından gerekli denetimin de yapılmasından sonra oluşacak sonuçta göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 16.05.2020.

⁶⁸ **İkizler**, s. 181-182.

⁶⁹ Benzer bir örnek için bkz. **İkizler**, s. 181.

hususunda vakfedenin arzusuna dayanmayan sebep, değişiklik için haklı bir sebeptir⁷⁰. Bu sebebin, vakıf işlemlerini yavaşlatan, bu işlemlerdeki verimliliği düşüren, vakıf yöneticilerini zorlayan ve vakfedenin bu yavaşlamayı, verimsizliği ve yönetimdeki zorlanmayı öngörmesine rağmen yine de uyulmasını istediği kuralların dışında kalan bir sebep olması gerekir. Öğretide de belirtildiği üzere, vakfedenin olmazsa olmaz görmediği, bu güçlüğü öngörmeden (bilinçsiz bir şekilde) getirdiği ve aslında işlevselliği amaçladığı ancak değişen piyasa koşulları veya mevzuat gereği sonradan işlevselliğini yitiren kurallar değiştirilebilir niteliktedir⁷¹.

Vakfedenin muhtemel güçlükleri öngörmesine rağmen vakıf senedinde bilinçli bir irade ortaya koyması durumunda ise değişiklik talebinin daha katı olarak yorumlanması gerekir. Örneğin, vakfeden vakıf senedinde belirli bir toplantı ve karar nisabı öngörmüş olabilir. Bu durumda sırf vakıf organlarının işleyişi sekteye uğruyor diye değişikliğe gidilmesinin vakıflar hukukunun özülüyle bağdaşmayacağını kabul etmek gerekir⁷². Nitekim, Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere, vakıf senedinde öngörülen vakfın örgütlenme biçimi zorunluluk bulunmadıkça kural olarak değiştirilemez⁷³. Bu anlamda, öğretide savunulduğu üzere, vakıf senedinde öngörülen yönetim organı üye sayısı çokluğunun bir yandan bu kişilere ödenen ücret açısından vakıf için fazla masrafa, diğer yandan yönetim organının toplanma ve karar alma açısından yeterli çoğunluğu sağlamamasına sebep olması gibi bir durumda, vakfın işlev görmesi ciddi anlamda zorlaşacağından, değişikliğe gidilebilmesi mümkündür⁷⁴. Keza mütevazı bir

⁷⁰ İkizler, s. 183-184.

⁷¹ İkizler, s. 184.

⁷² Zira vakıflar hukukunda esas olan, önceden de belirtildiği üzere, vakfedenin iradesidir. Bkz. **Y. 18. HD.**, E. 2004/8309, K. 2004/10091, T. 27.12.2004: “*Vakıf hukukunda esas olan vakfın kuruluş senedine yansıyan kurucu iradenin -yasaların buyurucu hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla- olduğu gibi korunması ve sürdürülmesidir.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 25.02.2020.

⁷³ **Y. 8. HD.**, E. 2019/360, K. 2019/1949, T. 26.2.2019: “*Vakfeden tarafından kuruluş senedinde belirlenen vakfın örgütlenme biçimi, zorunluluk bulunmadıkça kural olarak vakıf organlarıncı değiştirilip genişletilemez.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 24.02.2020.

⁷⁴ Doğan, s. 265; Ögüz, s. 101; İşeri, s. 192. Öğretide İkizler'in savunduğu üzere, vakfedenin olmazsa olmaz gördüğü vakıf kuralları açısından – doğurduğu güçlük açık olmasına rağmen – mevcut hükümlerle vakfın devamlılığı sağlanabiliyorsa değişiklik talebinin reddedilmesi gerekir. Yazarın isabetli olarak belirttiği üzere, vakfın sürekliliği açısından kesin bir ihtiyaç (dolayısıyla haklı bir sebep) hasıl olmadıkça vakfedenin olmazsa olmaz gördüğü kurallarda değişikliğe gidilememesi gerekir. Örneğin, ancak, vakıf senedinde yönetim kurulu üyelerinin M üniversitesi mezunları arasından seçilmesinin öngörüldüğü fakat bu üniversitenin mezun

hisse senedi tahsisi ile kurulan bir vakfın, hisse senetlerinin değer kazanmasıyla büyümüş olması ve yönetim organının faaliyetlerin üstesinden gelmekte artık ciddi anlamda zorlanması da değişiklik için haklı bir sebeptir⁷⁵. Ancak bu değişiklik taleplerinde haklı sebeplerin açıkça ortaya konulup tartışılması gerekir. Nitekim Yargıtay, bu hususta oldukça yeni olan bir kararında, yönetim kurulu oluşum şeklinin değiştirilebilmesi için haklı sebebin varlığının ortaya konulup tartışılmadığı gerekçesiyle değişikliklerin tescili talebini reddetmiştir⁷⁶.

Yargıtay kararlarında isabetle belirtildiği üzere, vakfı kurmak ve üst üste üç defa vakıf organlarında görev almak suretiyle vakfa hizmeti geçenlere tanınan genel kurula tabii üye olarak doğrudan katılma haklarının ellerinden alınmasına⁷⁷; vakfın kurulmasından sonra vakıf senedinde değişiklik yapılarak vakıf kurucusu olan kişilerin sayısının artırılmasına⁷⁸; vakfın yönetim kurulu üye sayısının belirsizliğe yol açacak bir şekilde artırılmasına⁷⁹; vakfın müteveli

veremediği gibi bir durumda vakıf senedine konulan bu hükümler değiştirilebilecektir. Bkz. **İkizler**, s. 185.

⁷⁵ **Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir**, s. 437.

⁷⁶ **Y. 8. HD.**, E. 2019/360, K. 2019/1949, T. 26.2.2019: "... 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 112.maddesi gereği vakfın yönetim şeklinin değiştirilmesi için haklı sebepler varsa, mahkemece vakfın yönetim şekli değiştirilebilir. Bunun için vakfın yönetim organı veya denetim makamının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünün alınması zorunlu olup, vakıf senedinin 17.maddesinde düzenlenen yönetim kurulu oluşum şeklinin değiştirilmesi için haklı sebebin varlığı ortaya konulup tartışılmadığı gibi bu konuda denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşü alınması gerektiğinin düşünülmemesi, Doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerektiği anlaşıldığından düzelterek onama kararının kaldırılarak hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 24.02.2020.

⁷⁷ **Y. 18. HD.**, E. 2005/6919, K. 2005/7998, T. 19.9.2005: "Dava dilekçesinde vakıf senedinde yapılan değişikliğin tescili istenilmiştir. Vakıf hukukunda esas olan kuruluş iradesinin yasaların buyurucu hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla korunması ve olduğu gibi sürdürülmesidir. Senedin istem gibi değiştirilmesi halinde, vakfı kurmak ve üst üste üç defa vakıf organlarında görev almak suretiyle vakfa hizmeti geçenlere tanınan genel kurula tabii üye olarak doğrudan katılma hakları ellerinden alınacak, bu durum da kurucu iradeye aykırı olacaktır.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 28.02.2020.

⁷⁸ **Y. 18. HD.**, E. 2003/8674, K. 2003/9253, T. 1.12.2003: "Vakıf kurulduktan ve tüzel kişilik kazandıktan sonra artık vakfeden veya kurucuların iradeleri değil, tüzel kişilik olan vakfın iradesi söz konusudur. Somut olayda tescili istenilen vakıf senedinin değişikliği ile 10. maddesinde, kurucu üye sayısının üst sınırının 15'den 30'a çıkarılması biçiminde yeni hüküm getirilmesi doğru değildir. Kurulduktan sonra vakfeden veya kuruculardan ayrı olarak tüzel kişilik kazanmış olan vakfa vakfeden veya kurucu olarak kabul etmek, açıklanan Türk Medeni Kanununun bu hükümleri ve vakfın konumu ile de bağdaştırılamaz.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 28.02.2020.

⁷⁹ **Y. 18. HD.**, E. 2003/4502, K. 2003/8734, T. 10.11.2003: "... 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 109. maddesi (eski Türk Medeni Kanununun Madde 77) hükmü uyarınca vakfın bir yönetim organının bulunması zorunlu olup; aslolan bu organın vakfı kuranların iradelerine

heyet üyelerinin mazeretsiz olarak üst üste olağan ve olağanüstü iki toplantıya katılmaması ve temsilci de bulundurmaması halinde kendilerinin seçtiği yönetim kurulunca üyeliklerinin sona erdirilmesine⁸⁰; vakfın mütevelli heyet ilk toplantısı için aranan salt çoğunluğun sağlanamaması halinde çoğunluk koşulu aranmadan ikinci toplantının aynı gün bir saat sonra yapılmasına⁸¹ ilişkin değişiklik talepleri TMK m. 112/I gereğince haklı sebep teşkil etmez.

743 sayılı eski Medeni Kanun zamanında ise vakfın yönetim şekli değişikliği için “kesin ihtiyaç” şartı aranıyordu (eMK m. 79/I)⁸². Ancak 4721 sayılı

uygun olarak vakıf senedinde yer alması ve uygulanmasıdır. Davacı vakfın kuruluş senedinin 14. maddesinde yönetim organının (yönetim kurulunun) mütevelli kurulu başkanı, genel sekreter ve mütevelli kurulunca seçilmiş bir üye olmak üzere üç kişiden oluşacağı hükme bağlanmıştır. Vakıf senedinde öngörülen bu üç kişilik kurulun vakfın yönetimi ve gayesine uygun faaliyetlerde bulunabilmesi için yeterli görülmemesi nedeniyle üye sayısının artırılmasında yasal sakınca yok ise de istikrarın sağlanması bakımından bu sayının sabit tutulması, değişiklik arz etmemesi gerekir. Şu hâlde senedin 14 maddesinde "yönetim kurulu en az üç en çok beş kişiden oluşur" biçimindeki değişikliğin uygulamada belirsizliğe, kargaşa ve kararsızlığa yol açacağı, gözetilmeden tesciline hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 28.02.2020.

⁸⁰ **Y. 18. HD.**, E. 2002/793, K. 2002/3691, T. 8.4.2002: “... Dosyada bulunan davacıya ait vakıf senedinin 12.maddesine eklenmek istenilen fıkra da, mütevelli heyet üyelerinin mazeretsiz olarak üst üste olağan ve olağanüstü iki toplantıya katılmaması veya noterden düzenlenmiş vekaletname ile vekil tayin etmemesi halinde, yönetim kurulunca alınacak karar sonucu bu üyeliklerinin sona ereceği öngörülmekte ise de; vakfın asli ve en yüksek karar organı niteliğinde olan, yönetim kurulunu seçen, denetleyen mütevelli heyet üyelerinin, kendisinin seçtiği kurulun kararıyla bu üyeliklerinin sona erdirilmesi şeklindeki senet değişikliği de, bu iki kurulun statü ve fonksiyonlarıyla bağdaşmayacağından doğru değildir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 28.02.2020.

⁸¹ **Y. HGK.**, E. 2001/18-1163, K. 2001/1172, T. 26.12.2001: “... özellikle Dernekler Yasası'ndaki kuralların yasaya konuluş nedenleri, benzeri nitelikteki vakıfların, (mütevelli heyeti, kurucular kurulu, genel kurul, kongre gibi değişik isimler altında anılan) üst düzeydeki karar organlarının toplantıları için de aynen geçerlidir ve gereklidir. Bu bakımdan ilgili yasalarda ve tüzükte yer almamakla birlikte vakıfların senetlerine, genel kurulun ilk toplantısında çoğunluğun sağlanamaması durumunda ikinci toplantının en az bir hafta sonra yapılmasını öngören bir kuralın konulması yerinde olacaktır. Uygulamada, ilk toplantının başlamasının veya çoğunluğun sağlanamaması nedenine dayalı olarak ertelenmesinin, çoğu kez, imza karşılığı yoklama yapılması, çoğunluğun sağlanabileceği olasılığına dayalı bekleme gibi nedenlerle bir saate varan gecikmeler ile gerçekleşebildiği dikkate alındığında da, ikinci toplantının bir saat sonra yapılmasının bir anlamının olmadığı ortadadır. Yerel mahkemece direnme kararına dayanak alınan bazı vakıf resmi senetlerinde, ikinci toplantının aynı gün bir saat sonra yapılacağı yolunda hükümlerin var olması da, bu kuralın yanlışlığını ortadan kaldırmaz. Hangi nedenle olursa olsun söz konusu vakıf senetlerindeki bu düzenlemeler emsal alınarak yanlış sürdürülemez. ‘Kötü örnek, emsal olamaz.’ (...)", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 28.02.2020.

⁸² Örneğin Yargıtay, 1981 yılında verdiği bir kararında, vakıf çalışmalarının genişlemesi ile vakıf yönetim kurulu emrinde bir Genel Müdürlük ile buna bağlı olarak hukuk müşavirliği, sağlık, burslar, eğitim, basın, gelirler, muhasebe, inşaat müdürlüğü kurulması yönündeki de-

TMK’da bu ibare değiştirilmiş ve “*haklı sebeplerin*” varlığı, vakfın yönetim şekli değişikliği için yeterli kabul edilmiştir (TMK m. 112/I). Böylece hükmün uygulama alanı genişletilmiş ve hükme işlerlik kazandırılmıştır. Zira “*kesin ihtiyaç*” kavramı, vakfın mal varlığını muhafaza etmek veya gayesini devam ettirmek için olmazsa olmaz bir niteliğe vurgu yaparken, “*haklı sebep*” ise bu derece sıkı bir anlamı ihtiva etmemektedir. Örneğin, vakıf senedinde öngörülen yönetim şeklinin değişmemesi halinde vakıf mallarının değerinin düşeceği bir durumda değişiklik için kesin ihtiyaç tam olarak söz konusu olmasa da haklı bir sebepten söz etmek mümkündür⁸³.

4721 sayılı TMK’nın yürürlüğünden sonra verilen bazı Yargıtay kararlarına bakıldığında ise değişiklik hususunda kesin ihtiyaç ve haklı sebep şartlarının birlikte arandığı görülmektedir⁸⁴. Bu kararlarında Yargıtay, hatalı olarak,

ğişikliğin tescilini talebini “*yapılan değişiklik zaruri bir ihtiyaç niteliğinde olmayıp, vakfın idamesini tehlikeye düşürecek ve masraf gerektirecek nitelikte bulunmaktadır*” diyerek reddetmiştir. Bkz. **Y. 6. HD.**, E. 1981/10985, K. 1981/16844, T. 7.12.1981, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 24.02.2020.

⁸³ **Avcı**, s. 60. İslam hukukunda da vakıf hakkında daha yararlı olan veya zaruret tahakkuk eden bazı hususlarda, mütevellinin hâkimin takdir ve kararı ile vâkıfın şartlarına muhalefet etmesi mümkündür. Örneğin, “*vâkıf, geliriyle intifâ’ olunmak üzere vakfettiği ayn’ın üç sene veya bir seneden fazla kiraya verilmesini şart koşması halinde, bu sürelerden fazla icara verilmesi vakıf hakkında daha yararlı olduğu mahkeme kararı ile sabit olursa, söz konusu şarta izn-i kâdî ile muhalefet edilebilir.*”. Bkz. **Akgündüz**, s. 271-272.

⁸⁴ **Y. 18. HD.**, E. 2004/9870, K. 2005/2532, T. 21.3.2005: “*Yönetim kurulunun oluşumunu ve işleyişini düzenleyen vakıf senedinin 17.maddesinde, kurulun dokuz kişiden meydana geleceği, başkanının ilin en büyük mülki idare amiri olduğu, üyelerinden üçünün çevreden sorumlu Devlet Bakanı diğerlerinin ise yönetim kurulu başkanı tarafından, danışma kurulu üyeleri arasından, en az üç yıl için seçileceği belirtildiği halde; tescili istenilen değişiklik ile sözü edilen kurulun bir başkan ve dört üyeden oluşacağı başkanının mütevellî heyetince kendi içinden dört yıllığına seçileceği öngörülmüş ise de; birinci paragrafta belirtilen hususlar ile Türk Medeni Kanununun 112. ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü’nün 25.maddelerine göre kesin ihtiyaç hasıl olduğu takdirde ve haklı nedenlerin bulunması halinde, vakfın örgütünde, yönetiminde ve işleyişinde değişiklik yapılabileceği gözetilmeden ve gerekçeleri de açıklanmadan bu konudaki değişikliğin uygun bulunması (...) doğru bulunmamıştır.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 25.02.2020. **Y. 18. HD.**, E. 2002/3669, K. 2002/6289, T. 3.6.2002: “*Türk Medeni Kanununun 112. ve Tüzüğü’nün 25.maddelerine göre kesin ihtiyaç bulunduğu belirlenmeden ve haklı nedenlerin varlığı yönümlince araştırılmadan, vakfın örgütünde, yönetiminde ve işleyişinde değişiklik oluşturacak biçimde davanın kabulü; doğru görülmemiştir.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 24.02.2020; **Y. 18. HD.**, E. 2002/10581, K. 2002/10999, T. 11.11.2002: “*4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 112. maddesi ile Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü’nün 25. maddesi uyarınca bir vakfın yönetim biçiminin değiştirilmesi (örgütünde, yönetiminde ve işleyişinde değişiklik yapılabilmesi) için, Vakfın amaçlarını gerçekleştirilebilmesi ve faaliyetlerini devam ettirebilmesi açısından böyle bir değişikliğine kesin ihtiyaç duyulmuş olması ve bu konuda haklı nedenlerin bulunması gerekir. Davacı Vakıf tarafından tescili istenen değişikliğe kesin ihtiyaç nedeni bildirilmemiştir. Bu durumda mah-*

eMK'ya dayanan ve bu kararların verildiği tarihte henüz yürürlükten kaldırılmamış olan Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü⁸⁵ 25. maddesindeki “*Vakfın mallarının muhafazası veya gayesinin devam ettirilmesi için, vakfın idare şeklinin değiştirilmesine kesin ihtiyaç hasıl olduğu takdirde, idare uzvu tarafından yetkili asliye mahkemesine başvurulur.*” hükmüne itibar etmiştir. Ancak, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 22. maddesi⁸⁶ uyarınca, eMK'ya dayanan bu Tüzüğün 25. maddesinde yer alan ve TMK hükümlerine aykırılık teşkil eden “*kesin ihtiyaç*” şartının ilgili Yargıtay kararlarında gözetilmemesi gerekirdi⁸⁷. Nitekim bu Tüzük, 2013 yılında ilga edilerek, yerine, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük⁸⁸ yürürlüğe konulmuştur ve bu yeni Tüzükte yönetim değişikliği ile ilgili bir hüküm yoktur.

Önceden de belirtildiği üzere TMK m. 112/I'de aranan “*haklı sebep*” kavramı, eMK m. 79'da aranan “*kesin ihtiyaç*” kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir⁸⁹. Nitekim vakıflarda yönetim şekli değişikliği için haklı sebep değil de eski Medeni Kanun'da olduğu şekliyle kesin ihtiyaç şartı aransaydı, doğurduğu güçlük açık olmasına rağmen, vakıf senedindeki mevcut hüküm ile vakfın işleri bir şekilde yürütülebiliyorsa değişikliğe gidilemezdi⁹⁰. Oysa Türk

kemece, davacı vakfın mevcut yönetim biçimini değiştirmesine (örgütünde, yönetiminde ve işleyişinde değişiklik yapılmasına) kesin gereksinimi olduğu, tescile konu edilen değişiklikleri gerektiren haklı nedenlerin bulunduğu yöntemince araştırılıp saptanmadan; ayrıca Beyoğlu 21. Noterliğinin 21.6.2000 gün ve 23607 yevmiye No.lu düzenlemesiyle vakfın yönetiminde yapılan değişikliğin tescili istemiyle Zeytinburnu Asliye 1. Hukuk Mahkemesine açılan davanın reddine ilişkin 3.10.2000 gün ve 2000/499 722 sayılı kesinleşen kararı da dikkate alınmadan, eksik inceleme ile davanın kabulü doğru görülmemiştir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 25.02.2020.

⁸⁵ **RG.**, 21.08.1970, S. 13586.

⁸⁶ 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 22: “*Türk Medenî Kanununda öngörülen tüzük ve yönetmelikler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde çıkarılır ya da yürürlükteki tüzük ve yönetmeliklerde gerekli değişiklikler yapılır. Bu düzenlemeler yapıluncaya kadar, yürürlükteki tüzük ve yönetmeliklerin Türk Medenî Kanununa aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*”.

⁸⁷ **Ballar**, s. 939.

⁸⁸ **RG.**, 26.04.2013, S. 28629.

⁸⁹ **İkizler**, s. 183. eMK m. 79'da yer alan “*kesin ihtiyaç*” ibaresi bize, vakfın yönetim şeklinin ancak çok istisnai hallerde değiştirilebileceğini göstermektedir. Bkz. **İşeri**, s. 195; **Güneri**, s. 190.

⁹⁰ **İkizler**, s. 184.

Medeni Kanunu, haklı sebeplerin varlığı durumunda, vakfın yönetim şeklinin hayatın değişen koşullarına uyarlanması imkanını getirerek vakıflarda devamlılık ve işlevsellik sağlamıştır. Örneğin, vakfın faaliyette bulunduğu her il ya da ilçe için bir yöneticinin atanmasına dair vakıf senedinde yer alan bir hüküm, vakfın sonradan vakfedenin tahmin edemeyeceği kadar yayılması sonucunda birçok yöneticinin atanmasını gerektirmiş, bu da yönetim organında izdihama ve verimsizliğe yol açmışsa artık haklı sebep mevcut olduğundan yönetim şekli değişikliğine gidilebilecektir (TMK m. 112/I)⁹¹. Dolayısıyla, vakıf organlarının vakfın faaliyetlerini hiç yürütemeyecek duruma gelmelerini beklemeksizin, örgütün salt yetersizliği veya verimsizliği halinde de TMK m. 112/I'e dayanarak değişiklik talep edilebilir⁹². Keza öğretide Doğan'ın da belirttiği üzere, vakfın malları güvenli yatırımlarla değerlendirilmiş ve düzenli gelir elde ediliyor olmasına rağmen, yönetim şekli artan faaliyetleri yürütmek bakımından yetersiz kalıyorsa vakfın faaliyetleri aksayabilir ve değişikliğe gidilmesi gerekebilir⁹³. Bu değişikliğin ise vakıf tüzel kişiliğinin, dolayısıyla vakfedenin, menfaatlerine uygun olduğu açıktır.

c. Değişiklik İçin Mahkemeden Talepte Bulunulması ve Yönetim Organı veya Denetim Makamının Görüşünün Alınması

Türk Medeni Kanunu m. 112/I gereğince vakıflarda yönetim şekli değişikliği için aranan son şart, denetim makamının (Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün) veya ilgili vakfın yönetim organının mahkemeden talepte bulunması ve talepte bulunan tarafa göre diğerinin görüşünün alınmasıdır.

aa. Talepte Bulunmaya Yetkili Organ veya Makam

Değişiklik için mahkemeden talepte bulunmaya yetkili olanlar, TMK m. 112/I gereğince, vakfın yönetim organı ile denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'dür⁹⁴. İlgili hükümde yer alan "*vakfın yönetim organı*" ibaresi, tasa-

⁹¹ İkizler, s. 184.

⁹² Dural ve Ögüz, s. 367; Ögüz, s. 101. Nitekim vakıf yönetiminin yetersiz kalması halinde gerekli değişikliğin yapılmaması, İsviçre hukukunda vakfın sona erme nedeni sayılmıştır (İMK m. 83b-83d). Bu hususta bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 437, dn. 435.

⁹³ Doğan, s. 265.

⁹⁴ Bu hususta yetkinin sadece vakfın yönetim organına verilmemesi isabetlidir. Zira vakıf yönetim organının kendi yetkilerini kısıtlayacak veya diğer organlardan birini kısmen veya tamamen bertaraf edecek bir teklifte bulunabileceği her zaman için düşünülemez. Bu sebeple, öğretide İşeri'nin de belirttiği üzere, hükmün işlevsel olarak uygulanabilmesini sağlamak yö-

rıda önce “*vakfın yetkili organı*” olarak kabul edilmiş ancak sonrasında adalet komisyonu tarafından değiştirilmiştir. Öğretide bu değişikliğin pratik bir önemi olmadığı savunulsa da⁹⁵ kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından, tasarıda yer alan vakfın yetkili organı ibaresinin kabul edilmesi gerekirdi. Zira vakıf senedinde, vakfın yönetim şeklinde yapılacak değişiklik hususunda karar almak üzere, başka bir organ yetkilendirilmiş olabilir⁹⁶. Her ne kadar, olan hukuk açısından, yönetim organının iç ilişkide bu hususta karar almaya yetkili organın görüşünü alarak mahkemeye görüş bildirmesi ya da bu görüşü olduğu gibi vakfın görüşü olarak mahkemeye sunması mümkünse de bu durum birtakım ihtilaflar doğurabilir. Dolayısıyla olması gereken hukuk açısından ideal olan, kanun metninde, vakfın yönetim şeklinde yapılacak değişikliklerin “*vakıf senedine göre buna yetkili organın*” veya “*vakfın en üst yetkili organının*” talebi üzerine gerçekleştirilebileceği şeklinde bir düzenlemeye gidilmesidir⁹⁷. Nitekim çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında, yararlananların yönetime katılmaları ve vakıftan yararlanma koşulları ile ilgili hükümlerde yapılacak değişiklikler hususunda, TMK m. 110/V ve Vakıflar Yönetmeliği m. 10/II ve III gereğince benimsenen usul⁹⁸ buna örnek olarak gösterilebilir. Keza, İsviçre hukukunda da vakfın yönetiminin değiştirilmesi hususunda, vakfın en üst organının görüşünün

nünden, bu yetkiyi, ayrı ayrı hem vakfın yönetim organına hem de denetim makamına tanımak ve hangisi teklifte bulunmuşsa diğerinin görüşünü almak daha isabetli bir çözüm sunmaktadır. Bkz. **İşeri**, s. 195-196.

⁹⁵ **İkizler**, s. 186.

⁹⁶ **Y. 18. HD.**, E. 2015/16987, K. 2015/15206, T. 26.10.2015: “*Davacı vakfa ait vakıf senedinin 13. maddesinde; vakıf senedinin değiştirilmesi için yönetim kurulunun teklif hazırlayıp genel kurula sunacağı, 11. maddesinde de; vakıf senedi değişikliklerini yapmanın genel kurulun görevleri arasında bulunduğu hükme bağlanmıştır. Somut olayda mahkemece yapılan yargılama sonunda, Burhaniye 2. Noterliğinde düzenlenen 25.09.2013 gün ve 7469 yevmiye numaralı değişiklik senedinin tesciline karar verilmiş ise de, davacı vakfa ait vakıf senedinin 11. ve 13. maddelerinde yer alan vakıf senedinin değiştirilmesine ilişkin usule uyulmadığı, değişiklik için yönetim kurulunun teklifi, bu teklifin genel kurul tarafından kabulünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, vakıf senedinde öngörülen şekilde vakıf yetkili organları tarafından mahkemece tesciline karar verilen değişiklik hakkında yöntemince karar alınmadan doğrudan noterde hazırlanan değişiklik senedinin tesciline karar verilmesi doğru görülmemiştir.*”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 29.04.2020.

⁹⁷ **İşeri**, s. 196; **İkizler**, s. 188.

⁹⁸ TMK m. 110/V ve Vakıflar Yönetmeliği m. 10/II ve III gereğince “*Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarında yararlananların yönetime katılmaları ve vakıftan yararlanma koşulları ile ilgili hükümlerde yapılacak değişiklikler, vakıf senedine göre buna yetkili organın istemi üzerine, denetim makamının yazılı görüşü alındıktan sonra yerleşim yeri mahkemesince karara bağlanır.*”.

alınması usulünün kabul edildiği görülmektedir⁹⁹. Diğer taraftan TMK m. 112/I metninde başvuruda bulunacak organları zikretmek yerine, kanun tekniği açısından, doğrudan “*vakfın talebi üzerine*” ya da “*vakıf tüzel kişiliğinin talebi üzerine*” ifadelerine de yer verilebilirdi¹⁰⁰. Zira, vakıf organlarının ayrı bir tüzel kişiliği olmayıp, vakıf tüzel kişiliği iradesini organları aracılığıyla açıklar (TMK m. 50/I).

bb. Görüşü Alınması Gereken Organ veya Makam

Türk Medeni Kanunu m. 112/I gereğince yapılacak değişiklik için ister yönetim organı isterse denetim makamı tarafından talepte bulunulsun, mahkemeye diğerinin görüşünün alınması zorunludur. Yani denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından değişiklik talebinde bulunulmuşsa vakfın yönetim organının, yönetim organı tarafından talepte bulunulmuşsa da denetim makamının görüşünün alınması gerekir. Ancak yukarıda önerildiği üzere, “*vakıf senedine göre buna yetkili organın*” veya “*vakfın en üst yetkili organının*” mahkemeye başvuru hususunda da yetkili olduğu şeklinde bir kanuni düzenlemeye gidilmesi durumunda, denetim makamının değişiklik talebinde bulunduğu hallerde (TMK m. 112/I) görüşü alınacak organ isabetli bir şekilde vakfın iç yapılanmasına bırakılmış olur. Bu çözüm, kanaatimizce, olması gereken hukuka – dolayısıyla vakfedenin iradesine – daha uygundur.

3. Değişiklik Kararının Hüküm ve Sonuçları

Vakıflarda yönetim şekli değişikliği (TMK m. 112/I), uygulamada genellikle, vakfın yönetim organı tarafından vakıf senedinde yapılan değişikliklerin yetkili mahkemede tescili davası açılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu anlamda, öncelikle, vakfın yetkili kurulunda alınan değişiklik kararının noterde düzenleme şeklinde yapılacak bir resmî senetle – yani “*vakıf senedi tadili sözleşmesi*” ile – açıklanması gerekir¹⁰¹. Sonrasında ise vakfın yerleşim yeri (idare

⁹⁹ Bkz. İşeri, s. 196; İkizler, s. 188, dn. 55.

¹⁰⁰ İkizler, s. 186.

¹⁰¹ Ögüz, s. 100. Yargıtay’ın da belirttiği üzere, vakıf yönetim kurulunda senet değişikliğine ilişkin olarak alınan kararın noterde onaylanması resmi düzenleme sayılamaz. Bkz. Y. 18. HD., E. 2004/7761, K. 2004/10090, T. 27.12.2004: “*Türk Medeni Kanununun 102.maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre vakıf resmi senetle kurulacağı cihetle, vakıf senedinde yapılmak istenilen değişikliğin de resmi senetle diğer bir deyimle noterde re’sen düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Vakıf yönetim kurulunda senet değişikliğine ilişkin olarak alınan kararın noterde onaylanması resmi düzenleme sayılamayacağından, davacı tarafa bu eksiklik gide-*

merkezi) asliye hukuk mahkemesine¹⁰² dava dilekçesi ile birlikte vakıf senedi, kuruluşa ilişkin mahkeme kararı, noter onaylı vakıf senedi tadili sözleşmesi, değişikliğin yer aldığı yetkili kurul kararı, davayı açan kişiye verilen vekaletname, vakfın imza sirküleri ve imzaya yetkili kişilerin kimlik bilgileri eklenerek bir dava açılması gerekir¹⁰³. TMK m. 112/I gereğince kendisine yöneltilen bu değişiklik talebi üzerine yetkili mahkeme, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden değişikliğe ilişkin görüşünü talep eder. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün değişikliğe ilişkin yazılı onayı ve diğer kanuni şartların da gerçekleşmesi üzerine, mahkeme, bu talebin kabulüne ve değişiklik kararının tesciline; aksi durumda ise reddine karar verir (TMK m. 112/I)¹⁰⁴. Bununla birlikte, değiştirilmesi talep

rilmek üzere mehil verilip ondan sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 15.03.2020.

¹⁰² TMK Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük m. 3/IV hükmüne kıyasen vakıflarda yönetim şekli değişikliği hususunda yetkili ve görevli mahkeme, ilgili vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesidir.

¹⁰³ Bu hususta uygulamaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.noterlikrehberi.net/rehber/vakif-sened-tadili.html>, E.T.: 11.05.2020.

¹⁰⁴ **Y. 8. HD.**, E. 2017/201, K. 2017/759, T. 26.1.2017: "*1-)Mahkemece vakıf senedindeki değişikliğin kabulüne ve tesciline karar verilmiştir. Vakıf senedinde vakfedenin arzusuna ve iradesine aykırı düşecek şekilde değişiklik yapılamaz. Eğer durum ve koşullardaki değişimler vakıf senedindeki değişikliği zorunlu kılıyor ise vakfedenin amacına ve iradesine açıkça ters düşmeyecek şekilde değişiklik mümkündür. Amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yükümlülüklerin kaldırılmasında veya değiştirilmesinde de aynı ilkeler geçerlidir. Vakıf senedinin 3 ve 7 maddelerinde yapılan değişiklikler vakfın kuruluş senedine ve kurucu iradeye aykırı olup vakfın amacının genişletilmesi niteliğindedir. Bu durumda 3. ve 7. maddelerdeki değişikliğin tesciline dair isteğin reddi gerekirken yetersiz gerekçe ile değişikliklerin kabulüyle tesciline karar verilmiş olması, 2-)Vakıf senedinin 9. maddesinde "ileride vakfa 5.000. Amerikan Doları değerinde menkul veya gayri menkul bağışlayanlardan dileyenlerin yönetim kurulunun tensibi ile müteveli heyetine seçilmeleri mümkündür." şartına bağlanmış olup gerek olmadığı halde "Ayrıca 5.000. Amerikan Doları şartı aranmaksızın müteveli heyet üyeliğine başvurmak için en az beş müteveli heyet üyesinin yazılı teklifi gerekir. Başvuruları kabul edilen kişilerin genel kurula katılanların 2/3 (üçte ikisinin) oyu ile müteveli heyet üyeliğine kabul edilir. Oylamalar gizli oy açık tasnif şeklinde yapılır." biçimde 9. maddede şartın gerçekleştirilmesine dair değişikliğin tescili, 3-) Türk Medeni Kanunu'nun 112-113 ve Vakıflar Yönetmeliği'nin 14. maddeleri gereğince değişiklik senedi olarak düzenlenen 20.05.2014 tarihli senetle ilgili olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşü alınmadan karar verilmiş olması, doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş; davacı tarafa yukarıda belirtilen hususların yerine getirilmesi için süre verilip yeniden düzenleme şeklinde noter senedi hazırlanması ve Türk Medeni Kanunu'nun 112-113 ve Vakıflar Yönetmeliği'nin 14. maddeleri gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün de görüşü alındıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar vermektir.*", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 16.05.2020. Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından değişiklik talebiyle mahkemeye başvurulduğu durumlarda ise vakıf yönetim organının bu husustaki görüşünün alınması gerekir (TMK m. 112/I).

edilen bazı hususlar hakkında kabul, bazıları hakkında ret kararı verilmesi de mümkündür¹⁰⁵.

Mahkemenin TMK m. 112/I gereğince vakfın yönetim şeklinin değiştirilmesi yönünde verdiği kesinleşmiş karar, vakfın yerleşim yeri (idare merkezi) asliye hukuk mahkemesi nezdinde özel surette tutulan sicil defterine tescil edilir ve bu andan itibaren uygulanmaya başlanır¹⁰⁶. Keza bu değişiklik, söz konusu mahkemenin yapacağı bildirim üzerine, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından tutulan merkezî sicile de kaydolur. Nitekim, TMK Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük m. 6/I gereğince, bu merkezi sicilin içeriğinde “*vakfedenin ve vakfın adı, yönetim şekli, temsil tarzı, vakfın yerleşim yeri, vakfedilen malların ve hakların nelerden ibaret olduğu, taşınmazların yeri, tapu tarih ve numaraları (pafta, ada, parsel, sıra no), vakfın amacı, şartları, yönetim organları ve bunlarda yapılan değişiklikler*” yer almak zorundadır. Ancak, bu değişiklik kararının Resmî Gazete’de ilanı gerekmez¹⁰⁷.

Mahkemenin vermiş olduğu değişiklik kararının tescilinden sonra vakfın yönetim şekline ilişkin şartlar değişmişse, yetkili organ veya makam tarafından, tekrardan değişiklik talep edilebilir. Zira hayatın değişen koşulları, bu hususta her zaman, “*haklı sebep*” teşkil edebilir (TMK m. 112/I).

¹⁰⁵ **Y. 8. HD.**, E. 2017/12792, K. 2017/10863, T. 14.9.2017: “... Davacı vakfa ait değiştirilmek istenen senedin 18. maddesi dışındaki maddelerde yapılmak istenen değişikliklerde vakıf mevzuatına ve kanuna aykırı bir durum bulunmadığından; bu değişikliklere dair davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir. Ancak, senedin 18. maddesi “Genel kurul, vakfın en yetkili organı olup en az iki yılda bir defa olmak üzere Olağan Genel kurul yapar. Gerekli görülen hallerde yönetim kurulu kararı, denetim kurulunun yazılı istemi veya delegelerin 2/3 ünün yazılı talebi; vakıf üyelerini 1/10 unun yazılı istemine istinaden, yönetim kurulunun daveti ile 1 ay içinde Genel Kurulu Olağanüstü toplantıya çağrılır” hükmünü içermekte iken, değişiklik senedinde bu madde içeriğindeki “1/10 unun yazılı istemine istinaden” ibaresinin kaldırılmış olması, vakfın kuruluş senedine ve kurucu iradeye aykırıdır. Bu durumda Mahkemece yapılacak iş, yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmeyerek, davacı tarafa senet metninin 18. maddesindeki “1/10 unun yazılı istemine istinaden” ibaresinin korunduğu düzenleme şeklinde noter senedi hazırlanması ve Türk Medeni Kanunu’nun 112-113 ve Vakıflar Yönetmeliğinin 14. maddeleri gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün de görüşü alındıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar vermektir.”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 16.05.2020.

¹⁰⁶ TMK Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük m. 3/V hükmüne kıyasen bu sonuca varmak mümkündür.

¹⁰⁷ Krş. TMK Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük m. 7/I.

SONUÇ

Vakıflarda yönetim şekli denildiğinde; vakfeden tarafından vakıf senesinde gösterilen, vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini belirleyen bütün kurallar anlaşılmalıdır. Bu kurallar, vakıf kurulduktan sonra kural olarak değiştirilemez. Ancak, hayatın değişen koşulları karşısında, vakfın amacının korunması ve kurucu iradeye uygun bir şekilde varlığını sürdürebilmesi gerekir. İşte bu ihtiyaçtan hareket eden kanun koyucu, yeni vakıflarda haklı sebeplerin varlığı durumunda mahkemenin vereceği bir kararla (TMK m. 112/I); eski vakıflarda ise vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması ve vakfedenin iradesine de aykırı olmaması durumunda Vakıflar Meclisi'nin vereceği bir kararla (5737 sayılı VK m. 14) yönetim şeklinin değiştirilebileceğini öngörmüştür.

Güncel uygulamada sıkça karşılaşılan yeni vakıflarda yönetim şekli değişikliğine ilişkin, sübjektif bir nitelik arz eden, “*haklı sebeplerin varlığı*” kanuni şartı üzerinde özellikle durmak gerekir (TMK m. 112/I). Vakfın yönetim şekli hususunda, vakfa yarardan çok zarar getiren ve vakfedenin her şeye rağmen uyulması yönündeki arzusuna dayanmayan sebep, değişiklik için haklı bir sebeptir. Bu hususta Yargıtay'ın, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğünden sonra vermiş olduğu bazı kararlarında, eski MK'ya dayanan Tüzük'ten hareket etmesi ve değişiklik hususunda daha dar bir ifade olan “*kesin ihtiyaç*” şartını araması kanaatimizce hatalıdır. Nitekim bu Tüzük, oldukça geç sayılabilecek bir tarihte – 2013 yılında – ilga edilerek, yerine, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük yürürlüğe konulmuştur. Bu yeni Tüzükte ise, isabetli olarak, yönetim şekli değişikliğine ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir.

Vakıflar hukukunda esas olan vakfedenin iradesidir/arzusudur. Ancak, vakfeden tarafından, yönetim şekli değişikliğine ilişkin kanuni şartları ortadan kaldıran bir hüküm vakıf senedine konulamaz. Bununla birlikte, vakıf senedinde iç ilişkide takip edilecek yolun belirlenmesi veya muhtemel değişiklikler dikkate alınarak ikincil (tali) bir yönetim şeklinin öngörülmesi mümkündür. Nitekim, uygulamada sıkça görüldüğü üzere, yönetim şekli değişikliği hususunda karar almaya yetkili organ vakıf senedinde belirlenmiş olabilir. Bu anlamda yeni vakıflara ilişkin TMK m. 112/I metninde bir değişikliğe gidilerek, mahkemeye başvurmaya veya denetim makamınca başvurulmuşsa görüş bildirmeye yetkili vakıf organı hususunda, vakfın yönetim organı yerine, TMK tasarısında belirtildiği üzere vakfın yetkili organı ibaresine yer verilmesinin daha isabetli olduğu

kanaatindeyiz. Bu çözüm, olması gereken hukuka – dolayısıyla vakfedenin iradesine – daha uygundur.

KAYNAKÇA

Açıkgöz, Osman, “Vakıf Yönetim Organının İbrası ve Uygulanacak Hükümlerin Tespiti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı - Cevdet Yavuz’a Armağan*, C. 22, S. 3, 2016, s. 53-82.

Akgündüz, Ahmet, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.

Akipek, Jale G., Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, *Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.

Akman, Ahmet, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Akünel, Teoman, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

Avcı, Mehmet Özgür, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

Ayan, Mehmet ve Nurşen **Ayan**, *Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Aydos, Oğuz Sadık, “Vakfın Sona Ermesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, 2013, s. 129-153.

Ballar, Suat, *Yeni Vakıflar Hukuku 1*, Der Yayınları, İstanbul 2020.

Berki, Ali Himmet, “Vakıf Nasıl Yapılır”, *Vakıf Hukuku Yazıları (Haz. Hüseyin Çınar)*, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2013, s. 125-130, (Makalenin ilk yayınlandığı yer bilgisi için bkz. *Vakıflar Dergisi*, S. 10, 1973, s. 66-70), (Kısaltması: **Berki**, “Vakıf Nasıl Yapılır”).

Berki, Ali Himmet, *Vakıflar – İkinci Kitap (Medeni Kanunda “Te’sis” ve Vakıflar Kanunu Hükümleri)*, Nur Matbaası, Ankara 1950, (Kısaltması: **Berki**, *Vakıflar-II*).

Berki, Ali Himmet, *Vakıflar (Vakıf Müesseseleri İnsanların Düşünebildikleri Hukuki Müesseselerin En Hayırlısıdır)*, Aydınlık Basımevi, İstanbul 1946, (Kısaltması: **Berki**, *Vakıflar-I*).

Berki, Şakir, “Türkiye’de İmparatorluk ve Cumhuriyet Devrinde Vakıf Çeşitleri”, *Vakıflar Dergisi*, C. 9, S. 9, 1974, s. 1-13, (Kısaltması: **Berki**, *Vakıf Çeşitleri*).

Doğan, Murat, *Vakıflarda Mal Varlığı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

Dural, Mustafa ve Tufan **Öğüz**, *Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Ercil, Oya, “Vakıflarda Kurucu İradenin Korunması ve Sürdürülmesinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar Konulu Panelin Notları (9 Aralık 2010 - VGM Konferans Salonu Ankara)”, *TÜSEV Yayın No: 53 - TEHAV Panel No: 176 Vakıflar Mevzuatı Yayın No: 2*, s. 21-23.

Gezder, Ümit, “Eski Vakıflar ve Taviz Bedeli Sorunu”, *Medeniyet Law Review*, C. 2, S. 3, 2017, s. 1-33.

Güneri, Hasan, *Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.

Gürzumar, Osman Berat, “Türk Medenî Kanunu’nun “Vakıflarda üyelik olmaz.” Hükümünü İptâl Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara 2009, s. 523 – 547.

Güven Kardeş, Bade, *Yeni Vakıfçının El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Hatemi, Hüseyin, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LV, S. 4, 1997, s. 111-128, (Kısaltması: **Hatemi**, *Hukuk Tarihi*).

Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Kısaltması: **Hatemi**, *Kişiler*).

Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt: I (Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar)*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979, (Kısaltması: **Hatemi**, *Medeni*).

İkizler, Metin ve Yasin **Kurban**, *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

İkizler, Metin, “Vakıf Senesinde Değişikliğe Gidilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, 2007.

İşeri, Ahmet, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis)*, Ankara 1968.

Korkusuz, Refik ve Ömer **Ergün**, “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 16 – 19, 2007, s. 69-138.

Oğuzman, M. Kemal, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

Öğüz, Tufan, *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.

Özsunay, Ergun, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1982.

Öztan, Bilge, *Tüzel Kişiler*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

Zevkliler, Aydın, M. Beşir **Acabey** ve K. Emre **Gökyayla**, *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

Kamu Hukuku/ Public Law

**FARKLI HÜKÜMET SİSTEMLERİNDE KOALİSYON
İSTİKRARINI SAĞLAMAK İÇİN KULLANILAN BİR ARAÇ
OLARAK BAKAN YARDIMCILIĞI KURUMU**

*Junior Ministry as a Tool That is Used to Provide the Coalitional Stability
on Different Government Types*

Prof. Dr. Hasan TUNÇ*
Dr. Ahmet EKİNCİ**

Özet

Bu çalışmada, parlamenter sistemlerde ve koalisyonlu başkanlık sistemi olarak kabul edilen bazı ülkelerdeki bakan yardımcılığı kurumunu incelenmektedir. Çalışmanın kapsamı, incelenen ülkelerin koalisyon hükümetleri dönemleri ile sınırlıdır. Bakan yardımcılığı kurumu, ilk olarak bakanların iş yükünü hafifletmek ve onları parlamentoda temsil etmek için ihdas edilmiştir. Bağlı oldukları bakanlar ile aralarında hiyerarşi ilişkisi bulunmaktadır. Dahası, bakan yardımcılarını, kendileri de bir bakan olmalarına karşın kabine üyesi değildir. Bu nedenle bakan yardımcılarını resmi olarak politika üzerinde etkili değillerdir. Zaman içerisinde bakanlar, bakan yardımcılara sıklıkla yetkilerini devretmeye başlamışlardır. Bu nedenle ilgili pozisyon önem kazanmaya başlamıştır. Özellikle parlamenter sistemlerde, daha çok koalisyon hükümetleri dönemlerinde bu pozisyon oldukça önemli hale gelmektedir. Kabineye dâhil olan siyasi partiler, kabinedeki diğer partileri denetleyebilmek adına bu pozisyonları talep etmektedir. Koalisyonlu başkanlık sistemlerinde de başkanlar, kabinesine davet ettikleri

* H.K.Ü. Hukuk Fak. Öğretim Üyesi, hasan.tunc@hku.edu.tr (ORCID-ID: 0000-0002-2992-6793).

** H.B.V. Ü. Hukuk Fak. Araştırma Görevlisi, ahmet.ekinci@hbv.edu.tr (ORCID-ID: 0000-0003-0803-6449).

Makale Geliş Tarihi: 07/01/2020

Makale Kabul Tarihi: 25/02/2020

diğer siyasi partilere mensup bakanları denetleyebilmek adına güvendiği kişileri o bakanlıklara bakan yardımcısı olarak atama yolunu tercih etmeye başlamışlardır. Çalışmamızda parlamenter sistemler ile ilgili olarak, İtalya, Hollanda, Almanya, Japonya ve Litvanya örneklerine yer verilmiştir. Koalisyonlu başkanlık sistemi olarak ise Brezilya, Şili ve Uruguay örnekleri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Bakan yardımcılığı, parlamenter sistem, koalisyonlu başkanlık sistemi, denge ve denetleme, koalisyon hükümeti

Abstract

This study investigates the institution of junior ministry in parliamentary systems and some countries that are accepted as a coalitional presidentialism. The scope of this study is limited by periods of coalition government of studied countries. The junior ministry, firstly, was used to alleviate the workload of the ministers and to represent in the parliament him/her. There is a hierarchical relationship between junior ministers and ministers who they belong to. Furthermore, junior ministers are not members of cabinets. That's why this position doesn't have efficacy on policy formally. In the time, the ministers have started to delegate some powers to junior ministers. Therefore, they have been come into prominence. Additionally, this institution is convert more important position in the periods of coalition governments. because the political parties that are members of coalition, have demanded this position to keep tabs other parties. In that same way, in coalitional presidential systems, the presidents appoints the persons who are confined to ministries to control the minister who is a member of another political party which is president's coalition partner. In our study, we will investigate Italy, Netherland, Germany, Japan and Lithuania in the context of parliamentary government system and Brasil, Chile, Uruguay as a coalitional presidentialism.

Keywords: junior ministry, parliamentary system, coalitional presidentialism, check and balance, coalition government.

Giriş

Bakan yardımcılığı, modern devletin sürat gerektiren idari ve politik meseleleri karşısında bakanların ve genel olarak bakanlar kurulunun yetişemediği hususlarda, bakanların emir ve talimatları doğrultusunda bakanlığın işlerini yürütmek ve bakan ile parlamento arasındaki ilişkileri koordine etmek amacıyla tesis edilen bir kurumdur. Hiyerarşik olarak bakana bağlıdır. Bununla birlikte genelde her ülkenin kendi anayasal sınırları çerçevesinde olmak üzere, mevcut veya eski parlamenterler arasından atanmaktadır. Bu nedenledir ki, bakanlıkların idari işlerini takip eden ve bakanlığın en üst idari amirleri olan müsteşarlara nisbetle, bakan yardımcılara ülkemizde “siyasi müsteşar” ismi münasip görülmüştür. Bu bakanlara literatürde kabine üyesi olmayan, kabine-dışı bakanlar (*non-cabinet ministers*) adı verilmektedir¹. Bu bakanlar ülkeden ülkeye farklı isimlendirilebilmekte ve farklı bir statü elde edebilmektedir. Bazı ülkelerde bu bakanlara parlamento müsteşarı (*parliamentary undersecretary*)², devlet sekreteri (*state secretary*)³, bakan yardımcısı (*deputy minister, vice minister* ya da *subsecretario*)⁴, devlet bakanı (*state minister*), yedek bakan (*alternate minister*)⁵ adı verilebilmektedir. Brezilya’da ise bu yönde bir makam ihdas edilmemiş ise de bakanlıklarda, bakanlardan sonra gelmek üzere yürütme sekreterleri (*secre-*

¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt II*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 343 vd.

² İtalya, Polonya ve Birleşik Krallık’ta bu ve benzeri isimlendirmeler altında bakan yardımcılarının bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. WMID Mapping tables: Senior and junior government ministers, file:///C:/Users/T28/Downloads/WMID%20Mapping%20-%20Ministers.pdf, (Erişim tarihi: 6.11.2019)

³ Almanya, Avusturya, Hollanda, İspanya, Belçika, Portekiz, Slovenya, Birleşik Krallık, Finlandiya, Slovakya ve Norveç’te bu ve benzer isimlerde bakan yardımcıları bulunmaktadır. Bkz. WMID Mapping tables: Senior and junior government ministers, file:///C:/Users/T28/Downloads/WMID%20Mapping%20-%20Ministers.pdf, (Erişim Tarihi: 6.11.2019).

⁴ Bulgaristan, İtalya, Yunanistan ve Litvanya’da bu ve benzer isimlerde bakan yardımcıları bulunmaktadır. Bkz. WMID Mapping tables: Senior and junior government ministers, file:///C:/Users/T28/Downloads/WMID%20Mapping%20-%20Ministers.pdf, (Erişim Tarihi: 6.11.2019). Başkancı sistem olan Şili’de ilgili müessese için *subsecretario* ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. Şili Anayasası, md. 32/7, https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_0517.pdf, (Erişim tarihi: 14.11.2019).

⁵ Lihtenştayn’da bu ve benzer isimlerde bakan yardımcıları bulunmaktadır. Bkz. WMID Mapping tables: Senior and junior government ministers, file:///C:/Users/T28/Downloads/WMID%20Mapping%20-%20Ministers.pdf, (Erişim Tarihi: 6.11.2019).

tarios executivos) tesis edilmiştir. Başkanlar, bu makamları bakan yardımcılarını gibi kullanmaktadır. Bunlardan yalnızca devlet bakanının kendine ait bir görev alanı bulunmakta iken diğer görevleri yapan bakanlar bir bakanın yardımcısı konumundadırlar. Karşılaştırmalı anayasa hukuku literatüründe bu kurumun, parlamenter devlet sekreteri, devlet bakanı, bakan yardımcısı ya da yedek bakan olarak adlandırılması vaki ise de, hepsinin ortak amacı bakana yardımcı olmak iken ortak yönleri de kabinede yer almamalarıdır. Bu nedenle doktrinde bu kuruma kuşatıcı bir niteleme yapmak adına “junior minister” ismi verilmektedir. Biz ise çalışmamızda ilgili pozisyonları, ülkemizdeki kullanım şekli itibarıyla “bakan yardımcılarını” olarak adlandırmaktayız.

Koalisyon hükümetleri zamanında bakan yardımcılarını çok daha önemli ve farklı bir misyon yüklenmektedir. Şöyle ki bakanlığı elinde bulunduran bakanın, koalisyon anlaşması çerçevesinde politikalarını idare ettiğinden emin olabilmek ve bir anlamda bakanı gözetlemek (*keep tabs*) adına, bakanın mensubu olduğu siyasi partiden farklı bir siyasi partiye mensup olan bir politikacı ya da bürokratin ilgili bakana bakan yardımcısı olarak tayin edilmektedir. Özellikle koalisyon içerisindeki büyük partilerin, koalisyon sözleşmesi çerçevesinde küçük partilere güçlerinden daha fazla bakanlık vermeleri durumunda onları izlemek amacıyla bu yola başvurdukları görülmektedir. Diğer yandan ideolojik olarak birbirine mesafeli partilerden oluşan koalisyonlarda da partiler bu yöneme başvurabilmektedir.

Koalisyon dönemlerinde bakan yardımcılığı kurumunun önemi daha da artmaktadır. Bu önem hem parlamenter sisteme tabi ülkeler bakımından hem de başkanlık sistemi ile idare edilen ülkeler bakımından geçerlidir.

Çalışmamızda öncelikle bakan yardımcılığı kurumunun tarihi temelleri incelenmekte ve devamla ne şekilde geliştiği ortaya konulmaktadır. Bu hususta özellikle İngiltere uygulaması ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Yine ilgili kurumun koalisyon hükümetleri bakımından nasıl bir önem taşıdığı ve hangi durumlarda daha sık başvurulan bir makam olduğu tafsilatı ile izah edilmektedir. Üçüncü ve son bölümde ise ikinci bölümde teorik olarak ortaya konulan olguların parlamenter ve başkanlık sistemlerindeki koalisyon uygulamalarında ne şekilde tatbik edildiği değerlendirilmektedir. Çalışmamızda parlamenter sistem olarak kabul edilen *İtalya, Hollanda, Japonya, Litvanya* gibi ülkelere ilişkin veriler kullanılmıştır. Koalisyonlu başkanlık sistemi olarak kabul edilen örnekler olarak da *Brezilya, Şili ve Uruguay'a* ait uygulamalar incelenmiştir. Ülke-

mizde de 2017 değişiklikleri ile birlikte tek başlı bir yürütme modeli benimsenmiş ve bakan yardımcılığı kurumu 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiş ise de; henüz bir koalisyonlu yürütme uygulaması tatbik edilmediği için, bu kurumun denge ve denetim aracı olarak kullanıldığı söyleyebilmek mümkün değildir..

I. Bakan Yardımcılığı Kurumunun Temelleri

Hangi hükümet sistemi tercih edilmiş olursa olsun, yürütme faaliyetleri bakanlıklar şeklinde paylaştırılarak idare edilmektedir. Bu işbirliğinin oluştuğu kurula ise genelde *kabine* adı verilmektedir. Kabine, bakanlar ve bakanlıklar arasındaki bağı, dolayısıyla hükümetin karar alım sürecinin koordinasyonunu sağlayan en temel kuruldur⁶. Bu çerçevede bakanlar arasında bir işbirliği de sağlanmış olur. Yürütmenin başının başkan olduğu başkanlık sistemlerinde bile başkanlar politik ve siyasi kararlar alırken bakanlar ile birlikte karar almaya özen göstermektedir. Zira bu sayede *bir kurul ruhu (el espiritu del cuerpo)* oluşturulabilecektir⁷. Bu nedenle denilebilir ki, kabine bir bakanlar kulübüdür (*club of ministers*)⁸. Fakat modern zamanın genişleyen bürokrasisi, bakanların tüm işlere yetişmesini imkansız kılmaktadır. Hele ki bakanlığın politikaları ile uğraşırken diğer yandan parlamento ile siyasi-hukuki bağına devam ettirmeye çalışmak, bakanlık politikalarını parlamentoya izah etmek ve bu politikaların muhalif parlamenterler karşısında savunmasını sağlamak oldukça güçtür. İşte bakanların istihdam ettikleri *küçük bakanların (junior minister)* yani bakan yardımcılarının asıl amacı da tam olarak budur⁹.

Bakan yardımcılarının atanması, hükümet sistemindeki farklılıklara göre ya başbakanın teklifi üzerine ya da doğrudan devlet başkanı tarafından yapıl-

⁶ Cristiana Barbieri, Michalangelo Vercesi, "The Cabinet: A Viable Definition and its Composition in View of a Comparative Analysis". *Government and Opposition*, Vol. 48, No. 4, 2013, pp. 526-247, s. 527.

⁷ Başkanlık sistemlerinde karar alma metodu ile ilgili olarak eski Panama devlet başkanı Ernesto Perez şu ifadeleri kullanmaktadır: "*Başkancı sistemlerde, kolay ve hoş görülebilir kararları bakanlar alır. Başkanın alması gereken kararlar bir miktar politik maliyeti olan veya hoş görülemeyecek kararlardır, en azından ben karar verme aşamasında bir kurul ruhu oluşturmak maksadıyla kabine ile birlikte aldım bu kararları.*" (çeviri tarafımıza aittir) Bkz. Araya, (2012), s. 37.

⁸ Barbieri, Vercesi, (2013), s. 529.

⁹ Bkz. R. S. Milne, "The Junior Minister", *The Journal of Politics*, Vol. 12, No. 3, 1950, pp. 437-449, s. 440; Gözler, (2011), s. 346-347.

maktadır¹⁰. Bakan yardımcılarının görev süresi, hükümetin görev süresi ile sınırlıdır. *Dolayısıyla bakan yardımcılığı, siyasi bir makamdır*. Atanma esasına tabi olmaları nedeniyle de memur kategorisine girmektedirler. Bakanlar ile birlikte göreve gelmeleri ve hükümetin görev süresinin sona ermesi ile birlikte bakan yardımcılarının görevlerinin de sona ermesi dolayısıyla, bakan yardımcılarının “istisnai memur” oldukları kabul edilmektedir¹¹. Atanma şartları bakımından da ülkeler arasında farklılık görülmektedir. Örneğin İngiltere ve Almanya (*parlamentar devlet sekreteri*) gibi ülkelerde bakan yardımcılarını parlamentolar arasından atanabilmektedir¹². Avusturya ve Hollanda gibi parlamenter sistemlerde¹³ ya da ABD gibi yasama ve yürütme organları arasında sert ayrılığın olduğu ülkelerde ise bakan yardımcılığı ile parlamento üyeliği bağdaşmayan görevlerdir¹⁴. Buna karşın ortak olan husus şudur ki bakan yardımcılarını, kabine üyesi değildir. Hükümet politikaları bakımından doğrudan söz sahibi olamazlar¹⁵.

Bakanlar ile bakan yardımcılarını arasında bir hiyerarşi söz konusudur¹⁶. Bu hiyerarşi çerçevesinde amir olan bakan, memuru konumundaki bakan yardımcılara yetki ve görev devredebilmektedir. Bakanların siyasi açıdan önem arz etmediği ikincil konumdaki komisyonlara bakanlar adına katılmak ya da bakanlığın günlük olarak sayılabilecek işlerini yapmak, ülke ziyaretlerine katılmak, bakanlığın diğer faaliyetlerini denetlemek gibi pratikte hayatî fakat şöhret getirecek kabiliyeti haiz olmayan işler genelde bakan yardımcılarını tarafından yürütülebilmektedir¹⁷. Buna karşın kanuni olarak bakan yardımcılarının görevleri üzerinde detaylı düzenlemelerin olmadığı görülmektedir. Bakan yardımcılarını, bakanlar ile aralarındaki güven ilişkisine dayalı olarak belirli bir güç elde edebi-

¹⁰ Örneğin Avusturya’da Şansölye’nin teklifi üzerine, Fransa’da ise başbakanın önerisi üzerine devlet başkanı atar. Tataroğlu, (2016), s. 529, 531.

¹¹ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dâhil Midir?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 98, 2012, ss. 11-24, s. 13.

¹² Örneğin İngiltere’de parlamento dışından atanan bakan yardımcılarını Lordlar Kamarası üyesi yapılmaktadır. Bkz. Muhittin Tataroğlu, “Hükümet Yapısında Genişleme: Bakan Yardımcılığı”, *Yönetim ve Ekonomi*, C. 23, Sa. 2, 2016, s. 527-528.

¹³ Benzer şekilde Fransa’da da bakan yardımcılığı görevi ile parlamento üyeliği bağdaşmamaktadır. Bkz. Tataroğlu, (2016), s. 529-531.

¹⁴ Tataroğlu, (2016), s. 528, 529, 532.

¹⁵ Milne, (1950), s. 439-440.

¹⁶ Gözler, (2011), s. 346-347.

¹⁷ Kevin Teakston, “Junior Ministers in the 1990’s”, *Parliamentary Affairs*, 1999, pp. 231-245, s. 233.

lirler. Hatta bakanların bakan yardımcılara olan güveni sayesinde bakan yardımcılarını bürokraside etkin olabilirken bakanın güvenine sahip olmayan bakan yardımcılarını üst kademe kamu görevlileri tarafından da ciddiye alınmama tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir¹⁸.

Uygulamada zaman içerisinde bakan yardımcılarının sayısı giderek artmıştır. Bilhassa İkinci Dünya Savaşı sonrasında yürütmeden beklenen hizmetlerin çoğalmasında, bunu teşvik eder niteliktedir¹⁹. Başlangıçta bakan yardımcılarının yalnızca bakanın parlamentodaki işlerini takip etmek için istihdam edilmesi amaçlanmışsa da, zamanla bakanlık içerisinde bakanın arzu ettiği diğer işleri de takip etmesi gerekir hale gelmiştir. Özellikle 1980'ler ile birlikte bakanların pek çok vazifeyi bakan yardımcılara devretmeleri dolayısıyla²⁰, bakan yardımcılarının politika içerisindeki önemi de artmaya başlamıştır. Bilgi ve teknik imkânları sayesinde bakan yardımcılarının vazgeçilmez bir pozisyon elde etmeye başladıkları görülmektedir²¹. Ayrıca iktidarlar, belirli sosyal grupların menfaatleri ile ilgilendiklerini göstermek adına, belirli bakanlıklar içerisinde sadece ilgi konu ile ilgilenen devlet bakanlıkları tesis edebilmektedir. Bu kapsamda örneğin çocuk, gençlik, kamu sağlığı gibi devlet bakanlıkları bu cinsten devlet bakanlıkları arasındadır²². İngiltere örneği açısından zamana göre bakan yardımcısı istihdamının niceliği bu durumu açıklar niteliktedir. Zira 1914 yılındaki Asquith kabinesinde yalnızca 15 bakan yardımcısı bulunurken bu sayı 1945'te 32'ye 1998'de ise toplamda 66'ya (35 parlamenter sekreter ve 31 devlet bakanı) yükselmiştir²³. Önemli ve büyük bakanlıklarda birden fazla bakan yardımcısının istihdam edilmesinin de bu büyümede etkisi olduğu aşikârdır. İlâveten

¹⁸ Teakston, (1999), s. 236 vd.

¹⁹ Benzer şekilde Bkz. Ignacio Arana Araya, "¿Quien le Susurra al Presidente? Asesores vs. Ministros en America Latina" *Politica/Revista de Ciencia Politica*, Vol. 50, No. 2, 2012, pp. 33-61, s. 44.

²⁰ Bu olgu, İngiltere örneği kapsamında olmak üzere, 1980'ler ile birlikte ön plana çıkmışsa da daha öncesinde de çeşitli makalelere konu olmuştur. Örneğin Milne tarafından 1950 yılında yapılan bir çalışmada bakanların bakan yardımcılara yaptıkları bu yetki devirlerinin kapsamının ne olması gerektiği tartışılmıştır. Milne'ye göre bakanlar, bakan yardımcılara yetki devredebilmekle birlikte özellikle politik açıdan önemli olabilecek konularda bakan yardımcılarının bakanların onayını alarak bu yetkiyi kullanmasında yarar vardır. Kaldı ki bakanların her daim bu yetkiyi geri alma ya da karar aşamasında ve öncesinde denetleme imkânı bulunmaktadır. Bkz. Milne, (1950), s. 441 vd.

²¹ Teakston, (1999), s. 235.

²² Teakston, (1999), s. 234.

²³ Teakston, (1999), s. 231.

bakan yardımcılarını, genelde parlamentolar karşısında siyasi açıdan sorumsuzdur. Yani bakanların devrettikleri yetkileri kullanmalarına karşın parlamentoya karşı bakanlar sorumlu olmaya devam etmektedir. Bunun bir avantajı, bakan yardımcılığı pozisyonunun geleceğin bakanlarının yetiştirilmesi için birer vasıta olarak kullanılmasıdır. Zira bu pozisyonlarda özellikle genç politikacılar istihdam edilmekte, bu kişiler arasından gelecekte kurulacak kabinelerde bakanlar yer alabilmektedir. Örneğin 1979'daki Tory kabinesindeki bakanların %60'ının bu görevden önce bakan yardımcılığı yapmış oldukları görülmektedir²⁴.

Çalışmamız bakımından ilgi çekici bir diğer konu ise bakan yardımcılığı pozisyonunun siyasi hesaplar ile dağıtılmasıdır. Şöyle ki tek parti iktidarı söz konusu olsa bile kabinenin lideri olan başkan veya başbakan, parti içi dengeleri gözeterek bakan yardımcılığı pozisyonunu dağıtabilmektedir. Örneğin İngiltere'de başbakan Tony Blair, bakan yardımcılığı pozisyonlarını belirlerken partisinin eski ve yeni hiziplerini dengelemeye çalışmıştır. Ayrıca bölgesel ve coğrafi açıdan da ilgili pozisyonlarda yer alacak kişilerin seçilmesine dikkat edildiği görülmektedir²⁵. Yine İngiltere'de Thatcher gibi başbakanların ise bakan yardımcılarını güvendiği ve kendi politikalarını takip edeceğine inandığı kimseler arasından seçtiği ve kuşku duyduğu bakanları gözetlemek gibi bir görevi onlara yüklediği ifade edilmektedir²⁶.

Bakanların ve bakan yardımcılarının parlamento üyesi olduğu sistemler başta olmak üzere, bu pozisyonlar siyasi partileri tatmin etmek ve parlamento desteğinden emin olabilmek amacıyla da kullanılabilir²⁷. Zira bir bakanın ya da bakan yardımcısının, hele ki parlamento üyesi ise, hükümetin bir politikasına parlamentoda ret oyu vermesi istisnaidir. Bu ise parlamentoların küçük olduğu ülkelerde neredeyse yürütmenin yasamaya sadece kendi üyeleri vasıtasıyla hâkim olmasını sağlayacaktır. Bu olguyu Kenya örneğinden açıklayabiliriz. 2010 öncesinde Kenya'da bakanlar ve bakan yardımcılarını parlamento üyesi olabilmektedir. 2005 yılındaki kabineye bakıldığında ise 31 bakan ve 38 bakan yardımcısı görev yaptığı görülmektedir. Parlamento ise 222 üyelidir. Yani par-

²⁴ Teakston, (1999), s. 240.

²⁵ Teakston, (1999), s. 242.

²⁶ Teakston, (1999), s. 241.

²⁷ Detaylı bilgi için Bkz. Philip Manow, Hendrik Zorn, "Office Versus Policy Motives in Portfolio Allocation", *Max-Planck-Institut Für Gesellschaftsforschung*, Discussion Paper, 04/9, 2004, s. 5-19; Elliot Bulmer, Government Formation and Removal Mechanisms, *International IDEA Constitution-Building Primer-17*, 2017, s. 35.

lamentonun %30'undan fazlası sadece hükümet üyesidir²⁸. Bu olgu ise Cranenburg tarafından *görevlerin kaynaşması (fusion of offices)* olarak tanımlanmaktadır²⁹.

Ülkemizde de bakan yardımcılığı kurumunun benzer amaçlar doğrultusunda sisteme entegre edildiği görülmektedir. 2011 yılında, 643 sayılı KHK vasıtasıyla, bakanların emir ve talimatları doğrultusunda, verdikleri işleri yapmak ve onlara yardımcı olmaları amacıyla bakan yardımcılığı kurumunun ihdas edildiği görülmektedir. Bununla birlikte her bakanlık açısından, hem bakan yardımcılığı kurumunun hem de müsteşarlık kurumunun aynı anda varlığını devam ettirmesi üzerine bakan yardımcıları ile müsteşarlar arasındaki hiyerarşinin nasıl şekilleneceği hususu muğlak bırakılmıştır. Bu ise doktrinde farklı tartışmaların ortaya atılmasına neden olmuştur. Esasında bakan yardımcılığı, idari yönünden ziyade bakanların parlamento ile arasındaki ilişkileri sağlayan ve bakanı parlamentoda temsil etmesi amaçlanan “siyasi müsteşarlık (*parlamentaire müsteşarlık*)³⁰” kurumunun canlandırılmasından başka bir husus değildir³¹. 643 sayılı KHK ile kabul edilen bakan yardımcılarının ataması üçlü kararnameler vasıtasıyla yapılmıştır. Ayrıca bakan yardımcıları, siyasi müsteşarlıklardan ayrı olarak milletvekili olmayanlar arasından atanmışken, parlamento karşısında siyasi sorumlulukları da öngörülmemiştir³². Fakat tıpkı siyasi müsteşarlar gibi bakanların parlamentodaki işlerini takip etmek gibi politik bir görevi bulunmasına karşın sistem içerisinde bakanlığın en üst idari amiri olarak müsteşarların mevcut bu-

²⁸ Oda van Cranenburgh, “Restraining Executive Power in Africa: Horizontal Accountability in Africa’s Hybrid Regimes”, *South African Journal of International Affairs*, Vol. 16, No. 1, 2009, s. 57.

²⁹ Cranenburg, (2009), s. 54.

³⁰ Mustafa Turan, “Cumhuriyet Döneminde İki Deneme: Siyasi Müsteşarlıklar ve Müstakil Grup”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1, Sa. 2, 1999, ss.27-42, s. 30.

³¹ 1937 tarihinde kabul edilen Devlet Dairelerinin Vekâletlere Tefriki ve Siyasî Müsteşarlıkların Vazifeleri Hakkında Kanun’a göre siyasi müsteşarların sayısını başbakan belirleyecektir (md 3). Görev süreleri ise bakanlar kurulunun görev süresi ile sınırlıdır (md 6). Kendilerine tevdi olunan belirli işlerden dolayı da TBMM karşısında şahsen sorumlulukları bulunmaktadır (md 5). Temelde ise maiyetinde bulunduğu bakanın direktifi dairesinde; bakanın bizzat yapacağı bütün işlerde vekile yardım etmek, idaresi kendilerine verilen belirli vekâlet hizmetleri hakkında ivap eden kararları vermek ve bakanlığın TBMM’deki işlerini takip etmekten ibarettir (md 7).; Siyasi müsteşarlar, TBMM üyeleri arasından görevlendirilmiştir. Buna karşın bu makam uzun ömürlü olamamış ve aynı yıl içerisinde bir başka kanun vasıtasıyla kaldırılmıştır. Turan, (1999), s. 31-33.

³² Tataroğlu, (2016), s. 535 vd.

lunması iki erk arasındaki hiyerarşi sorununu ortaya çıkarmıştır³³. 2017 sonrasında ülkemizde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin kabul edilmesini takiben müsteşarlık kurumunun tamamen kaldırılarak yerine bakan yardımcılığı kurumunun getirildiği görülmektedir. Bakan yardımcılarının atanma şartları ve usulü 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmektedir. Buna göre bakan yardımcısı, doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Atanma şartları ise CBK'nın 3. maddesine göre "657 sayılı Kanun'un 48. maddesinde sayılan genel şartları taşımak, en az dört yıllık yükseköğretim mezunu olmak, kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmak" şeklindedir.

II. Koalisyon Politikaları Bakımından Bakan Yardımcılığı Kurumunun İncelenmesi

A. Hükümet Sistemlerine Göre Koalisyonlar ve Bakanlara Karşı Güven

Bakan yardımcılarının koalisyonlar açısından ne gibi bir önemi bulunmaktadır? Bu noktada öncelikle iki hükümet sistemi bakımından önce koalisyonların kuruluş mantığından akabinde ise hükümet içerisindeki bakanların konumundan kısaca bahsetmekte yarar vardır. Parlamenter sistemlerde hükümet, parlamentonun içinden çıkmakta ve yasamanın güvenine sahip olmak durumundadır. Bu nedenle çok partili parlamenter sistemlerde, siyasi partilerden hiçbirinin parlamentonun çoğunluğunun desteğini elde edememesi durumunda, partilerin bir araya gelerek koalisyon hükümetlerini oluşturmaları gibi bir olgu söz konusudur³⁴. Bu hallerde partiler arasında açık ya da gizli bir süreç içerisinde koalisyon pazarlıkları yapılmaktadır. Bu pazarlıklar, bakanlıkların paylaşımı ve hükümet politikaları gibi unsurları kapsar. Asıl olgu, kurulacak koalisyon hükümetlerinin parlamento desteğini sağlamak olduğundan bu güvenin sarsılması hükümetin düşmesi anlamına gelir. Hatta ekseriyetle bir koalisyon hükümetinin parlamentonun güvenini yitirmesi seçimlerin yenilenmesini de beraberinde ge-

³³ Gözler, Kaplan, (2013), s. 16 vd; Tataroğlu, (2016), s. 536-537; Esra Dik, "643 Sayılı KHK ile Düzenlenen Bakan Yardımcılığı ile Hiyerarşik Örgütlenme İçerisindeki Konumu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 68, Sa. 4, 2013, ss. 121-145.

³⁴ Michael Laver, Kenneth A. Shepsle, "Cabinet Ministers and Government Formation in Parliamentary Democracies, *Cabinet Ministers and Parliamentary Government*, Ed. Michael Laver, Kenneth A. Shepsle, Cambridge, 1994, ss. 3-15.

tirmektedir³⁵. Buna mukabil başkanlık sistemlerinde başkan parlamentodan bağımsız olarak doğrudan halk tarafından seçilir. Kabinesini dilediği gibi kurmakta özgürdür. Fakat yine çok partili bir sistem içerisinde başkanın parlamentonun desteğini alarak arzu ettiği kanunları çıkartabilmek amacıyla parlamentodaki bazı siyasi partilere kabinesinde yer verdiği ve bir hükümet koalisyonu kurmayı amaçladığı vakidir³⁶.

Parlamente sistemlerde parlamentolar, başkanlık sisteminde ise parlamento ile başkanlar doğrudan halk tarafından seçilerek devleti yönetme yetkisini elde etmektedir. Fakat örneğin parlamente sistemlerde parlamento içerisinde çıkan kabine, parlamentodan bu yetkiyi devralmaktadır. Yani yetki veren (*principal*) parlamento, kabinede yer alan bakanlara (*agent*) hem toplu olarak hem de bireysel olarak yönetme yetkisini devretmektedir³⁷. Benzer şekilde başkanlık sisteminde ise halk tarafından yürütme yetkisini devralan başkan, bu yetkisini bakanları eliyle kullanır. Bu nedenle başkan (*principal*), yönetme yetkisini ilgili alanlar için bakanlara (*agent*) devretmektedir. Aslında, parlamente sistemlerde daha sık olmak üzere, kurulacak koalisyon kabineleri, öncesinde koalisyonların yürüteceği politikaları ve hangi noktalarda anlaşıklarını gösteren bir koalisyon sözleşmesi (*coalition agreement*) imzalamaktadır³⁸. Bu sözleşme, yetki verenin bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı konusunda kapsam ve sınırları belirlemesidir. Yetkiyi üstlenen de bu alanda belirli bir tasarrufta bulunma imkânına sahiptir³⁹. Bu tasarruf olgusu, yetki verenin yetkiyi kullanan karşısındaki zayıf noktasıdır. Yetkiyi kullananın, bakanın, yetki alanı konusunda bürokrasi vasıtasıyla elde edeceği bilgi ve yetenek dolayısıyla yetki vereni ikna etme gücü yüksek

³⁵ Wolfgang Müller, Kaare Strom, “Conclusion-Coalition Governance in Western Europe”, *Coalition Governments in Western Europe*, Ed. Wolfgang Müller, Kaare Strom, Oxford University Press, 2000, ss. 559-592, s. 579; Ömer Anayurt, Ahmet Ekinci, “Koalisyonlu Başkanlık Sistemi ve Latin Amerika Uygulaması”, *Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan*, Oniki Levha Yayınları, 2019, ss. 227-332, s. 246.

³⁶ Anayurt, Ekinci, (2019), s. 307-310.

³⁷ Royce Carroll, Gary W. Cox, “Shadowing Ministers: Monitoring Partners in Coalition Government”, *Comparative Political Studies*, 2012, pp. 220-236, s. 221; Terry Clark, Diana Jurgelevičiūtė, “‘Keeping Tabs’ on Coalition Partners’: a Theoretically Salient Case Study of Lithuanian Coalitional Governments”, *Europe-Asia Studies*, Vol. 60, No. 4, 2008, pp. 631-642, s. 632.

³⁸ Müller, Strom, (2000), s. 573.

³⁹ Carlos Pereira, Mariana Batista, Sergio Praça, Felix Lopez, “Watchdogs in Our Midst: How Presidents Monitor Coalitions in Brazil’s Multiparty Presidential Regime”, *Latin American Politics and Society*, 2017, pp. 1-21, s. 1, 2; Araya, (2012), s. 38.

olacaktır⁴⁰. Bu durum ise yetkiyi kullanan için bir avantaj iken yetkiyi veren açısından bir maliyet oluşturur. Bu maliyet ise “ajan maliyeti” (*agency cost*) olarak ifade edilmektedir⁴¹. Bu nedendir ki ilgili bakanlık bakımından bakanın “*diktatör*” olarak nitelendiği dâhi vakidir⁴². İşte her iki sistem bakımından da yürütmenin parlamentoda tek partili bir çoğunluk desteğine sahip olması durumunda yetki veren ile yetkiyi kullanan arasında bir işbirliği söz konusu olacaktır.

Ancak koalisyon hükümetleri söz konusu olduğunda ise mesele karışıktır. Zira her bir siyasi partinin seçimlerde ileri sürdüğü bir takım seçim vaatleri söz konusu olmaktadır. İktidarı elde etmeleri durumunda her parti bu vaatleri hayata geçirmek isteyecektir. Bu ise her bir siyasi partinin siyasi düzlemde birbirinden benzeşen ve ayrışan noktalarda konumlanmaları sonucunu doğurur. Koalisyon durumunda, bakanlıkların farklı partiler eliyle kullanılması durumunda ise her bir siyasi parti, kendi ideolojisi ve programı yönünde bir politika gerçekleştirmek isteyebilir⁴³. Zira her bir bakanlığa atanan bakanlar ilgili bakanlık bakımından tek yetkili hâline gelmektedir. Bu bakanlık sathı mailinde kullanılan yetkiden dolayı o sorumludur ve bu yetkinin kullanılması bakımından idari ve teknik bilgiye ondan başka sahip olan başka bir bakanlık söz konusu değildir. Bakanın kararlarının teknik ve idari bakımdan doğruluğunun yeterli şekilde denetlenememesi ise bakanı, bakanlık işleri bakımından güçlü bir konuma oturtmaktadır.

Başkancı sistemler bakımından mesele biraz daha karmaşık olabilmektedir. Parlatonun güvenine sahip olmak zorunda olmayan başkanın kabinesine ağırlıklı olarak kendi partisinden üyelere ya da bağımsızlara yer vermesi olasıdır⁴⁴. Zira başkanlar, önem verdiği bakanlıkların koalisyon üyeleri tarafından doldurulmasına rıza göstermeyebilir. Ayrıca bilhassa başkanlar ile parlamenter-

⁴⁰ Daniela Giannetti, Michael Laver, “Policy Positions and Jobs in the Government”, *European Journal of Political Research*, Vol. 44, 2005, pp. 91-120, s. 92, 97; Greene, Jensen, (2014), s. 97, 99.

⁴¹ Cecilia Martinez-Gallardo, Petra Schleiter, “Choosing Whom to Trust: Agency Risks and Cabinet Partisanship in Presidential Democracies”, *Comparative Political Studies*, pp. 1-34, s. 2.

⁴² Carroll, Cox, (2012), s. 222; Matt Evans, “Analysing Payoff Saliency in Coalition Allocation: Ministers, Deputy Ministers and Committee Chairs”, *Government and Opposition*, 2018, pp. 1-21, s. 3.

⁴³ Giannetti, Laver, (2005), 3.

⁴⁴ Anayurt, Ekinci, (2019), s. 293-297.

lerin farklı tarihlerde seçildiği sistemlerde parlamenterler ile başkan arasında, aynı partiden olsalar bile bir amaç ayrılığı bulunabilecektir⁴⁵. Bu nedenden dolayı ki yürütmenin tek parti tarafından idare edildiği dönemlerde dâhi başkanlar, bu bakanlıklara politikacı atamak istemeyebilir. Bu nedenle de ilgili pozisyonlar bakımından başkanların politikacıların yerine kişisel olarak güven duyduğu teknokrat ya da partili olmayan kişileri atadığı ifade edilmektedir⁴⁶.

Bilhassa ideolojik olarak birbirine karşı mesafeli siyasi partiler tarafından oluşturulan koalisyon hükümetleri durumunda ise bu olgu, ilgili bakanlığı elinde bulundurmayan siyasi partiler açısından dezavantaj hâline gelebilir⁴⁷. İlgili bakanlık tarafından kullanılan bir yetki, diğer koalisyon üyeleri tarafından da onaylanmış kabul edilecektir. Bu durumda ise koalisyon partileri arasında bir gerilim ortaya çıkaracak ve koalisyon hükümetinin kısa sürede dağılması söz konusu olabilecektir. Bunun önüne geçebilmek adına koalisyonu oluşturan partiler, koalisyon içi bazı denetim mekanizmalarını hayata geçirmektedir. Bu denetim mekanizmalarından biri de *bakan yardımcılığı* kurumudur. Bu kurum vasıtasıyla partiler, kendilerinin bakanlık kademesinde elde edemediği bir bakanlığa bir bakan yardımcısı görevlendirmek vasıtasıyla ilgili bakanlık uygulamalarını takip ve denetleme imkânı elde etmektedir⁴⁸. Böylelikle bakanın kendisi ve partisi lehine koalisyon hükümetinin kuruluş aşamasında partiler arasında odaylaşma yoluyla ortaya konulan koalisyon sözleşmesini ihlal etmemesi sağ-

⁴⁵ David J Samuels, Matthew Soberg Shugart, “Presidentialism, Elections and Representation”, *Journal of Theoretical Politics*, C. 15, Sa. 1, 2003, ss. 33-60, s. 45.

⁴⁶ Örneğin 2000 yılında Meksika’da Vicente Fox, Partido Accion Nacional (PAN) partisinin adayı olarak başkanlık seçimlerini kazanmıştır. Ancak partinin farklı hizipleri ile siyasi olarak anlaşmamaktadır. Bu nedenle seçimlerden sonra PAN’ın başkanın kabinesini atama yetkisine saygı göstermesi gerektiği açıklamasını yapmıştır. Benzer bir durumun 1989-1991 yılları arasında Venezuela’da başkan Perez ile partisi Accion Democratica (AD) arasında, Pazar ekonomisi ile ilgili reformlar konusunda yaşanmış, başkan kabinesindeki AD’li bakanlardan sa kendi politik dostlarını bakan olarak istihdam etmiştir. Her iki örneğin ortak noktası, ilgili tarihler itibarıyla, parlamento ile başkanlık seçimlerinin ayrı zamanlı olması ve parlamento için ara seçimlerin öngörülmesi olmasıdır. Bununla birlikte Martinez-Gallardo ve Schleiter, farklı gerekçelere dayanarak da başkan ve partisi arasında çekişmenin olabileceğini ve bunlar dolayısıyla başkanın partili olmayanları bakan olarak atayabileceğini ifade etmektedir. Martinez-Gallardo, Schleiter, (2014), s. 2-3, 9 vd.

⁴⁷ Zachary Greene, Christian B Jensen, “Manifestos, Salience and Junior Ministerial Appointments”, *Party Politics*, 2014, pp. 1-14, s. 3; İdeolojik olarak birbirine yakın partilerin kurduğu koalisyonların daha istikrarlı olduğuna dair Bkz. Hasan Tunç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s. 174.

⁴⁸ Manow, Zorn, (2004), s. 5; Wolfgang C Müller, Thomas M. Meyer, “Meeting the Challenges of Representation and Accountability in Multi-party Governments”, *West European Politics*, Vol. 33, No. 5, 2010, pp. 1065-1092 s. 1082.

lanmaktadır. Aksi husus ise koalisyonları bir ortak mutabakata dayalı hükümet yapısından ziyade farklı bakanlıkları elde etmiş partilerin politikalarının toplamından oluşan bir yapıya dönüştürmektedir. Bakan yardımcılığı mekanizması ise bunu engellemeyi amaçlamaktadır. Şöyle ki bakan tarafından, kendisi ve partisi lehine fakat koalisyon sözleşmesi aleyhine bir kararın alınması ya da bir politikanın yürütülmesi durumunda bakan yardımcısı, ilgili durumu kendi partisi başta olmak üzere koalisyonu oluşturan diğer partileri haberdar edebilecektir⁴⁹. Daha en başından koalisyon ruhuna uygun bir politikanın ilgili bakanlıklara yürütülmesi de temin edilmiş olacaktır. Zaten bu nedenledir ki bakan yardımcılığı kurumu için *gözlemci (watchdog)*⁵⁰, siyasi devriye (*politic patrol*)⁵¹ ve hatta muhbir (*whisper-blower*)⁵² ifadesinin kullanıldığı görülmektedir.

B. Koalisyon Politikaları Çerçevesinde Bakan Yardımcılarının İşlevleri ve Onlara İhtiyaç Duyulan Durumlar

Koalisyonlarda, bakan yardımcılığı kurumunun politik bir dengeyi kurması ne ölçüde ihtiyaç hâline gelmektedir? Ya da bakan yardımcılarını yalnızca politik denge kurmak açısından mı kullanılmaktadır? Bu hususların cevaplanması, temelde koalisyonların istikrarına etki etmesi bakımından da önem arz etmektedir.

Bakan yardımcılarını bakanları denetlemek gibi bir fonksiyon yüklemek kendi içerisinde bir maliyeti de barındırmaktadır⁵³. Örneğin bakan yardımcılarının söz konusu denge ve denetleme faaliyetlerini çok sıkı bir şekilde icra etmeleri durumunda karar alınmaz bir duruma gelinebilir. Aksi durumda ise hükümetin idaresinden sorumlu büyük parti politikasına aykırı ya da başkanlık sisteminde başkanın arzu ettiği dışında bir politika da tatbik edilebilir⁵⁴. Bu nedenle, ancak gerekli olduğunda böyle bir denetimin oluşturulması faydalı olacaktır. Bu fayda ve maliyet dengesi bakımından bazı tespitlerin yapıldığı görülmektedir. Bir kere bir ülkede *bakanlık kurumunu zaten denetlemekte olan dış kurumsal etmenler söz konusu ise bakanları bir de bakan yardımcılığı vasıtasıyla de-*

⁴⁹ Carroll, Cox, (2012), s. 222 vd; Evans, (2018), s. 3; Müller, Meyer, (2010), s. 1076.

⁵⁰ Greene, Jensen, (2014), s. 2; Müller, Meyer, (2010), s. 1076; Manow, Zorn, (2004), s. 5.

⁵¹ Müller, Meyer, (2010), s. 1082.

⁵² Clark, Jurgelevičiūtė, (2008), s. 631.

⁵³ Carroll, Cox, (2012), s. 222; Müller, Meyer, (2010), s. 1084-1085.

⁵⁴ Pereira, Batista, Praça, Felix, (2017), s. 2.

netlemek için büyük bir teşvik yoktur. Örneğin federal sistem söz konusu ise eyaletlerin hükümetleri ve ilgili bakanları, federal düzeydeki hükümet ve bakanlar üzerinde sınırlandırıcı bir etkiye sahip olacaktır. Benzer şekilde yine federal yapı ile de bağlantılı olarak, parlamentoların çok güçlü olduğu ülkelerde parlamentolar bakanlar için bir denge ve denetim faaliyeti yürütebilmektedir. İlgili bakanlıklar tarafından verilen kanun tasarılarının görüşülmesi hususunda ya da parlamentoların diğer araştırma komisyonları vasıtasıyla bakanlar zaten her an denetim altında olacağından bakanları ayrıca bir de bakan yardımcısı vasıtasıyla denetlemeye gerek bulunmamaktadır. Aksine bir ülkede bakanı denetleyebilecek mekanizmalar sınırlı ise, yani hem parlamentolar güçsüz hem de üniter yapı söz konusu ise, bakan yardımcılığı kurumu önem kazanmaktadır. Parlamentolar yeterince kurumsallaşmamış ve komisyonları denetim yapabilecek kadar güçlü değilse koalisyon üyesi partiler, bakanınkinden farklı bir partiye mensup bir bakan yardımcısı ile bakanı gözetim altında tutmaya çalışmaktadır⁵⁵. Bu açıdan bir kıyaslama yapan Thies, federal yapının hâkim olduğu Almanya'da bakan yardımcılarının bakanları denetlemek için bir araç olarak kullanılmadığını buna karşın bakanların güçlü bir pozisyonda olduğu İtalya, Hollanda ve hatta Japonya'da bakanları her an denetim altında tutabilmek maksadıyla sürekli bakan ile aynı partiden olmayan farklı bir koalisyon üyesi partiye mensup bakan yardımcılarının o bakanlıkta görevlendirildiğini ifade etmektedir⁵⁶.

Diğer yandan ideolojik olarak birbirine uzak siyasi partiler tarafından kurulan koalisyonlar durumunda partilerin birbirine güveni azdır. Bu durumda başkan veya kabine lideri, diğer partileri denetim altında tutmaya çalışacaktır⁵⁷. Kaldı ki koalisyonlarda; siyasi açıdan ön plana çıkan bakanlıkların farklı partiler elinde olması durumunda, bu partiler ilgili bakanlıklardan sürekli haberdar olmak ve denetim altında tutmak isteyeceklerdir. Dolayısıyla da *ideolojik olarak birbirinden uzak partiler tarafından kurulan koalisyonlarda*⁵⁸ ve *önemli bakanlıklar*⁵⁹ söz konusu olduğunda ilgili bakanlığı elde etmeyen partilerin

⁵⁵ Clark, Jurgelevičiūtė, (2008), s. 632, 639.

⁵⁶ Thies, (2001), s. 591-595.

⁵⁷ Araya, (2012), s. 39.

⁵⁸ Giannetti, Laver, (2005), s. 92, 97.

⁵⁹ Önemli bakanlık olgusu ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin Latin Amerika ülkelerinin önemli bir kısmında ekonomi ile ilgili Tarım, Balıkçılık, Maden, Turizm ve Ticaret Bakanlıkları ön plana çıkmaktadır. ABD'de ise ülkenin dış politikadaki konumunu ve avantajlarını muhafaza etmek amacıyla Dış İşleri Bakanlığı (*sekreterliği*) ön plandadır. Ya da

bakan yardımcılığı pozisyonu vasıtasıyla bu kurumları denetlemeye ihtiyaç duydukları görülmektedir. Örneğin 1979 yılında İtalya’da koalisyon üyesi olan İtalyan Demokratik Sosyalist Parti’nin ideolojik olarak kendisine muhalif konumdaki diğer koalisyon üyesi partiler tarafından elde edilen 13 bakanlığın altısına bakan yardımcılığı vasıtasıyla dâhil olduğu, bunların dördünün ise ön plana çıkan bakanlıklar olduğu ifade edilmektedir⁶⁰.

Ayrıca Müller ve Meyer, söz konusu denetimin maliyeti dolayısıyla, uzun ömürlü olma ihtimali yüksek koalisyon hükümetlerinde bu mekanizmaya başvurulduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle azınlık hükümetleri ya da diğer seçimlere az bir süre kala kurulan hükümetlerin bu kuruma nadiren başvurduklarını ileri sürmektedir⁶¹.

Çalışmalar göstermektedir ki, bakan yardımcılığı kurumuna yalnızca bakanları denetlemek maksadıyla başvurulmamaktadır. Koalisyon kabinelerine istikrar sağlayan unsurlardan biri, kabine koltuklarının partiler arasında, partilerin parlamentodaki güçlerine orantılı bir şekilde dağıtılmasıdır⁶². Bununla birlikte Parlamenter sistem ağırlıklı olmak üzere, bazı durumlarda küçük partiler koalisyon görüşmelerinden kârlı çıkabilir. Zira parlamento çoğunluğunu sağlayabilmek için bu küçük partilerin desteğini elde edebilmek amacıyla koalisyon görüşmelerini yöneten büyük partiler onları ikna edebilmek için bazı imtiyazlar verebilmektedir. Bu ise kabinenin orantılılığı üzerinde olumsuz etki etmektedir. İşte *bu büyük partilerin* kayıplarını bir şekilde tazmin etmesi gerekmektedir. Yani bazı ülkelerde partiler, salt daha fazla makam elde etmek amacıyla dâhi olsa elde edemedikleri bakanlıklar açısından bakan yardımcılığı makamına talip olabilmektedir. Bu nedenle *partiler, hem kayıplarını tazmin edebilmek hem de bu diğer partileri gözetim altında tutabilmek adına ilgili bakanlıklarda kendi partilerine mensup bakan yardımcılarının görev yapmasını sağladıkları ifade edilmektedir⁶³*. Bu durumun farklı bir izahı daha yapılmaktadır. O da şudur ki özellikle büyük partiler, pazarlıkta kaybettikleri bakanlıkları bakan yardımcılığı vasıtasıyla elde etmektedir. Yani büyük partiler, ilgili makamları birer ödül

ülkelerdeki iktidarın ideolojisine göre Savunma, Adalet, Eğitim, Çalışma Bakanlıkları da ön plana çıkabilmektedir. Bkz. Araya, (2012), s. 40.

⁶⁰ Greene, Jensen, (2014), s. 6.

⁶¹ Müller, Meyer, (2010), s. 1084-1085.

⁶² Anayurt, Ekinci, (2019), s. 288-289.

⁶³ Evans, (2018), s. 4-5; Manow, Zorn, (2004), s. 6.

olarak telakki etmekte, bakanlık seviyesinde kaybettiklerini bakan yardımcılığı makamını elde ederek gidermektedir. Manow ve Zorn'un araştırmasına göre bu ülkeler *İtalya*, *Fransa* ve *Portekiz* ön plana çıkmakta iken *Belçika* ve *Almanya*'da da bu husus dikkat çekicidir. Buna karşın *İsveç*, *Lüksemburg* ve *Norveç* gibi ülkelerde ise ilgili pozisyonun bir tazmin aracı değil tamamen denetim aracı olarak kullanılması ise dikkat çekicidir⁶⁴. Bir siyasi denge ve denetimden ziyade ilgili partinin fazladan makam elde etme amacının gerçekleşmesi söz konusudur.

II. Hükümet Sistemlerine Göre Bakan Yardımcılığı Kurumunun Koalisyon Politikaları ile İlişkisi

A. Parlamenter Sistemler

Bakan yardımcılığı kurumunun bakanlar karşısında denetim aracı olarak kullanılmasına ilişkin çalışmaların önemli bir kısmı parlamenter hükümet sistemleri üzerinedir. Bu bağlamda Thies tarafından 2001 yılında yapılan çalışma, kurumun önemini ortaya koyar niteliktedir. Thies, Almanya, İtalya, Hollanda ve Japonya'da bakan yardımcılarının bakanlıklara dağılımını incelemiştir. Yazara göre, bir bakanlıktaki bakan ve bakan yardımcıları farklı partilere mensup ise burada bakan yardımcılarının denetim maksadıyla görev yaptığı kabul edilebilir. Eğer bakan ve bakan yardımcısı aynı partiye mensup ise burada bakanlığın tek bir partiye verildiği kabul edileceğinden bakanın eylem ve işlemlerinin denetimi zorlaşacaktır.

İtalya'da 1970-1989 arası dönemde 18 koalisyon hükümeti kurulmuş, bu hükümetlerde 340 bakan görev yapmıştır. Bunların yalnızca 12'sine farklı bir partiden bakan atanmadığı ifade edilmektedir. Özellikle dönemin öncü partisi, Hristiyan Demokrat Parti (*DC*) yalnızca bir kez pozisyon olarak bakan yardımcısı (*undersecretary-sottosegretari*) bulundurmazken diğerlerinde bakan yardımcılığı pozisyonunu doldurmuştur. Diğer koalisyon partileri de aynı yöntemi tercih etmiştir. Bu kapsamda, 382 bakan yardımcılığı pozisyonunun 340'ı için partiler, bakanı dengeleyici şekilde farklı partilere mensup bakan yardımcılarını atamıştır⁶⁵. Benzer şekilde, 1993-1996 yılları arasında *Japonya*'daki koalisyon hükümeti döneminde de 80 bakanın 59 bakan yardımcısı (*parliamentary vice-*

⁶⁴ Manow, Zorn, (2004), s. 15-16.

⁶⁵ Thies, (2001), s. 591.

minister-seimu jikan) vardır⁶⁶. Bakan yardımcısı olmayan bakanlıkların büyük parti Liberal Demokrat Parti (LDP)'nin bakanlıkları olduğu görülmektedir. Buna karşın LDP'nin bakanlık makamında bulunmadığı 43 bakanlığın biri hariç hepsinde denetimi sağlamak amacıyla bakan yardımcılığı pozisyonunda bulunduğu görülmektedir. Diğer partiler de yetersiz olsa da bakan yardımcılığı pozisyonunu etkili bir şekilde kullanmaya çalıştığı ifade edilmektedir⁶⁷. *Hollanda'da ise* bakan yardımcılığı kurumunun koalisyon pazarlığı noktasında önemli bir noktaya oturduğu görülmektedir. Bu bağlamda bakanlığı elde edemeyen partiler bakan yardımcılığı kurumuna ağırlık vermiştir. İlgili dönemde (1971-1994) görev yapan 120 bakanın 76'sına rakip bir bakan yardımcısının atandığı ifade edilmektedir⁶⁸. *Almanya* ise (1966-1990) dönemi için bu örneklere bir istisna teşkil etmektedir. Zira belirtilen dönemde görev yapan 159 bakanın yalnızca 19'unun rakip partiye mensup bakan yardımcıları (*parliamentary state secretary-parlamentarische staatssekretare*) ile dengelenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bunların 14'ü Özgür Demokratik Parti (FDP)'li bakanlıklar iken diğer 5'i FDP tarafından bakan yardımcısı atanan bakanlıklardır⁶⁹. Benzer şekilde *Litvanya'da* (1996-2006) demokrasiye geçiş sonrasında kurulan koalisyon hükümetlerinde bakan yardımcılığı kurumunun bakanları denetlemek için bir araç olarak kullanıldığı açıkça ifade edilmektedir. Bu bağlamda Clark ve Jurgelevičiūtė, Litvanya'da kurulan, 8-13. hükümetleri incelemiş, yalnızca 12. hükümette İç İşleri bakanlığının hem bakan hem de bakan yardımcısının aynı partiye mensup olduğunu, bunun dışındaki tüm bakanlıkların farklı partiye mensup bir diğer bakan yardımcısı vasıtasıyla denetlendiğini ifade etmektedir⁷⁰. İncelenen tüm ülkeler bakımından ise bakanlıkların ülke siyaseti için önemli olması durumunda bakan yardımcılığı mekanizması ile denetlenme ihtimalinin arttığı görülmektedir⁷¹.

İncelenen ülkelerin Almanya hariç tamamında bakan yardımcılıkları bir denge unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Almanya'da ise yukarıda ifade edildiği üzere, federalizmin ve etkin parlamenter denetimin bakan yardımcılığı kurumunu, bir denetleme mekanizması olarak kullanmayı gereksiz kılması nede-

⁶⁶ Thies, (2001), s. 591.

⁶⁷ Thies, (2001), s. 591.

⁶⁸ Thies, (2001), s. 591.

⁶⁹ Thies, (2001), s. 592.

⁷⁰ Clark, Jurgelevičiūtė, (2008), s. 634 vd.

⁷¹ Thies, (2001), s. 594-595; Clark, Jurgelevičiūtė, (2008), s.635.

niyle nadiren başvurulan bir olgu haline getirmektedir⁷². Zira Litvanya özelinde de Clark ve Jurgelevičiūtė, ülkede parlamenter denetimin etkin ve kurumsal bir şekilde tesis edilmesi durumunda bakan yardımcılığında parlamentonun komisyonları vasıtasıyla denetimin tercih edilmesini tavsiye etmektedir. Zira bakan yardımcılığının denetim fonksiyonu diğer yandan karar alım sürecinin zorlaşmasını ve gecikmesini de beraberinde getirmektedir⁷³.

B. Başkanlık Sistemleri

Başkanlık sistemlerinde kabineyi kurmak ve idare etmek başkanın görevidir. Anayasal sınırlar dâhilinde dilediği bakanı atama ve görevden alma yetkisine sahiptir. Bununla birlikte çok partili sistemlerde başkanlar parlamentonun desteğini elde edebilmek maksadıyla koalisyon kabineleri kurabilmektedir. Fakat yukarıda ifade edildiği üzere başkanın farklı partilerden atadığı bakanlar dolayısıyla arzu ettiği politikaların yürütülmesi aksayabileceği gibi, bakanlar, başkanınkinden farklı politikalar da yürütebilir. Başkanlar ise bakanlara ne kadar güven duymaz ise gücü merkezinde o derece toplamaya çalışacaktır. Bu amaçla özel danışmanlarına daha fazla güveneceği gibi⁷⁴ bakanları denetim altında tutmanın yollarını da arayacaktır. Bu nedenle başkanlar, bakan yardımcılığı (*subsecretario*) ya da yürütme sekreteri (*secretarios ejecutivos*) denilen kurumlar vasıtasıyla bakanları denetleyebilmektedir. Ayrıca başkanın diğer partileri koalisyonla davet ederken bakan yardımcılığı kurumunu da bir teşvik olarak kullandığı, bu sayede partiler arasında koltuk dağıtırken manevra kabiliyetinin de arttığı doktrinde ifade edilmektedir⁷⁵. Bu noktadaki çalışmalar, koalisyonlu başkanlık sistemi olarak kabul edilen Latin Amerika ülkeleri ile ilgilidir⁷⁶. Fakat ülkeden ülkeye söz konusu kurumun başkanlar tarafından ele alınış

⁷² Thies, (2001), s. 587, 588.

⁷³ Clark, Jurgelevičiūtė, (2008), s.632, 639.

⁷⁴ Başkanlar tek parti iktidarı dönemlerinde gücü elinde tutmak için daha az teşviğe sahip olmasına karşın koalisyon iktidarı dönemlerinde ya da partisi ile arasında bir çekişme olması durumunda bu olgu güçlenmektedir. Peter Siavelis, "Cabinets and Informal Advisory Networks in Multiparty Presidential Systems", *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 46, No. 3, 2016, pp. 569-591, 572.

⁷⁵ Natan Skigin, Ivan Seira, "Estrategias de Designacion Presidenciales. La Congormacion de Gabinetes en Gobiernos de Coalicion en America Latina", *Presentacion en el XII Congreso Nacional y V Congreso Internacional sobre Democracia*, 2016, s. 15.

⁷⁶ Ancak şu unutulmamalıdır ki başkanların bakanlar karşısındaki tek sınırlandırıcı gücü bakan yardımcılarını değildir. Başkanları bakanlar karşısında güçlü kılan en önemli husus, onun bilgiye erişimidir. Başkan bilgiye ne kadar hızlı erişebiliyor ise başkanlar karşısında o ölçüde güçlüdür. Bu bağlamda araştırmalar başkanların bakanlıkların çalışma faaliyetleri ile ilgili

biçimi değişmektedir. Brezilya’da başkanlar, gücü elinde tutmak için kabineye giren diğer partileri ve hatta kendi partilerini dâhi denetim altında tutmayı öncelerken, Şili’de Concertacion kabinelerindeki tüm partiler arasında bakanlar ile bakan yardımcılarının farklı partilerden olacağına ilişkin bir anlaşma (*cueteo*) bulunmaktadır. Uruguay’da ise iktidarı elinde bulunduran parti veya başkanlar arasında tercih farklılıkları dikkat çekmektedir.

Bakan yardımcılarını etkin denetleme mekanizması olarak kullanan başkanlık sistemlerinden biri *Brezilya’dır*. Brezilya’da bakan yardımcılığı kurumu yoktur. Buna karşın, bakanlık hiyerarşisinde bakandan sonra gelmek üzere *yürütme sekreterleri (secretarios executivos)* bulunmaktadır. Bu sekreterler sadece bakanların altında yer almaz aynı zamanda bakanlıktaki programların koordinatörlerinin başarılarının ve performanslarının denetimini gerçekleştirir. Yani yürütme sekreterleri bakanlara karar alımında yardımcı olurken bazı konularda doğrudan başkan ile irtibatlıdır⁷⁷. Özellikle 1995-1998 yılları arasında başkan Cardoso, kurduğu geniş çoğunluk kabinesini denetleyebilmek için, koalisyon-daki diğer partilerin bakanlarına birer bakan yardımcısı atamıştır. Fakat başkanlık sistemindeki başkanın konumu gereği, bu bakanlıklardaki memurlar dâhi başkanın birer denetçisi olabilmektedir. Yani bakan yardımcılarının doğrudan başkanın partisinden olmasında bir zaruret yoktur. Örneğin 2010-2016 yıllarında görev yapan Dilma Rousseff, koalisyon ortağı Partido Republica’nın bakanlıklarını denetlemesi amacıyla teknokratları bakan yardımcısı olarak görevlendirmiştir⁷⁸. Hatta Brezilya özelinde bürokrat olarak atanan bakan yardımcılarının oranının partili olanlara kıyasla üç kat daha fazla olduğu görülmektedir⁷⁹. İlâveten 1995-2010 yılları arasında görev yapan ve bir partiye mensup olan 135

olarak danışmanlar (*asesores*) istihdam ettiğini ortaya koymaktadır. Örneğin Nikaragua’nın eski Başkanı Enrique Bolaños, bakanlarının yanında kendisine *vatansever yönleri ağır basan fikirler vermesi amacıyla seçtiği dostlarından* oluşan bir danışman ekibinin olduğunu ifade etmektedir. Benzer şekilde Honduras’ın eski başkanlarından Roberto Micheletti, başkanın tek başına yönetmesinin zor olduğunu, bu nedenle her adımında kendisine ekonomik, hukuki ve diğer konularda tavsiyelerde bulunacak danışmanlar istihdam ettiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte danışmanlar ile bakanlar arasından, hangisinin başkanlara daha fazla yardımcı olduğu hususu ise ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin, Şili’nin eski başkanlarından Eduardo Frei ya da Panama’nın eski başkanlarından Ernesto Pérez, danışmanlar istihdam etmekle birlikte bakanlardan daha fazla istifade ettiğini itiraf etmektedir. Kosta Rika’nı eski başkanlarından Rafael Calderon ise hem danışmanlarını hem de bakanlarını ayrı ayrı dinlediğini orta yolu bulmaya çalıştığını ifade etmektedir. Bkz. Araya, (2012), s. 41.

⁷⁷ Pereira, Batista, Praça, Felix, (2017), s. 10.

⁷⁸ Pereira, Batista, Praça, Felix, (2017), s. 10, 14.

⁷⁹ Pereira, Batista, Praça, Felix, (2017), s. 14.

bakanı denetlemesi amacıyla başkanlar Cardoso ve Lula da Silva'nın 99 adet bakan yardımcısı (%73) atadığı ifade edilmektedir⁸⁰. Brezilya'da başkanlar her ne kadar koalisyon kabineleri kurmakta ise de hayati olarak addettiği bakanlıklara partili değil bağımsız bakanlar atamaktadır⁸¹. Bağımsız olarak atadığı bakanları ise bizzat kendi yakın çevresinden atadığı için bu bakanları ayrıca denetleyecek bir bakan yardımcısı atamadığı ifade edilmektedir⁸². Örneğin ekonomi bakanlığının genelde bağımsız kişiler tarafından üstlenildiği görülmektedir⁸³. Bunun nedeni ise Brezilya'nın sahip olduğu federalizm, çok partili yapı ve disiplinsiz parti yapısı nedeniyle zaman zaman kendi partisinden dâhi destek görmekte zorlanmasıdır⁸⁴. Brezilya'da politikaya etki eden husus yerel taleplerdir⁸⁵. Bu nedenle başkanlar ile bakanları arasında, aynı partilerden olsa bile, politik tercihleri bakımından çatışmalar meydana gelebilir. Bu nedenle başkanlar kendi partilerinin üyelerine dâhi güvenemeyebilir. Bu durumda Brezilya'da bakan yardımcılarının kullanılış amacı, koalisyonu dengede tutmanın yanında tüm kabine karşısında başkanın çıkarlarını korumak olarak ifade edilebilecektir.

Bu konuda incelenebilecek bir diğer ülke de *Şili'dir*. Zira Şili, koalisyonları başarı ile uygulayan önemli bir Latin Amerika ülkesidir⁸⁶. Şili'de bakan yardımcılığı kurumunun dağılışı, koalisyon anlaşması çerçevesinde belirlenmektedir. Anayasa'nın 32/7 hükmüne göre bakanları ve bakan yardımcılarını (*subsecretarios*) atamak ve görevden almak yetkisi doğrudan başkana verilmiştir⁸⁷. Şili'de, diktatör Pinochet yönetimi sonrasında 1990'lar ile birlikte demokrasiye geçildiği görülmektedir. Bu dönemde etki eden önemli husus ise sol ve merkez partilerin bir araya geldiği *Concertacion* ittifakıdır. Concertacion kabineleri 1990-2010 yılları arasındaki dönemi kapsamaktadır. Concertacion kabinelerine

⁸⁰ Pereira, Batista, Praça, Felix, (2017), s. 13.

⁸¹ Anayurt, Ekinci, (2019), 294.

⁸² Pereira, Batista, Praça, Felix, (2017), s. 13.

⁸³ Pereira, Batista, Praça, Felix, (2017), s. 14.

⁸⁴ Mainwaring, çok partili yapı ile başkanlık sisteminin zor bir kombinasyon (*difficult combination*) olduğunu ifade etmektedir. Hele ki kutuplaşım söz konusu ise bir tikanık meydana gelmektedir. Bkz. Scott Mainwaring, "Presidentialism, Multipartism, and Democracy: The Difficult Combination, *Comparative Political Studies* 1993, ss. 198-228, s. 200, 214 vd.

⁸⁵ Ahmet Ekinci, Serkan Nebi Yıldırım, "Brezilya'nın Başkanlık Sistemi Uygulaması", *Dört Kitada Başkanlık Sistemi*, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, Astana Yayınları, 2017, ss. 130-188, s. 171.

⁸⁶ Anayurt, Ekinci, (2019), s. 313-315.

⁸⁷ Bkz. Şili Anayasası, md. 32/7, https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_0517.pdf, (Erişim tarihi: 14.11.2019).

etki eden üç esas bulunmaktadır. Bu esaslar koalisyon içerisindeki partiler arasındaki anlaşmanın tezahürüdür. Buna göre (1) *kabinedeki koltuklar, koalisyondaki partiler arasında, parlamentodaki güçleri oranında dağıtılacaktır.* (2) *Başkanın partisi, kabine içerisinde küçük partiler lehine eksik temsil edilecektir.* (3) *En önemli husus da şudur ki kabine paylaşımı çapraz dağıtım (transversalidad) ilkesi çerçevesinde dağıtılacaktır*⁸⁸. İlgili dönem içerisinde görev alan başkanların da bu üç kurala riayet etmeye çalıştıkları görülmektedir. Bu bağlamda kabinelerin genelde partili üyeler tarafından teşekkül ettiği görülmektedir. Ayrıca Şili'deki Concertacion kabinelerinin bir özelliği olarak bakan yardımcılığı kurumunu bakanların denetimi için bir araç olarak kullandıkları görülmektedir. Bu ise özellikle askeri darbe ile neticelenen Salvador Allende'nin (1970-1973) yılları arasında tek bir parti tarafından kontrol edilen bakanlıkların bir nevi "dikey federalizm" ile yönetime evirildiği, denetimin gerçekleştirmediği bir yönetimin engellenmek istenmesi ile ilgilidir⁸⁹. Buna karşılık olarak yeni dönem Şili kabinelerinin yatay uyumu (*integracion horizontal*) hesap verebilirliği ön plana çıkarmak suretiyle koalisyonda yer alan partileri birbirine bağımlı kılma yolunu seçtiği, her bir bakanlığı farklı bir partinin bakan yardımcısı ile dengelediği görülmektedir⁹⁰. Bu çapraz dağıtım oran olarak ifade etmek gerekirse, *Alywin döneminde %78, Frei döneminde % 71.2, Lagos döneminde % 87 ve Bachelet döneminde ise %96* oranında bakanlar ve bakan yardımcılarını farklı partilerden seçilmiştir⁹¹. 2010 sonrasında ise Pinera'nın kabinede bağımsızlara yer vermesi ve koalisyona üye partilerin sayısındaki azalma dolayısıyla bakan yardımcısı kurumunun bir denetleme aracı olarak kullanılma olgusunun azaldığı ifade edilmektedir⁹².

Uruguay uygulaması incelendiğinde ise eğilimdeki başkanların bakan yardımcılığı kurumu üzerinde farklı politikaları olduğu görülmektedir. *Uruguay*'da demokrasiye geçiş sonrasında kurulan ilk üç hükümet, geleneksel Partido Colorado ve Partido Nacional partilerinin koalisyon hükümetleridir. Bu koalisyonlarda başkanlar sırasıyla Sanguinetti, Lacalle ve Battle'dir. İlgili dönemde partiler arasındaki anlaşma, bakanlıkların bir bütün hâlinde partiler arasında pay

⁸⁸ Siavelis, (1992), s. 574.

⁸⁹ Alfredo Rehren, "Liderazgo Presidencial y Democratización en el Cono Sur de América Latina", *Revista de Ciencia Política*, Vol. 14, No. 1-2, 1992, pp. 63-87, s. 71.

⁹⁰ Skigin, Seira, (2016), s. 17; Rehren, (1992), s. 71.

⁹¹ Siavelis, (1992), s. 574.

⁹² Skigin, Seira, (2016), s. 19.

edilmesidir. Yani bir bakanlığı elde eden parti aynı zamanda bakan yardımcılığı makamını da elde etmiştir. Bu durumda bakanlıkların bir bütün hâlinde ilgili partiye teslim edilmesi, yani Şili'dekinin aksine bir dikey uyum (*integración vertical*) söz konusudur⁹³. Buna karşın, sol partilerden oluşan bir birliktelik olan Büyük Cephe (*Frente Amplio*), 2005 yılında liderleri Vázquez (2005-2010) ve Mujica (2010-2015) öncülüğünde iktidarı tek başına elde etmeyi başarmıştır. Ancak Uruguay'daki parti yapılanması, parti içi hiziplere müsaade etmektedir. Hele ki pek çok sol partiden oluşan Frente Amplio bakımından oldukça yaygın olduğu görülmektedir. Örneğin, Frente Amplio'nun 1985-2010 yılları arasında ortalama olarak 3'ten fazla hizbe ayrıldığı ifade edilmektedir⁹⁴. Hal böyleyken, ilk defa iktidarı elde eden Frente Amplio'da bakanlıkların dağıtım politikasının geleneksel partilerin yaptığına aksine hizipler arasında denetimi esas kılacak şekilde gerçekleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Böylece her bir hizip, bakanlıkta diğer hizbi denetleyecek ve genel olarak zaten bir koalisyon görünümündeki Frente Amplio'nun genel politikasının dışına çıkılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Bu kapsamda Vázquez (2005-2010) döneminde Dış ilişkiler (*Relaciones Exteriores*), Ekonomi ve Finans (*Economía y Finanzas*), Tarım ve Hayvancılık (*Ganadería y Agricultura*), İş ve sosyal güvenlik (*Trabajo y Seguridad Social*) ve Turizm (*Turismo*) bakanlıklarında bakanlık ve bakan yardımcılığı makamının aynı hizbe verildiği buna karşın diğer tüm bakanlıklarda bakanlık ve bakan yardımcılığı makamlarının farklı hiziplere verildiği görülmektedir. Mujica (2010-2015) döneminde ise yalnızca Turizm Bakanlığı'nda bakanlık ve bakan yardımcılığı aynı hizbe verilirken diğer tüm bakanlıklar açısından bakan

⁹³ Daniel Chasqueti, Daniel Buquet, Antonio Cardarello, "La Designación de Gabinetes en Uruguay: Estrategia Legislativa, Jerarquía de los Ministerios y Afiliación Partidaria de los Ministros", *América Latina Hoy*, Vol 63, 2013, s. 15-40, 25.

⁹⁴ Bu oran, Partido Colorado için 2,1 iken Partido Nacional için 2,7'dir. Uruguay'da parti içi hizipleri etkin kılan bazı hususlar bulunmaktadır. Bu hiziplerin her birinin birer lideri vardır. Bu liderler, seçim zamanlarında, kendi hiziplerine ait listeler hazırlamaktadır. Seçmen, önce parti tercihi yapmakta akabinde ise ilgili partinin hangi hizbinin listesini seçeceğine ilişkin bir tercihte bulunmaktadır. Bu nedenle partilerin hizipleri tıpkı birer siyasi parti gibi hareket edebilmektedir. Bu durum da parti içi hiziplerin aynı zamanda rakip olmaları anlamına gelmektedir. Bkz. Daniel Chasqueti, "El Costo de Pasar: Gobiernos de Coalición y Gobiernos de Partido en el Proceso Legislativo Uruguayo", *Algo Mas que Presidentes: El Papel del Poder Legislativo en América Latina*, Ed. Manuel Alcántara Saez, Mercedes García Montero, Fundación Manuel Gómenez Avad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Zaragoza, 2011, ss. 537-561, s. 542-543.

yardımcılığı kurumunun bir denge ve denetim aracına dönüştürüldüğü ve *yatay uyumun* tesis edildiği ifade edilmektedir⁹⁵.

Sonuç

Bakan yardımcılığı kurumu, bakanların görev ve yetkilerinin genişlemesi ile birlikte bakanlara yardımcı olmak ve onları parlamentoda temsil etmek amacıyla ihdas edilmiş bir kurumdur. Buna karşın zaman içerisinde kendilerine devredilen yetkilerin genişliği ölçüsünde, söz konusu kurumun gözetim ve denetim yönünün önem kazanmaya başladığı söylenebilir. Hatta denilebilir ki göz önünde olan bir kurum olmamakla birlikte bakan yardımcılarını ülkelerin siyasi yapısı içerisinde oldukça önemli bir yer işgal etmektedir.

Koalisyon hükümetleri bakımından bakan yardımcılığı kurumun ifa ettiği fonksiyon daha farklı bir mecraya oturmaktadır. Koalisyon kabinesinin üyeleri, sahip olmadıkları bakanlıklardaki işleyişleri takip etmek ve en azından denetim altında tutmayı amaçlamaktadır. Bu bakanlığı elinde bulunduran partilerin kendi ideolojileri ve /veya keyifleri doğrultusunda aldıkları kararlardan dolayı seçmen karşısında açıklamayacağı bir pozisyona düşmek istememektedirler. Tam da bu noktada bakanlık içerisinde bakana en yakın konumdaki bakan yardımcılığı kurumu ön plana çıkmakta ve bakanlığı elde edemeyen diğer partiler –*özellikle koalisyonun büyük ortağı*- bu makama talip olmakta böylece ilgili bakanın hareketlerini takip etme imkânına kavuşabilmektedir. Bilhassa parlamenter sistemlerde ilgili makamın koalisyon pazarlıkları bakımından taşıdığı önem ortadadır. Zira neredeyse koalisyonlar ile yönetilmeye alışkın ülkelerin tamamında ilgili makamların, bakanın mensubu olmadığı diğer koalisyon partileri tarafından doldurulması bunu göstermektedir.

Günümüzde başkanlık sistemi olarak kabul edilen ülkelerin önemli bir kısmının da koalisyonlar ile yönetim usulünü tercih etmeye başladığı vakıadır. Brezilya, Şili ve Uruguay bu ülkeler arasında ön plana çıkmaktadır. İlgili ülkeler açısından koalisyon kabinelerinin niteliği üzerine pek çok araştırma yapılmakta ise de, henüz bakan yardımcılığı kurumu ve koalisyon kabineleri arasında ilişki kurmayı amaçlayan çalışmalar nadirdir. Ancak ampirik veriler ortaya koymaktadır ki ilgili ülkelerde de bakan yardımcılığı kurumunun, bakanları denetlemenin bir türü olarak kullanılmaya başlandığı, farklı amaçlar vasıtasıyla

⁹⁵ Chasquetti, Buquet, Cardanello, (2013), s. 26.

da olsa bakanlar ile bakan yardımcılarının aynı partiden (*ya da hizipten*) olmasının önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir. Kısacası çok partili sistemlerde kurulan koalisyon hükümetleri için, bakanları denge denetim altında tutabilmek adına bakan yardımcılığı kurumunun önemli bir pozisyonu muhteva ettiği görülmektedir. Ülkemizdeki 2017 değişiklikleri ile birlikte bakan yardımcılığı kurumunun her bakanlık için öngörüldüğü 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile görülmektedir. Bununla birlikte ülkemizde henüz açıkça bir yürütme koalisyonu bulunmadığı için bakan yardımcılığı kurumunun, anılan örneklerdeki gibi bir denge ve denetim aracı olarak tesis edilmiş olduğunu ileri sürmek mümkün olamayacaktır.

Kaynakça

- Anayurt Ömer, Ekinci Ahmet, “Koalisyonlu Başkanlık Sistemi ve Latin Amerika Uygulaması”, *Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan*, Oniki Levha Yayınları, 2019, ss. 227-332.
- Araya Ignacio Arana, “¿Quien le Susurra al Presidente? Asesores vs. Ministros en America Latina” *Politica/Revista de Ciencia Politica*, Vol. 50, No. 2, 2012, pp. 33-61.
- Barbieri Cristiana, Vercesi Michalangelo, “The Cabinet: A Viable Definition and its Composition in View of a Comparative Analysis”. *Government and Opposition*, Vol. 48, No. 4, 2013, pp. 526-247.
- Bulmer Elliot, Government Formation and Removal Mechanisms, *International IDEA Constitution-Building Primer-17*, 2017.
- Carroll Royce, Cox Gary W., “Shadowing Ministers: Monitoring Partners in Coalition Government”, *Comparative Political Studies*, 2012, pp. 220-236.
- Chasquetti Daniel, “El Costo de Pasar: Gobiernos de Coalicion y Gobiernos de Partido en el Proceso Legislativo Uruguayo”, *Algo Mas que Presidentes: El Papel del Poder Legislativo en America Latina*, Ed. Manuel Alcantara Saez, Mercedes Garcia Montero, Fundacion Manuel Gimenez Avad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Zaragoza, 2011, ss. 537-561.

- Chasquetti Daniel, Buquet Daniel, Cardarello Antonio, “La Designación de Gabinetes en Uruguay: Estrategia Legislativa, Jerarquía de los Ministerios y Afiliación Partidaria de los Ministros”, *America Latina Hoy*, Vol 63, 2013, s. 15-40.
- Clark Terry, Jurgelevičiūtė Diana, “‘Keeping Tabs’ on Coalition Partners’: a Theoretically Salient Case Study of Lithuanian Coalitional Governments”, *Europe-Asia Studies*, Vol. 60, No. 4, 2008, pp. 631-642.
- Cranenburgh Oda van, “Restraining Executive Power in Africa: Horizontal Accountability in Africa’s Hybrid Regimes”, *South African Journal of International Affairs*, Vol. 16, No. 1, 2009.
- Dik Esra, “643 Sayılı KHK ile Düzenlenen Bakan Yardımcılığı ile Hiyerarşik Örgütlenme İçerisindeki Konumu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 68, Sa. 4, 2013, ss. 121-145.
- Ekinçi Ahmet, Yıldırım Serkan Nebi, “Brezilya’nın Başkanlık Sistemi Uygulaması”, *Dört Kitada Başkanlık Sistemi*, Ed. İlyas Doğan, Serdar Ünver, As-tana Yayınları, 2017, ss. 130-188,
- Evans Matt, “Analysing Payoff Salience in Coalition Allocation: Ministers, Deputy Ministers and Committee Chairs”, *Government and Opposition*, 2018, pp. 1-21.
- Giannetti Daniela, Laver Michael, “Policy Positions and Jobs in the Government”, *European Journal of Political Research*, Vol. 44, 2005, pp. 91-120.
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi-Cilt II*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.
- Gözler Kemal, Kaplan Gürsel, “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dâhil Midir?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 98, 2012, ss. 11-24.
- Greene Zachary, Jensen Christian B, “Manifestos, Salience and Junior Ministerial Appointments”, *Party Politics*, 2014, pp. 1-14.
- Laver Michael, Shepsle Kenneth A., “Cabinet Ministers and Government Formation in Parliamentary Democracies”, *Cabinet Ministers and Parliamen-*

tary Government, Ed. Michael Laver, Kenneth A. Shepsle, Cambridge, 1994.

Mainwaring Scott, "Presidentialism, Multipartism, and Democracy: The Difficult Combination", *Comparative Political Studies* 1993, ss. 198-228.

Manow Philip, Zorn Hendrik, "Office Versus Policy Motives in Portfolio Allocation", *Max-Planck-Institut Für Gesellschaftsforschung*, Discussion Paper, 04/9, 2004.

Martinez-Gallardo Cecilla, Schleiter Petra, "Choosing Whom to Trust: Agency Risks and Cabinet Partisanship in Presidential Democracies", *Comparative Political Studies*, pp. 1-34.

Milne R. S., "The Junior Minister", *The Journal of Politics*, Vol. 12, No. 3, 1950, pp. 437-449.

Müller Wolfgang, Strom Kaare, "Conclusion-Coalition Governance in Western Europe", *Coalition Governments in Western Europe*, Ed. Wolfgang Müller, Kaare Strom, Oxford University Press, 2000, ss. 559-592.

Müller Wolfgang C, Meyer Thomas M., "Meeting the Challenges of Representation and Accountability in Multi-party Governments", *West European Politics*, Vol. 33, No. 5, 2010, pp. 1065-1092.

Özer Attila, *Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri*, Ankara, 1981.

Pereira Carlos, Batista Mariana, Praça Sergio, Lopez Felix, "Watchdogs in Our Midst: How Presidents Monitor Coalitions in Brazil's Multiparty Presidential Regime", *Latin American Politics and Society*, 2017, pp. 1-21.

Samuels David J, Shugart Matthew Soberg, "Presidentialism, Elections and Representation", *Journal of Theoretical Politics*, C. 15, Sa. 1, 2003, ss. 33-60.

Siavelis Peter, "Cabinets and Informal Advisory Networks in Multiparty Presidential Systems", *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 46, No. 3, 2016, pp. 569-591.

- Skigin Natan, Seira Ivan, “Estrategias de Designacion Presidenciales. La Congormacion de Gabinetes en Gobiernos de Coalicion en America Latina”, *Presentacion en el XII Congreso Nacional y V Congreso Internacional sobre Democracia*, 2016.
- Tataroğlu Muhittin, “Hükümet Yapısında Genişleme: Bakan Yardımcılığı”, *Yönetim ve Ekonomi*, C. 23, Sa. 2, 2016.
- Teakston Kevin, “Junior Ministers in the 1990’s”, *Parliamentary Affairs*, 1999, pp. 231-245.
- Tunç Hasan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- Turan Mustafa, “Cumhuriyet Döneminde İki Deneme: Siyasi Müsteşarlıklar ve Müstakil Grup”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 1, Sa. 2, 1999, ss.27-42.

ERİKA VE PRESTIGE KAZALARININ OLUŞAN HUKUK KURALLARINA ETKİSİ

The Impact of Erika and Prestige Accidents on Emerging Legal Rules

Gökhan GÜNEYSU*
Figen TABANLI**

ÖZET

Bu çalışma ile iki ayrı deniz kazasının, “Erika” ve “Prestige” adlı tankerlerin batması neticesi görülen lüzum gereği yapılan hukuki değişiklikler ele alınmaya çalışılmıştır. Çalışmada ilk olarak kazaların nasıl gerçekleştiğine dair kısa bir bilgi verilecek ve sonrasında da kazalar neticesinde gerçekleştirilmesine karar verilen hukuki değişiklikler uluslararası ve bölgesel bazda ele alınacaktır. Bu incelemede, yapılan hukuki değişiklikler kronolojik bir sırayla incelenecektir. Çalışmada özellikle Erika Paketleri ile şekillenen Avrupa Birliği hukukuna yer verilecektir. İncelenen bu konular liman devleti kontrolü, klas kuruluşları, tek cidarlı tankerlerin kullanımdan kaldırılması, Avrupa Deniz Güvenliği Ajansı, araç trafiğinin izlenmesi gibi başlıkları içermektedir.

Anahtar Kelimeler: Erika Kazası, Prestige Kazası, Liman Devleti Kontrolü, Klas Kuruluşları, Tek Cidarlı Tankerlerin Yasaklanması

* Doç. Dr., Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, ggunneysu@anadolu.edu.tr.(ORCID-ID: 0000-0002-1754-953X).

** Arş. Gör., Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, figentabanli@anadolu.edu.tr.(ORCID-ID: 0000-0002-9290-0350).

Makale Geliş Tarihi: 01/07/2019

Makale Kabul Tarihi: 01/02/2020

ABSTRACT

This article tries to probe an inquiry into those legal amendments brought about by two tragic marine accidents; “Erika” and “Prestige”. Hereinbelow a brief information regarding the way these incidents happened shall be provided and then the ensuing amendments related to the maritime safety shall be discussed. Legal amendments set up due to these accidents shall be evaluated chronologically. These legal amendments shall be probed into with only some of the particular issues of the whole legislature, which have been deemed striking by the authors. These issues include but are not necessarily limited to port state control, classification societies, elimination of single-hull tankers, European Maritime Security Agency, monitoring of maritime traffic.

Keywords: Erika Accident, Prestige Accident, Port State Control, Classification Societies, Elimination of Single-Hull Tanker

1. GİRİŞ

Uluslararası hukuk, yaşanılmış tecrübeler ışığında kendisini yenileyebilen bir hukuk dalıdır. Bu yenileme, her ne kadar gecikmeli olsa ve çoğu zaman tüm gelişmeleri karşılamak konusunda yetersiz kalsa da hukukun değişen maddi şartlara adapte olmasını veya güncel olaylar ışığında eksik kaldığı anlaşılan yönlerini iyileştirmesini sağlamaktadır. Uluslararası deniz hukuku da (özellikle deniz çevresinin kirletilmesine ilişkin hükümleri) zaman içinde önemli deniz kazalarının tecrübesi ışığında güncellenmiştir¹.

Geçmişte, kamuoyunun dikkatini çeken ve bu tür olaylarla ilgili riskleri en aza indirmenin yollarını bulma girişimlerine ve çok miktarda petrol sızıntısına yol açan büyük petrol tankeri kazaları yaşanmıştır. *Torrey Canyon*² ve *Exxon*

¹ Julie Adshead, “The Application and Development of the Polluter-Pays Principle Across Jurisdictions in Liability for Marine Oil Pollution: The Tales of the ‘Erika’ and the ‘Prestige’”, *Journal of Environmental Law*, Cilt 30, 2018, s. 436.

² 1967 yılında yaşanan Torrey Kanyon tanker kazası, Dünyanın ilk büyük tanker felaketidir. O tarihlerde, petrol türevli hidrokarbonların denizdeki durumu ve etkileri hakkında nispeten az şey biliniyordu. Dolayısıyla deniz kirliliği alanında, özellikle petrol sızıntısı ve petrolün denizdeki durumunun ve etkilerinin izlenmesi ve araştırılması ile ilgili bilimsel çalışmalar ile ilgili önemli bir olaydır. Torrey Kanyonu kazasından sonra 119.000 ton ham petrol denize sızmıştır. Olaydan kısa süre sonra birçok ülkede petrol ve diğer kimyasallardan kaynaklanan kıyı kirliliği ile ilgili bilimsel endişeler ortaya çıkmış ve bu konuda düzenleme yapılması gerektiği doğmuştur. Peter Geoffrey Wells, “The Iconic Torrey Canyon Oil Spill of 1967- Marking Its Legacy”, *Marine Pollution Bulletin*, Cilt 115, 2017, s. 1.

*Valdez*³ tanker kazaları da bunlar arasında yer alan geniş çapta yankı uyandıran kazalardır. Bu tanker kazaları sonucunda hukuki çerçevede değişiklikler yapılmıştır. Bununla beraber, *Erika* ve *Prestige* kazalarına kadar, kazalar sonucunda neden olunan çevresel kirlilikler, sistem içi tedbirler ile bertaraf edilecek seviyede ekonomik zararlar oluşturmuştur. Başka bir ifade ile hukuki yapı içinde kurulan fonlar ortaya çıkan zararı karşılamak konusunda yeterli olmuştur. Ancak bu son iki kaza, sistemin ekonomik kaynaklarını fazlasıyla aşan çevresel zararlar oluşturmuştur⁴.

Avrupa Birliği (AB) sularında meydana gelen deniz kazaları sonucu yaşanan kirliliğin önüne geçilebilmesi için, 1993 yılından itibaren “*güvenli denizler için ortak bir politika*” sloganından yola çıkarak ortak bir deniz güvenliği politikası geliştirilmeye çalışılmıştır⁵. 2001 yılında “*Tanker Petrol Kirliliği Hasarına İlişkin Sivil Sorumluluk Uluslararası Sözleşmesi*”, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) tarafından kabul edilmiştir. Bu Sözleşme’nin amacı, petrol sızıntılarının neden olduğu kirlilik sonucu meydana gelen zararlar için yeterli, hızlı ve etkili bir tazminatın bulunmasını sağlamaktır⁶.

Yine aynı şekilde 2003 yılında IMO tarafından “*Yardım Gerektiren Gemiler için Sığınma Yerleri Hakkında Rehber*” kabul edilmiştir. Rehberler,

³ 1989 yılında yaşanan Exxon Valdez tanker kazası sonucu petrolün denize dökülmesinden sonra, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), 1990 yılında Petrol Kirliliği Yasası’nı (1990 Oil Pollution Act) çıkartmıştır. Ayrıca, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)’de 1990 yılında ‘Petrol Kirliliğine Hazırlık, Müdahale ve İş birliği Sözleşmesi’ni (OPRC) kabul etmiştir. Maria Boilé et al., “Oil Spills in Maritime Transport Call for Action”, *Transportation Research Record 1909*, Cilt 1909, No 1, 2005, s. 104.

⁴ Adshead, “The Application and Development of the Polluter-Pays Principle”, s. 436.

⁵ Wout Broekema, “Crisis-Induced Learning and Issue Politicization in the Eu: The Braer, Sea Empress, Erika, and Prestige Oil Spill Disasters”, *Public Administration*, Cilt 94, No 2, 2016, s. 386.

⁶ International Maritime Organization, “International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (BUNKER)”, [http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-\(BUNKER\).aspx](http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-(BUNKER).aspx) (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Ling Zhu, *International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001 – Liability and Insurance Aspects*, Jürgen Basedow ve Ulrich Magnus (der.) Springer, 2007, ss. 171-180.

Erika ve *Prestige* olaylarının ardından ve aynı zamanda AB ile sığınak yerlerine ilişkin bölgesel bir politika olarak kabul edilmiştir⁷.

Erika kazası sonucu meydana gelen kirlilik, Avrupa’da “*Braer*” (1993), “*The Sea Empress*” (1996) and “*The Aegean Sea*” (1992) gibi diğer tüm kazalardan daha büyük bir etki yaratmıştır⁸. Bu olaylar da yasal sonuçlara yol açmış ancak *Erika* kadar Avrupa siyasi gündemini etkilememiştir. *Erika*, kirlilik meselesini Avrupa siyasi gündeminin zirvesine çıkarmış ve büyük yasal düzenlemelere yol açmıştır⁹.

Bu çalışmada bu iki trajik ve bir o kadar da ciddi kazanın tetiklediği hukuksal değişmelerin ve bu bağlamda atılan adımların incelenmesi amaçlanmaktadır. Çalışmada, bu kazalara tepki olarak, AB çerçevesinde yürürlüğe konulan hukuksal düzenlemelere birincil önem atfedilecektir. Bununla birlikte, tartışılması planlanan hususlar sadece AB hukuku ile değil uluslararası hukuk ile de yakından ilgilidir. Öncelikle hadiseler hakkında kısaca bilgi verilecek; daha sonra tarihi sırası ile alınan hukuki tedbirlerden kısaca bahsedilecektir.

2. ERIKA KAZASI

31.000 ton ham petrol taşıyan Malta bayraklı bir gemi olan “*Erika*”, 11 Aralık 1999’da İtalya’ya yol almakta iken Fransa’nın, Brittany sahiline 75 km uzaklıktaki Biscay Koyu’ndaki şiddetli bir fırtınada ikiye ayrılmıştır. 20.000 ton ham petrol denize dökülmüştür. Bu hadise neticesinde etkilenen Fransız kıyılarının uzunluğu 400 km’yi bulmuştur. Binlerce deniz kuşu, deniz organizması ve diğer canlı hayvanlar bu kirlilik sebebiyle telef olmuştur¹⁰.

⁷ Aldo Chircop, “Living with Ships in Distress - A New IMO Decision-Making Framework for the Requesting and Granting of Refuge”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, Cilt 3, No 1, 2004, s. 31.

⁸ Bahsedilen kazalar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Broekema, “Crisis-Induced Learning and Issue Politicization in the Eu”, 389-394.

⁹ Oya Özçayır, “The Erika and Its Aftermath”, *International Maritime Law Journal*, Cilt 7, No 7, 2000, <http://www.amiri.org.uk/oia/lawofthesea/wp-content/uploads/2012/12/Erika.pdf> (Erişim Tarihi 10 Haziran 2019).

¹⁰ European Commission, *Memo/01/387*, Brussels, 27 November 2001, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-01-387_en.htm (Erişim Tarihi 10 Haziran 2019); Daniel Duda / Ryszard Wawruch, “The Impact of Major Maritime Accidents on the Development of International Regulations Concerning Safety of Navigation and Protection of the Environment”, *Scientific Journal of Polish Naval Academy*, Cilt 211, No 4, 2017, s. 38; Caroline Stenman, *The Development of the MARPOL and EU Regulations to Phase out*

Kaza, başta Fransa olmak üzere, Avrupa kamuoyunda sarsıntılar yaratmıştır. Kazayı takiben Fransız makamları kaptan ve gemi maliki hakkında suçlamada bulunmuşlardır. İlâveten kargo sahipleri hakkında da diğer insanların canını tehlikeye atma ve deniz çevresinin kirletilmesi sebebiyle takibat başlatılmıştır¹¹.

Erika, “*Registro Italiano Navale-RINA*” tarafından sınıflandırılmış ve tüm sertifikaları geçerli bulunmuştur. 2008 yılında, *Erika*’nın sahibi ve yöneticisi de gemiyi denize elverişli ilan eden *RINA* gibi ihmalden suçlu bulunmuştur. Fransız devletine ve yerel balıkçılık endüstrisine verilen zarar için yaklaşık 200 milyon euro ödeme emri verilmiştir¹².

Erika kazası deniz taşımacılığının güvenliği konusunda dikkatleri çekmiştir. Eski ve bakımsız gemilerin oluşturduğu risk ile ilgili Avrupa kurallarının güçlendirilmesi ve uyumlaştırılması ve özellikle limanlarda gemilerin kontrolü konusunda IMO direktiflerinden ve standartlarından daha fazla gerekliyse bunun oluşturulması gerektiği vurgulanmıştır¹³.

3. PRESTIGE KAZASI

“*Prestige*”, Japonya’da inşa edilmiş; resmi olarak Bahamalar’da kayıtlı ancak bir Liberya şirketine ait olan Yunanistan’da işletilen, 26 yaşında tek cidarlı bir tankerdi. Periyodik güvenlik denetimlerinden sorumlu klas kuruluşu ise Amerikan Denizcilik Bürosu (ABS) idi¹⁴.

13 Kasım 2002 tarihinde, 77.000 ton ham petrol taşımakta olan *Prestige*’de İspanya’nın Galiçya açıklarında bir çatlak tespit edilmiştir. Tankerin kıyıya sürüklenmesi ise yapılan çalışmalar sonucu durdurulmuş ve güvenliği sağ-

Single Hulled Oil Tankers, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Göteborg, Department of Law, 2005, s. 23; Broekema, “Crisis-Induced Learning and Issue Politicization in the Eu”, s. 394.

¹¹ Wene, Justine, “European and International Regulatory Initiatives Due to the Erika and Prestige Incidents”, *Maritime Law Association of Australia and New Zealand*, Cilt 19, 2005, s. 57.

¹² Daniel Duda / Ryszard Wawruch, “The Impact of Major Maritime Accidents”, s. 38.

¹³ European Commission, *Memo/01/387*.

¹⁴ Duda / Wawruch, “The Impact of Major Maritime Accidents” s. 40. Thomas Höfer, “Tanker Safety and Coastal Environment: Prestige, Erika, and What Else?”, *Environmental Science and Pollution Research*, Cilt 10, No 1, 2003, s. 2.

lanmıştır¹⁵. Ancak İspanya ve Portekiz, tankerin korunaklı bir bölgeye ya da güvenli bir limana çekilmesine müsaade etmemişlerdir. 19 Kasım'da ise gemi İspanya kıyılarının 270 km açığında ikiye ayrılarak batmıştır¹⁶.

Bazıları geminin yapısal hasarının düzeltilemediğini ve geminin korunaklı bir limanda daha iyi olacağını iddia ederken; diğerleri, geminin açık denize çekilerek plajlarda çok daha büyük bir felaketin önlendiğini savunmuşlardır¹⁷. Bazı tahminlere göre, 63.000 tona yaklaşan miktarda ham petrol denize dökülmüştür. *Prestige*'in kargosu mahiyet itibarıyla oldukça dayanıklı olduğundan, petrol oldukça uzun sayılabilecek bir zaman müddetince dağılmamış; büyük kütleler halinde uzun mesafe katetmiştir. Kargo ilk olarak Galiçya kıyılarına¹⁸ ulaşmış ve bu kıyı hattında kirlenmeye neden olmuştur. Ancak kirlenme burada durmamış ve bir hafta gibi bir zamanda, Atlantik kıyısının 200 km'den fazla kısmı kirlenmeye maruz kalmıştır¹⁹.

Erika ve *Prestige* ağır akaryakıt²⁰ mahiyetindeki petrol ürünlerinin taşınmasında kullanılan gemiler olduğu için hadisenin sonuçları çok yönlü ve

¹⁵ Stenman, *The Development of the MARPOL and EU Regulations*, s. 26; Wene, "European and International Regulatory Initiatives", s. 58; Patricia Iciar Garcia, "'Nunca Mais!' How Current European Environmental Liability and Compensation Regimes are Addressing the Prestige Oil Spill of 2002", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Cilt 25, No 4, 2004, s. 1402-1403.

¹⁶ Juan L. Pulido, *Compensation by the Coastal States – The Prestige Disaster*, Jürgen Basedow ve Ulrich Magnus (der.), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007, s. 151; Garcia, "Nunca Mais", s. 1401.

¹⁷ Höfer, "Tanker Safety and Coastal Environment", s.1.

¹⁸ Son yıllarda, balıkçılık için hayati önem taşıyan ve karmaşık bir çevreye ve çok çeşitli bir ekosisteme sahip olan İspanya'nın Galiçya kıyıları, yüksek riskli bir deniz felaket bölgesi olarak nitelendirilmiştir. Amanda B.M. Fadigas, "Vulnerability Factors of Shellfisherwomen in the Face of Oil Spill Events: An Analysis of the Prestige Case", *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Cilt 24, 2017, s. 561

¹⁹ Pulido, *Compensation by the Coastal States*, s. 151-152; Fadigas, "Vulnerability Factors of Shellfisherwomen in the Face of Oil Spill Events", s. 561; Broekema, "Crisis-Induced Learning and Issue Politicization in the Eu", s. 594; Diego Carro et al., "Final Disposal of the Wastes Associated with the Oil Spill of the Tanker Prestige Through Its Stabilization with Quicklime and Granite Fines", *Soil & Sediment Contamination*, Cilt 17, No 4, 2008, DOI: 10.1080/15320380802146636, s. 393; Adshead, "The Application and Development of the Polluter-Pays Principle", s. 440-441.

²⁰ Heavy Fuel Oil (HFO) olarak adlandırılmaktadır. Ağır akaryakıtla ilgili temel sorun, yağın parçalara ayrılarak, buharlaşmadan, binlerce kilometrekarelik bir alana dağılmasıdır. Kum ile kirlendiğinde daha ağır hale gelmekte ve daha sonraki bir zamanda yüzeye çıkmak için tekrar deniz yüzeyinde ilerleyebilir. Ağır akaryakıt yağları, kanserojen polinükleer aromatik hidrokarbonların yüksek içeriği nedeniyle uzun süreli cilt temasıyla kansere neden olmaktadır. Bu

ciddi olmuştur. Her iki kaza da doğal çevre üzerinde çok kapsamlı bir etki oluşturmuş; turizm ve balıkçılık gibi önemli ekonomik kayıplara ve oldukça yüksek temizleme masraflarının yanı sıra, oldukça geniş kapsamlı fiziki hasara²¹ yol açmıştır. Kirlenmeden etkilenen ülkelerde normal yaşam seyrini bozan ciddi sosyal ve politik etkiler görülmüştür²².

Prestige kazası, Dünya’da en büyük petrol sızıntısına sebep olan ve maddi kayıp oluşturan kazalar arasındadır²³. Dolayısıyla tıpkı *Erika* gibi, *Prestige* de Avrupa kamuoyu ile AB ve yerel makamlar için göz ardı edilmesi imkânsız bir uyarı görevini görmüştür. Açıkça görülmüştür ki, *Erika* hadisesini takip eden günlerde hukuk dünyasına kazandırılan önlemlerin ve bu düzenlemelerle ulaşılmak istenen hedeflerin gerçekleşebilmesi için bu kurallara uyulması şarttır²⁴.

hidrokarbonların içeriği nedeniyle, Exxon Valdez petrol dökülmesinden sonra deniz popülasyonlarında genetik hasar, üreme yetmezliği ve beyin lezyonlarının nedenlerinden biri olarak tartışılmıştır. *Prestige*’de bulunan ürün, kükürt bakımından yüksek olduğundan zehirli hidrojen sülfid gibi kükürtlü kimyasallar içermekte ve salınmaktaydı. Soğuk hava ve akıntının donması veya sertleşmesi, duman, rahatsızlık, baş ağrısı ve solunum yollarının tahrişine neden olabilecek durumları en aza indirmiş gibi görünmektedir. Höfer, “Tanker Safety and Coastal Environment”, s.1-2.

- ²¹ Galiçya kıyıları boyunca birkaç kirlenici kaynağın kalıcı varlığı tespit edilmiştir. Görüşülen kişilere göre, kıyı boyunca ham petrolden kaynaklı kırmızı gelgitler çok yaygın olarak devam etmiştir. Fadigas, “Vulnerability Factors of Shellfisherwomen in the Face of Oil Spill Events”, s. 565. Ayrıca Petrol sızıntısı gibi büyük kirlilik olaylarından etkilenen doğal nüfusun geri kazanılması yıllar alabilmektedir. Örnek olarak, Exxon Valdez ve Sea Empress kazalarından 10 yıldan daha uzun bir süre sonra yapılan çalışmalar halen etkilenen bölgelerde dökülen yağ bileşiklerinin kalıntı varlığını göstermiştir. *Prestige* kazasından 4 yıl sonra yapılan çalışmada da hidrokarbon kirliliğinin hâlâ bu bölgelerde mevcut olduğunu göstermiştir. Juan Fernández-Tajes et al., “Monitoring Follow Up of Two Areas Affected by the Prestige Oil Four Years After the Spillage”, *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part A Current Issues*, Cilt 74, 2011, s. 1072.
- ²² Jose Juste-Ruiz, “Compensation for Pollution Damage Caused by Oil Tanker Accidents: from ‘Erika’ to ‘Prestige’”, *Aegean Review Law Sea*, Cilt 1, 2010, s. 38; Angela Carpenter, “The EU and Marine Environmental Policy: A Leader in Protecting the Marine Environment”, *Journal of Contemporary European Research*, Cilt 8, No 2, s. 39
- ²³ Toplam tazminat tutarı 171,5 milyon euro’dur. İspanya Hükümeti, temizlik masrafı ve petrol sızıntısından etkilenen şahıs ve işletmelere yapılan ödemeler için toplam 535 milyon euro talep etmiştir. Wene, “European and International Regulatory Initiatives”, s. 60. *Prestige* kazası sonrası petrol sızıntısı kirliliğinin neden olduğu zararlar için tazminat sistemi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: M.C. Garcia Negro et al., “Compensating System for Damages Caused by Oil Spill Pollution: Background for the Prestige Assessment Damage in Galicia, Spain”, *Ocean & Coastal Management*, Cilt 50, 2007, ss. 57–66; Garcia, “Nunca Mais”, ss. 1395-1437.
- ²⁴ Wene, “European and International Regulatory Initiatives”, s. 60.

Prestige kazası sonrası AB makamlarınca birtakım tedbirlere başvurulmuştur²⁵. Öncelikle AB limanlarına girişleri yasaklanmış olacak gemilerin isimlerini içeren bir kara liste yayınlanmıştır. Liste, ilgili gemiler, sahipleri ve bayrak devletleri için bir uyarı mahiyetinde yayınlanmıştır. Böylelikle sahip olunan eksikliklerin tespiti ve giderilmesinin ivedilikle sağlanması amaçlanmıştır²⁶.

Prestige kazasının ardından, Komisyon tarafından yeni teklifler getirilmiştir²⁷;

- Ağır akaryakıt yağlarının tek cidarlı tankerler tarafından taşınmasını yasaklayan bir düzenleme teklif edilmiştir. Ayrıca, *Erika I* paketinde kurulan tek cidarlı tankerlerin hizmet dışı bırakılma zamanları da 2015 yılı yerine 2010 yılından sonrasına alınmıştır. Böylece *Erika* ya da *Prestige*'e benzeyen tankerlerin, düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile AB sularına girmesi yasak olacaktır.
- Petrol kirliliği veya atıkların yasadışı boşaltılması durumunda, suçlu bulunan kişiler için cezai yaptırım rejiminin kurulması teklif edilmiştir.
- AB'nin deniz güvenliği konusundaki uluslararası politikasının geliştirilmesine katkısını arttırmak için IMO'yla daha sıkı iş birliğine gidilmesi önerilmiştir.

Prestige kazası, mevcut uluslararası rejimin petrol zararlarını telafi etmedeki etkinliğinin sorgulanmasına yol açmıştır. *Prestige* petrol sızıntısının büyüklüğü ve ortaya çıkardığı toplumsal seferberlik, İspanya'da ve Dünya'da ağır akaryakıtların deniz yoluyla taşınmasının tartışılmasına neden olmuştur²⁸.

Erika yasa paketleri, *Erika* ve *Prestige* kazalarının trajik sonuçlarına tepki olarak AB tarafından düzenlenmiştir. "*Erika I*" ve "*Erika II*" paketlerinin ardından son olarak 2009 yılında "*Erika III*" paketi kabul edilmiştir.

²⁵ European Commission, *IP/03/1116*; Eric J. Jaworski, "Developments in Vessel-Based Pollution: Prestige Oil Catastrophe Threatens West European Coastline, Spurs Europe to Take Action Against Aging and Unsafe Tankers" *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Cilt 14, 2003, s. 101 vd.

²⁶ European Commission, *IP/03/1116*.

²⁷ Ibid.

²⁸ Prado-Domínguez ve Varela "The Prestige Disaster", s. 34.

4. ERIKA I PAKETİ

Aralık 2001’de Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilen *Erika I* paketi, Aralık 1999’daki petrol sızıntısının ortaya çıkardığı deniz güvenliği kurallarındaki en ciddi boşlukları ele alarak üç ana alanla ilgili hükümler getirmiştir. Bunlar;

- 95/21 sayılı Direktifi değiştiren 2001/106/EC sayılı Liman Devleti Kontrol Direktifi ile liman devleti kontrolü konusundaki mevcut düzenlemelerin güçlendirilmesi²⁹;
- 94/57 sayılı Direktifi değiştiren 2001/105/EC Direktifi ile klas kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerin güçlendirilmesi³⁰;
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 18 Şubat 2002 tarih ve 417/2002 sayılı Direktifi ile yeni uluslararası ve AB standartlarına göre tek cidarlı tankerlerin kademeli olarak değiştirilme işleminin hızlandırılması ve tek cidarlı tankerlerin 2015 yılına kadar AB sularından yasaklanması³¹.

4.1. Liman Devleti Kontrolü (*Port State Control- PSC*)

Liman devleti kontrolü sistemi, bayrak devletlerinin sorumluluğuna ek olarak standart altı gemilerle mücadele için bir güvenlik ağı sağlar. Başka bir deyişle, alt standart gemilere karşı savunma amaçlı bir önlemdir ve gemilerin mevcut denize elverişlilik durumunun, uluslararası standartlara uygun olup ol-

²⁹ Directive 2001/106/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 Amending Council Directive 95/21/EC Concerning the Enforcement, in Respect of Shipping Using Community Ports and Sailing in the Waters Under the Jurisdiction of the Member States, of International Standards for Ship Safety, Pollution Prevention and Shipboard Living and Working Conditions (Port State Control), <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0747a1a4-efd0-4d6a-8273-09dd92cb13b3> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

³⁰ Directive 2001/105/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 Amending Council Directive 94/57/EC on Common Rules and Standards for Ship Inspection and Survey Organisations and for the Relevant Activities of Maritime Administrations, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0105> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

³¹ Regulation (EC) No 417/2002 of the European Parliament and of the Council of 18 February 2002 on the Accelerated Phasing-in of Double Hull or Equivalent Design Requirements for Single Hull Oil Tankers and Repealing Council Regulation (EC) No 2978/94, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002R0417> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

madığını belirtir³². Liman devleti kontrolü rejimi, standart altı gemilerin çalışmasını ortadan kaldırmayı hedefleyen “*Paris Liman Devleti Kontrolü Hakkında Mutabakat Bildirisi*”ne (Paris MoU)³³ dayanmaktadır³⁴.

Erika kazası sonrası AB, denetim prosedürlerini uyumlaştırmış ve kontrol edilecek gemilerin sayısını arttırmıştır. Yapılan değişiklikler sonucunda bir geminin tehlikeli olup olmadığının tespitini sağlayabilmek için bir puanlama sistemi getirilerek bazı gemiler zorunlu denetime tabi tutulmuşlardır³⁵.

Eğer bir gemi bu kontrollerde sürekli olarak başarısız olursa, söz konusu aracın kara listeye alınması ve nihayet AB limanlarına girmekten men edilmesi öngörülmüştür. Yapılacak kontrollerin sayısının artırılması ve bunların mahiyetlerinin daha zorlu hale getirilmesi ile AB limanlarının güvenliğinin sağlanmasında oldukça önemli bir adım atılmıştır³⁶.

Enteresandır ki, *Erika* ve *Prestige*, birçok liman devleti kontrolünden geçse de sadece yüzeysel eksiklikler tespit edilebilmiştir. Çünkü Paris Mutabakat’ı müfettişleri gibi liman devleti müfettişleri, tanklara girmemişlerdir. Bu durumda da *Erika*’nın denize elverişsiz hali fark edilememiştir. Oysa liman devleti müfettişleri tanklara girmiş olsaydı, olası eksiklikler kuvvetle muhtemel saptanabilecekti³⁷.

4.2. Klas Kuruluşları (Classification Societies)

Klas kuruluşları, gemilerin fiziki durumları bakımından standartlar belirleyen, ulusal yasalara ve uluslararası ilgili kurallara uygun olarak denetim ve incelemelerde bulunan, bunun neticesinde klaslama ve belgelendirme yapan kuruluşlardır. Klas kuruluşları, gemilerin tasarımı, inşası ve denetimi için kural-

³² European Parliamentary Research Service, “Ex-Post Impact Assessment on the Implementation and Effects of the Third Maritime Safety Package”, October 2015, s. I-40

³³ Paris MoU on Port State Control, <https://www.parismou.org/about-us/organisation> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

³⁴ European Parliamentary Research Service, “Third Maritime Safety Package”, s. I-41.

³⁵ Wene, “European and International Regulatory Initiatives”, s. 61.

³⁶ European Commission, *Memo/02/253*, Brussels, 14 November 2002, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-02-253_en.htm (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019); European Commission, *Memo/01/387*.

³⁷ Emilia Luoma, *Oil Spills and Safety Legislation*, Publications from the Centre for Maritime Studies, 2009, s. 21.

lar ve teknik standartlar geliştirmektedirler. Klas kuruluşları bayrak devletleri tarafından yetkilendirilerek, bayrak devleti adına belirli bir ücret karşılığında “*statutory survey*” (resmi, yasal veya zorunlu denetlemeler) olarak adlandırılan uluslararası sözleşmeler gereği yapılması gereken periyodik denetleme ve sertifikalandırma işlemlerini yapabilmektedir³⁸.

Gemilerin fiziki durumlarının iyi olması, can ve mal kayıplarının önlenmesi ve deniz ulaşımının kesintisiz olarak devam edebilmesi açısından çok önemlidir. Ayrıca, deniz ulaştırmasına taraf olan kurumlar, kuruluşlar ve şahıslar, gemilerin fiziki durumları hakkında bilgi sahibi olmak istemektedirler. Klas kuruluşları, hem gemilerin daha emniyetli olarak seyredebilmeleri, hem de deniz ulaştırmasına taraf olan kurum veya kuruluşların ihtiyaç duydukları bilgileri sağlamaları yönünden önemli bir rol oynamaktadırlar. Gemilerin klaslanması zorunlu olmamakla birlikte, klaslanmadıkları takdirde sigortalanamamaları ve navlun pazarında yük sahiplerinin tercih etmemesi sebebiyle zorunlu bir hal almıştır³⁹. Genel olarak, klas kuruluşları, ulusal, AB ve uluslararası mevzuatın ve idarenin iç içe geçtiği ve hatta özel sözleşmelerle desteklendiği çok katmanlı sistemlerin karmaşıklığının bir örneği olarak görülebilir⁴⁰.

2001/105/EC Direktifi ile deniz güvenliğinde çok önemli bir rol oynayan klas kuruluşları ile ilgili kurallar, bu özel kuruluşların faaliyetlerinin daha iyi kontrol edilmesini sağlamak için güçlendirilmiştir⁴¹. Açıkça tespit edilmiş performans ölçütleri, klaslar arasında gemilerin transferini düzenleyen yeni şartlar, liman devleti kontrolü ve klas kuruluşları arasında güçlendirilmiş bilgi paylaşımı mekanizmaları getirilmiştir. Klaslama onayı verilmeden önce özellikle de klasın değişmesi durumunda belirli prosedürlere uygunluk ve o klastaki gemiler hakkında bilgi iletişimde daha fazla şeffaflık gibi daha sıkı kalite kriterleri getirilmiştir. Bu düzenlemelere ek olarak, bayrak devletinin sorumlu

³⁸ Barbara Vaughan, “The Liability of Classification Societies”, 2006, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Vaughan-The-Liability-of-Classification-Societies-UCT-LLM.pdf> (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019), s. 2; Ali Yasin Kaya / Kadir Emrah Erginer, “Türk Donatan İşletmelerinin Klas Kuruluşu Seçimlerinin Analitik Hiyerarşi Süreci Yöntemiyle Analizi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2016, s. 2-4.

³⁹ Ali Yasin Kaya / Kadir Emrah Erginer, “Türk Donatan İşletmelerinin Klas Kuruluşu Seçimlerinin Analitik Hiyerarşi Süreci Yöntemiyle Analizi”, s. 2.

⁴⁰ Henning Jessen, *The Liability of Classification Societies- Some Practical Issues*, Comite Maritime International Yearbook, 2014, s. 281.

⁴¹ European Commission, *Memo/02/25*; European Commission, *Memo/01/387*.

olduğu ancak hata sebebinin klas kuruluşlarına atfedilebildiği durumlarda mali sorumluluğun bayrak devleti ve klas kuruluşları arasında paylaşılması öngörülmüştür⁴².

Küresel düzeyde, yüzden fazla özel kuruluşun klas kuruluşu olarak hizmet sundukları tahmin edilmektedir. Bu durum, sınıflandırma işinde sıkı rekabet ortamını oluşturarak bu hizmetlerin yoğun olarak ticarileşmesi sonucunu doğurmuştur⁴³.

4.3. Tek Cidarlı Tankerlerin Kullanımdan Kaldırılması (*Elimination of Single-Hull Tankers*)

Erika kazası sonrası AB makamlarınca alınan önlemlerden en çok tartışılanı tek cidarlı tankerlerin kullanımdan kaldırılması olmuştur⁴⁴. Bu teklif, tek cidarlı tankerlerin (mevcut IMO kapsamında faaliyet gösterme yetkisine sahip olsa da) Amerikan limanlarındaki faaliyetlerini men eden, “*Amerikan Akaryakıt Kirlenmesi Yasası*” (*Oil Pollution Act- OPA*) ile de uyum içindedir. Tek cidarlı tankerlerin ABD’de yasaklanması sebebiyle bu tankerlerin faaliyetleri Avrupa’ya kayacağından kaza riski de Avrupa kıyılarında arttırmıştır. Bu nedenle, ileri yaşlardan dolayı⁴⁵ artık izin verilmeyen tek cidarlı petrol tankerlerinin kullanılmaması için önlemler alınmasını gerekmiştir⁴⁶.

Çift cidarlı tankerlerin amacı, yağ sızıntısı olasılığını azaltmaktır. Örneğin, çarpışma veya karaya oturma esnasında meydana gelecek sızıntı olasılığının, tek cidarlı tankere göre dört ilâ altı kat daha düşük olduğu araştırılmıştır. Bununla birlikte, çift cidarlı bir tanker sermaye maliyetinin, tek cidarlı tanker-

⁴² Directive 2001/105/EC; European Commission, *Memo/02/253*; European Commission, *Memo/01/387*.

⁴³ Jessen, s. 276.

⁴⁴ Özçayır, “The Erika and Its Aftermath”, s. 7.

⁴⁵ Gemilerin yaşının önemi, 1992-1999 yılları arasında denizde kaybedilen 77 gemiden 60’ının 20 yaşın üzerinde olduğu ve bu yaştaki gemilerin *Erika*’nın batmasına sebep olan aşınma sonucu yapısal problemlerle karşı karşıya kaldıkları gerçeğiyle gösterilmiştir. Carpenter, “The EU and Marine Environmental Policy”, s. 261.

⁴⁶ Özçayır, “The Erika and Its Aftermath”, s.7; Stenman, *The Development of the MARPOL and EU Regulations*, s. 24; European Commission, *Memo/02/253*, European Commission, *Memo/01/387*.

lere göre %9 ilâ %17 daha yüksek olduğu, işletme ve bakım maliyetlerinin ise %5 ilâ %3 arasında olduğu tahmin edilmektedir⁴⁷.

Tek cidarlı tankerlerin kullanımdan kaldırılması için de bir zaman planı öngörülmüştür⁴⁸. IMO'nun daha önce aldığı bir kararla çift cidarlı tankerlerin inşası zaten 1996 yılından itibaren kabul edilmişti. Diğer taraftan, halen aktif olan tek cidarlı tankerlerin hizmet dışı bırakılmaları süreci oldukça uzun bir süreye yayılmıştı. *Erika* hadisesiyle dehşete düşen AB makamları daha hızlı bir hizmet dışı bırakma planıyla bu süreci hızlandırmışlardır⁴⁹.

Maalesef, Avrupa Birliği Komisyonu'nun hazırladığı taslak, teklif olduğu gibi kabul edilmemiştir. Eğer AB Parlamentosu ve AB Bakanlar Konseyi orijinal taslağa sadık kalabilselerdi, *Prestige* Eylül 2002 tarihi itibariyle hizmet dışı kalmış olacaktı. Ancak bu tarih nihai olarak kabul edilen plana göre 15 Mart 2005 olarak öngörüldüğünden hizmet dışı bırakılmamıştır⁵⁰.

Prestige kazasını takiben 2003 yılında yeni bir AB mevzuatı değişikliğine gidilmiştir. Buna göre; ağır akaryakıt ürünleri taşıyan tek cidarlı tankerlerin, bayrak devletlerine bakılmaksızın, AB liman, terminal ve demir atma alanlarına girmeleri yasaklanmıştır⁵¹.

5. ERIKA II PAKETİ

Haziran 2002'de Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilen *Erika II* paketinde, *Erika I* önlemlerini desteklemek için pratik çözümler öngörülmüştür. *Erika II* paketi ile şu üç ana husus üzerinde düzenlemeler yapılmıştır;

⁴⁷ Luoma, *Oil Spills and Safety Legislation*, s. 22.

⁴⁸ Wene, "European and International Regulatory Initiatives", s. 62; European Commission, *Memo/02/253*.

⁴⁹ European Commission, *Memo/02/253*; European Commission, *Memo/01/387*.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Regulation (EC) No 1726/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 July 2003 Amending Regulation (EC) No 417/2002 on the Accelerated Phasing-in of Double-Hull or Equivalent Design Requirements for Single-Hull Oil Tankers, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32003R1726> (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019).

- AB deniz güvenliği kurallarının etkinliğini izlemek için “Avrupa Deniz Güvenliği Ajansı” (EMSA)⁵² kurulması⁵³;
- Avrupa sularındaki trafiğin izlenmesini sağlama amaçlı “Gemi Trafik İzleme ve Bilgi Sistemi” kurulması⁵⁴,
- Avrupa Komisyonu’nca petrol vb. ürünlerinin denize sızmaları durumunda ödenecek tazminat tutarlarının üst sınırlarının yükseltilmesi ve kirliliğe neden olanlar hakkında yeterli cezaların verilmesi için bir mekanizma oluşturulması⁵⁵.

5.1. Avrupa Deniz Güvenliği Ajansı (*European Maritime Safety Agency - EMSA*)

Genel anlamda, *EMSA*, AB’ye, genel deniz güvenliğinin sağlanması ve gemi kaynaklı kirliliğinin önlenmesinde etkili bir şekilde hareket etmek için gerekli düzenlemeleri yapabilecek teknik kurumu temsil etmektedir. *EMSA*, AB’nin deniz güvenliğine ilişkin kurallarının daha iyi uygulanması ve ulusal deniz güvenliği otoritelerinin düzenleyici uygulamalarının denetlenmesinde görevlidir⁵⁶.

Gemiler için teknik standartlar belirleyen ve belirli bir ülkede kayıtlı gemilerin yeterli standartta olup olmadıklarını inceleyen klas kuruluşları, *EMSA* tarafından denetlenmektedir. Ayrıca *EMSA*, AB’ye üye veya aday ülkelere yönelik güvenlik şartlarının yerine getirilmesinde ve ulusal denetleme prosedürle-

⁵² European Maritime Safety Agency, <http://www.emsa.europa.eu/> ((Erişim Tarihi 12 Haziran 2019).

⁵³ Regulation (EC) No 1406/2002 of the European Parliament and of the Council of 27 June 2002 Establishing a European Maritime Safety Agency, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R1406:20130301:EN:PDF>, (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

⁵⁴ Directive 2002/59/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2002, Establishing a Community Vessel Traffic Monitoring and Information System and Repealing Council Directive 93/75/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:208:0010:0027:EN:PDF> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

⁵⁵ European Commission, *IP/03/1116*, Brussels, 25 July 2003, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1116_en.htm (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

⁵⁶ Regulation (EC) No 1406/2002, made 1.

rinin uyumlulaştırılmasında, deniz güvenliği veri tabanı oluşturulması ve liman devleti kontrollerinin organize edilmesi yollarıyla yardım etmektedir⁵⁷.

Nihayetinde EMSA'nın görevi oldukça önemlidir, çünkü nihai olarak ulaşılmak istenen esas hedef AB'nin denizcilik ve kirlenmeyle mücadeleye dair kurallarının üye devletler bakımından yeknesak uygulanımını sağlamaktır⁵⁸. EMSA'ya verilen bu yükümlülükler bağlamında, 21-22 Ekim 2004 tarihlerinde EMSA'nın yönetim kurulu tarafından “*Petrol Kirliliğine Hazırlık ve Müdahale İçin Eylem Planı*” (*Action Plan for Oil Pollution Preparedness and Response*)⁵⁹ kabul edilmiştir.

5.2. Araç Trafikinin İzlenmesi

Direktif 2002/59/EC ile AB sularındaki deniz araçları trafiğinin izlenmesinde iyileştirmeler yapılabilmesi ve AB limanlarına taşınmakta olan tehlikeli yükün bildirim amacıyla bir enformasyon sistemi kurulmak istenmiştir. Bu durum bütün üye devletlerin “*Elektronik Veri Değişimi*” (*Electronic Data Interchange- EDI*) sistemi kullanmalarıyla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. AB sularındaki araç trafiğinin rapor edilmesi ve rotalandırılması, kıyı makamlarına ve diğer gemilere ilgili deniz aracına ait bilgileri verecek otomatik tanımlandırma sistemlerinin AB limanlarına yol almakta olan gemiler için öngörülmesi tedbirleri de Direktif’de yer almaktadır.⁶⁰

Yukarıda sayılan yenilik ve değişikliklerin yanı sıra, deniz kazalarının daha güvenilir ve sağlıklı bir şekilde incelenmesinin yolunu açacak olan ve bunun için, tıpkı uçakların kara kutuları gibi, kaza öncesi yapılan eylemleri kaydeden “*Sefer Bilgi Kayıt Cihazları*” (*Voyage Data Recorders*) kamuoyuna tanıtılmıştır⁶¹. Kıyı makam ve mercilerin yetkileri, çok riskli sayılabilecek ge-

⁵⁷ Eva Heims, “Building EU Maritime Safety Regulatory Capacity”, Executive Politics and Governance, https://doi.org/10.1007/978-3-319-97577-1_4, 2019, s. 84-87; European Commission, *Memo/02/253*; European Commission, *Memo/01/387*.

⁵⁸ Wene, “European and International Regulatory Initiatives”, s. 64.

⁵⁹ European Maritime Safety Agency, “Action Plan for Oil Pollution Preparedness and Response Report”, 2004, <http://www.emsa.europa.eu/technical-ppr/item/486-the-pollution-preparedness-a-response-activities-of-the-european-maritime-safety-agency-report-2009.html> (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019).

⁶⁰ European Commission, *Memo/02/253*; European Commission, *Memo/01/387*; Wene, “European and International Regulatory Initiatives”, s. 64.

⁶¹ Özçayır, “The Erika and Its Aftermath”, s. 10-11; Wene, “European and International Regulatory Initiatives”, s. 64.

milere müdahale etme hakkını verecek şekilde genişletilmiştir. Çoğu gemi kazalarının kötü hava şartlarında gerçekleştiği göz önüne alındığında, kıyı devletlerinin artık kötü hava şartlarında gemilerin limanlarını terk etmelerine engel olma hakları da bu Direktif ile sağlanmıştır. Son olarak, her üye devletin tehlike altındaki gemiler için sığınacak limanlara sahip olması zorunlu kılınmıştır⁶².

Tehlike altındaki gemilere sığınacak liman sağlanmasının önemi *Prestige*'in batışı ile daha iyi anlaşılmıştır. Çünkü kamuoyunda baskın olan görüşe göre eğer *Prestige*'e zamanında sığınabileceği bir barınak yeri ya da limana giriş izni verilseydi hem geminin kendisinin hem de kargosunun kaybı kuvvetle muhtemel engellenebilecekti⁶³.

5.3. Tazminat Sistemindeki İyileştirmeler

Avrupa Komisyon'u tarafından, petrol sızmaları ve kirliliği mağdurlarına verilecek tazminatlarda iyileştirme yapılması amacıyla yeni bir sistem teklif edilmiştir. Komisyon'a göre, uluslararası sözleşmelerce düzenlenmiş sorumluluk rejiminin birtakım eksiklikleri bulunmaktaydı. Bu eksiklikler yüzünden petrol kirlenmesi mağdurlarının kayıpları ya tamamen tazmin edilememekte ya da tamamen tazmin sağlansa dahi büyük bir gecikmeyle gerçekleşmektedir. Tamamen tazminin sağlanması adına, tazminat limitlerinin artırıldığı bir planın ivedilikle hazırlanması gerekliliği vurgulanmıştır. Komisyon, zaten var olan uluslararası tedbirlere ek olarak⁶⁴ "*COPE-Fonu*"nun kurulmasını teklif etmiştir. COPE Fonu Avrupalı petrol alıcıları tarafından finanse edilecektir. Bir üye devletten yılda 150.000 tondan fazla ham petrol veya ağır akaryakıt alan herhangi bir alıcı, alınan yağ miktarına karşılık gelen bir oranda, COPE Fonu'na katkıda bulunmak zorundadır. Fon yalnızca, "*Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonu*" (The International Oil Pollution Compensation Funds-IOPC Fonu)⁶⁵ tarafından sağlanan maksimum limiti ve AB sularında meydana gelen maksimum

⁶² European Commission, *Memo/02/253*; European Commission, *Memo/01/387*; Wene, "European and International Regulatory Initiatives", s. 65.

⁶³ Wene, "European and International Regulatory Initiatives", s. 64.

⁶⁴ Örneğin, 1992 Fon Sözleşmesi, 1992 Sivil Sorumluluk Sözleşmesi (Civil Liability Convention- CLC)'ni destekleyecek ek olarak bir tazminat rejim kurar. Amacı, CLC Sözleşmesi uyarınca gemi sahibi tarafından yeterince karşılanmayan hasarın telafisini sağlamaktır. The 1992 Civil Liability Convention, <https://www.iopcfunds.org/about-us/legal-framework/1992-civil-liability-convention/> (Erişim Tarihi 15 Haziran 2019).

⁶⁵ The International Oil Pollution Compensation Funds, <https://www.iopcfunds.org/> (Erişim Tarihi 15 Haziran 2019).

sınırı aşan bir kaza olduğunda faaliyete geçecektir. Böyle bir kaza olmazsa, COPE Fonu'na herhangi bir katkı yapılmasına gerek yoktur. Fon sadece, meşru talepleri uluslararası rejimdeki üst limitler yüzünden tamamen karşılanamayan mağdurlara ödeme yapacak şekilde tasarlanmıştır⁶⁶. COPE fonundan gelen tazminat, mevcut uluslararası fon sistemi ile aynı ilke ve kurallara dayanacak ancak öngörülebilecek herhangi bir felaket için mevcut olan 200 milyon Euro tavan sınırı 1 milyar Euro olacaktır⁶⁷.

Üst limitlerin artırılması teklifi Konsey tarafından kabul edilmemiştir. *Erika ve Prestige* kazaları, Avrupa tazminat fonu oluşturulması için bir fırsat penceresi oluşturmuş ancak bu fırsat tatmin edici bir şekilde değerlendirilememiştir⁶⁸.

6. ERIKA III PAKETİ

Prestige olayının ardından *Erika III* paketi Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir. Bu paketin belirtilen amacı bir yandan Avrupa sularındaki kazaların önlenmesi iken diğer yandan mağdur taraflara odaklanılarak meydana gelen kazaların sonuçlarının yönetilmesi için mevcut düzenleyici çerçevenin iyileştirilmesidir⁶⁹.

23 Nisan 2009 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen *Erika III* paketi, 28 Mayıs 2009 tarihinde AB Resmî Gazetesi'nde yayınlanmış; 17 Haziran 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷⁰. *Erika III* paketinin düzenlemeye çalıştığı konular aşağıdaki hususları kapsamaktadır;

⁶⁶ Özçayır, "The Erika and Its Aftermath", s. 11-12; Javier Prado-Domínguez / Diego Varela, "The Prestige Disaster and the Proposal for a European Fund for the Compensation of Oil Pollution Damage: A Missed Opportunity for the European Union?", *The Annals of The "Ștefan cel Mare" University of Suceava Fascicle of the Faculty of Economics and Public Administration*, Cilt 11, No 2 (14), 2011, s. 35.

⁶⁷ Özçayır, "The Erika and Its Aftermath", s. 12; Prado-Domínguez ve Varela, "The Prestige Disaster", s. 35.

⁶⁸ European Commission, *Memo/02/253*; European Commission, *Memo/01/387*.

⁶⁹ Duda / Wawruch, "The Impact of Major Maritime Accidents", s. 40-41.

⁷⁰ Technical Paper from the CPMR General Secretariat, "Implementation of the Erika III Package – State of Play", *Reference CRPMDTR110084 A7*, February 2012, s. 1; Jason Chuah, "The Third Eu Maritime Safety Package Objectives and Challenges", *International and Regional Organisations: European Union*, Cilt 15, 2009, s. 1.

- AB’de liman devleti kontrol rejimini kuran 1995 Direktifi’nin revizyonu⁷¹;
- Deniz taşımacılığı sektöründeki kazaların araştırılmasına ilişkin Direktif⁷²;
- Klas kuruluşları için ortak kurallar ve standartlar hakkında düzenleme⁷³;
- 2002 Trafik İzleme Direktifi’nin revizyonu⁷⁴;
- Bayrak Devleti gerekliliklerine uyulması hakkında Direktif⁷⁵;
- Gemi sahiplerinin sigortalarına ilişkin Direktif⁷⁶;
- Kaza durumunda, yolcuların deniz yoluyla nakliyesindeki sorumluluklar hakkında Düzenleme⁷⁷.

6.1. Liman Devleti Kontrolü Direktifi

⁷¹ Directive 2009/16/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Port State Control, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0057:0100:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

⁷² Directive 2009/18/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 Establishing the Fundamental Principles Governing the Investigation of Accidents in the Maritime Transport Sector and Amending Council Directive 1999/35/EC and Directive 2002/59/EC of the European Parliament and of the Council, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0114:0127:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

⁷³ Regulation (EC) No 391/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Common Rules and Standards for Ship Inspection and Survey Organisations, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0011:0023:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

⁷⁴ Directive 2009/17/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 Amending Directive 2002/59/EC Establishing a Community Vessel Traffic Monitoring and Information System, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0101:0113:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019)

⁷⁵ Directive 2009/21/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Compliance with Flag State Requirements, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0132:0135:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

⁷⁶ Directive 2009/20/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Insurance of Shipowners for Maritime Claims, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0128:0131:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

⁷⁷ Regulation (EC) No 392/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Liability of Carriers of Passengers by Sea in the Event of Accidents, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0392&rid=1> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Bu Direktifin amacı, AB sularındaki standart altı taşımacılığı büyük ölçüde azaltmaya yardımcı olmaktır. Bu bağlamda:

(a) Deniz güvenliği, deniz çevresinin korunması ve gemide yaşama ve çalışma koşullarına ilişkin uluslararası ve ilgili Topluluk mevzuatına uyumun artırılması;

(b) Gemilerin liman devleti tarafından kontrol edilmesi için ortak kriterler oluşturulması ve Paris Mutabakatı kapsamındaki uzmanlık ve deneyime dayanılarak denetim ve tutuklama prosedürlerinin uyumlaştırılması;

(c) Topluluk içinde daha sık aralıklarla ve daha ayrıntılı bir denetim için “Liman Devleti Kontrol Sistemi” kurulması öngörülmüştür⁷⁸.

Deniz Taşımacılığı Sektöründeki Kazaların Araştırılmasına İlişkin Direktif

Bu Direktifin amacı, deniz güvenliğinin sağlanması ve böyle deniz kazalarının meydana gelme riskinin azaltılmasıdır⁷⁹. Direktif, IMO ilkelerini AB düzenlemelerine dâhil etmeye çalışmaktadır. Örneğin, bir üye devlet, IMO’nun kazalara ilişkin soruşturmaların ne zaman ve nasıl yapılması gerektiği konusundaki rehberliğine uymalıdır⁸⁰.

Direktif kapsamındaki soruşturmalar, hukuki veya cezai sorumluluğun belirlenmesi veya paylaşılması ile ilgili olmayacaktır. Direktif ayrıca üye devletler arasında uyumlaştırılmış bir soruşturma sisteminin ve denizdeki kazalarla ilgili bir AB veri tabanı oluşturulması çağrısında bulunmaktadır⁸¹.

6.2. Klas Kuruluşlarına İlişkin Düzenleme

Düzenleme ile klas kuruluşlarının AB tarafından tanınması için belirli asgari şartların ve standartların getirildiği yeni bir AB tanıma planının oluşturulması amaçlanmıştır⁸². Bu Düzenleme, klas kuruluşlarının deniz güvenliğinin

⁷⁸ Directive 2009/16/EC, madde 1.

⁷⁹ Directive 2009/18/EC, madde 1 /1.

⁸⁰ Chuah, “The Third Eu Maritime Safety Package”, s. 2.

⁸¹ Directive 2009/18/EC, madde 1/2.

⁸² Chuah, “The Third Eu Maritime Safety Package”, s. 2; Technical Paper from the CPMR General Secretariat, s. 3.

sağlanması ve deniz kirliliğinin önlenmesi ile ilgili uluslararası sözleşmelere uymasını sağlamanın yanı sıra hizmet sunma özgürlüğünü de hedeflemiştir⁸³.

Klas kuruluşları ve denetlemeleri üzerinde yapılan kontroller üye devletler tarafından Avrupa Komisyonu'na devredilmiştir. Ancak henüz tanınmayan herhangi bir kuruluşa yetki vermek isteyen üye devletler, kuruluşun belirlenen minimum kriterlere uyduğuna dair tüm bilgiler ve kanıtlarla birlikte Komisyon'a tanınması için bir talepte bulunma konusunda hak sahibidir⁸⁴.

6.3. Topluluk Gemi Trafikini İzleme ve Bilgi Sistemi Kurma Direktifi

Bu Direktif ile zaruret halindeki gemiler için sığınma limanlarının hazırlanması tedbirine ek tedbirler öngörülmüştür. Finansal garantiler ve tazminat prosedürleri bu paket ile düzenlenmiştir⁸⁵. Direktif, Üye Devletler arasındaki deniz trafiğinin izlenmesi hakkında bilgi alışverişini kolaylaştıran "SafeSeaNet" sistemini kurmuştur. Bugün, çeşitli gözetim hizmetleri EMSA tarafından yönetilmektedir⁸⁶.

6.4. Bayrak Devleti Gereklilikleri İle İlgili Direktif

Erika III paketinin önem atfettiği, düzenlemeye çalıştığı konulardan biri de bayrak devleti denetiminin artırılmasıdır. Buna göre, AB üyesi devletler, kendi bayrağını taşıyan gemilerin uluslararası standartlara uygunluklarını daha dikkatli bir biçimde takip etmekle yükümlüdür. Bu kalite yönetim sistemi geçerli uluslararası kalite standartlarına uygun olarak sertifikalandırılacaktır. Komisyon, bu ve diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesinde üye devletlerden açıklama isteme yetkisine sahiptir. Üst üste iki yıl bayrağı kara listeye alınan üye devletin bu açıklamayı yapması ise şart koşulmuştur⁸⁷.

⁸³ Regulation (EC) No 391/2009, madde 1.

⁸⁴ Regulation ON (EC) No 391/2009, madde 3.

⁸⁵ Chuah, "The Third Eu Maritime Safety Package", s. 2.

⁸⁶ Ibid, s. 2; Technical Paper from the CPMR General Secretariat, s. 3; Directive 2009/17/EC, madde 1.

⁸⁷ Directive 2009/21/EC, madde 8; Chuah, s. 1.

6.5. Gemi Sahiplerinin Sigortası Hakkında Direktif

Erika III paketi çerçevesinde kabul edilen gemi sahiplerinin sorumluluk ve sigortalarına ilişkin Direktif, gemilerden kaynaklanan zararlara ilişkin yükümlülükleri ortaya koymaktadır⁸⁸. Direktifin öngördüğü yükümlülükler, üye devletlerden gelen gemiler ve AB sularında yelken açan üçüncü ülke gemileri ve 300 tonaj veya daha büyük gemiler için geçerlidir. Ticari olmayan bir kamu hizmeti için kullanılan savaş gemileri, yardımcı savaş gemileri veya diğer devletlere ait olan veya işletilen gemiler için geçerli değildir⁸⁹.

6.6 Kaza Durumunda, Yolcuların Deniz Yoluyla Taşınması Yükümlülüğü İle İlgili Düzenleme

Bu Düzenleme yolculara, olası fiziksel maddi zararı kapsayan zorunlu bir sigorta yükümlülüğü getirmiştir. Düzenleme, “*Yolcu Taşınması ve Yolcuların Bagajları ile ilgili 1974 Atina Sözleşmesi*”nin ve IMO’nun ilgili kılavuzlarının uygulanmasına izin vermektedir⁹⁰. Düzenleme gereği yolcu taşınması esnasında bir yolcunun ölümü veya kişisel yaralanması durumlarında, taşıma firmasının, tazminat hakkına sahip kişinin kimliğinin tespitinden sonraki 15 gün içerisinde zararlar orantılı olarak ödeme yapması gerekecektir (herhangi bir hatanın kanıtlanması gerekmez)⁹¹.

Yaralanma taşıma dışı bir kazanın sonucuysa (örneğin, yolcu jakuzide kafasına çarpmışsa), mağdurun taşıyıcıdaki hatayı kanıtlaması gerekmektedir. Ayrıca mağdurların doğrudan sigorta şirketinden tazminat talep edebilecekleri beklendiğinden, tüm taşıyıcı firmalar sigortalı olmalıdır⁹².

7. SONUÇ

Erika ve *Prestige* kazaları, geniş çapta deniz kirliliğine sebebiyet vermiş ve uygulamada eksik veya boşlukların olduğunu göstermiştir. Böylece deniz

⁸⁸ Technical Paper from the CPMR General Secretariat, s. 4.

⁸⁹ Directive 2009/20/EC, madde 2.

⁹⁰ Regulation (EC) No 392/2009, madde 1; Technical Paper from the CPMR General Secretariat, s. 4.

⁹¹ Regulation (EC) No 392/2009, madde 6/1.

⁹² Chuah, “The Third Eu Maritime Safety Package”, s. 3.

çevresinin korunması ile ilgili mevcut mevzuatın yenilenmesi veya iyileştirilmesinde uluslararası veya bölgesel eylemlere yol açmışlardır.

Aynı zamanda gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi için uluslararası asgari gerekliliklerin yanı sıra bu gerekliliklere uygunluğun etkin bir şekilde izlenmesini sağlayan etkin mekanizmaların uygulanması gerektiğini göstermiştir. Bu kazalar, petrol kirliliği sonucu meydana gelen zararların tazmin edilmesine yönelik olarak da yasal çerçeveyi etkileyen olaylar olmuşlardır.

Ciddi gemi kazaları sonrasında formüle edilen politikaların çoğu, bir geminin tasarlanma şekline odaklanmıştır. Elbette ki daha iyi hizmet, daha fazla rekabet gücü ve daha fazla güvenlik için gemi tasarımında her zaman ilerlemeler olmalıdır. Bununla birlikte, bu politikaların birçoğu “*pasif güvenlik*” anlamına gelir. Bu önlemlerin yanında “*aktif güvenlik*” önlemlerinin de alınması şarttır. Bu önlemler arasında, özellikle de çoğu kazada insan hatasının varlığı göz önüne alındığında, gemi personelinin eğitim ve öğretimi, kesinlikle en önemli araçlardan biridir. Ayrıca, gemi trafik yönetimi bilgi sistemleri ile çarpışma veya karaya oturma riskini azaltan politikalar dikkatlice gözden geçirilmelidir⁹³.

Erika ve *Prestige* kazaları bize göstermiştir ki gemi kazaları genellikle fırtınalı, kötü hava koşulları ve yüksek dalgalar sırasında meydana gelmektedir. Sızıntıya müdahale önlemlerinin veya denizdeki kirlilikle mücadele ekipmanının etkinliği bu şartlar altında oldukça sınırlıdır⁹⁴. Dolayısıyla kötü hava koşullarıyla mücadele edebilecek personel ve ekipmanın geliştirilmesi de bir o kadar önemlidir.

Devletler, gerek deniz çevresinin korunması ve muhafazası gerek ekonomileri veya vatandaşlarının refahı adına, geçmiş hatalarından ders alarak gerekli önlemleri almalı ve etkin bir şekilde uygulamalıdır. *Erika* ve *Prestige* kazaları sonrası, birçok AB Direktifinin düzenlenmesi ve uygulamaya konulması, deniz çevresinin küresel olduğu kadar bölgesel düzeyde de korunmasında bir başarı olarak görülebilir. Ancak bu önlemlerin çoğunluğu direktif olduğundan, üye devletler tarafından uygulanmaya koyulacaktır. Dolayısıyla *Erika Paketleri* nin başarısında önemli rollerden biri de üye devletlere düşmektedir.

⁹³ Ibid, s. 89-90.

⁹⁴ Höfer, “Tanker Safety and Coastal Environment”, s. 1.

Büyük petrol tankeri kazalarının, uygulamadaki mevzuatı büyük ölçüde şekillendirdiğini ve şekillendirmeye devam ettiğini göstermesi bakımından, *Erika* ve *Prestige* kazaları öğretici bir örnek oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aldo Chircop, “Living with Ships in Distress - A New IMO Decision-Making Framework for the Requesting and Granting of Refuge”, *WMU Journal of Maritime Affairs*, Cilt 3, No 1, 2004, ss. 31-49.
- Ali Yasin Kaya / Kadir Emrah Erginer, “Türk Donatan İşletmelerinin Klas Kuruluşu Seçimlerinin Analitik Hiyerarşi Süreci Yöntemiyle Analizi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2016, ss. 1-17.
- Amanda B.M. Fadigas, “Vulnerability Factors of Shellfisherwomen in the Face of Oil Spill Events: An Analysis of the Prestige Case”, *International Journal of Disaster Risk Reduction*, Cilt 24, 2017, ss. 560-567.
- Angela Carpenter, “The EU and Marine Environmental Policy: A Leader in Protecting the Marine Environment”, *Journal of Contemporary European Research*, Cilt 8, No 2, ss. 248-267.
- Barbara Vaughan, “The Liability of Classification Societies”, 2006, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Vaughan-The-Liability-of-Classification-Societies-UCT-LLM.pdf> (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019).
- Caroline Stenman, *The Development of the MARPOL and EU Regulations to Phase out Single Hulled Oil Tankers*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Göteborg, Department of Law, 2005.
- Daniel Duda / Ryszard Wawruch, “The Impact of Major Maritime Accidents on the Development of International Regulations Concerning Safety of Navigation and Protection of the Environment”, *Scientific Journal of Polish Naval Academy*, Cilt 211, No 4, 2017, ss. 23-44.
- Diego Carro et al., “Final Disposal of the Wastes Associated with the Oil Spill of the Tanker Prestige Through Its Stabilization with Quicklime and

Granite Fines”, *Soil & Sediment Contamination*, Cilt 17, No 4, 2008, DOI: 10.1080/15320380802146636, ss. 393-410.

Directive 2002/59/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2002, Establishing a Community Vessel Traffic Monitoring and Information System and Repealing Council Directive 93/75/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:208:0010:0027:EN:PDF> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

Directive 2001/105/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 Amending Council Directive 94/57/EC on Common Rules and Standards for Ship Inspection and Survey Organisations and for the Relevant Activities of Maritime Administrations, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0105> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

Directive 2001/106/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 2001 Amending Council Directive 95/21/EC Concerning the Enforcement, in Respect of Shipping Using Community Ports and Sailing in the Waters Under the Jurisdiction of the Member States, of International Standards for Ship Safety, Pollution Prevention and Shipboard Living and Working Conditions (Port State Control), <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0747a1a4-efd0-4d6a-8273-09dd92cb13b3> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

Directive 2009/16/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Port State Control, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0057:0100:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Directive 2009/17/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 Amending Directive 2002/59/EC Establishing a Community Vessel Traffic Monitoring and Information System, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0101:0113:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019)

Directive 2009/18/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 Establishing the Fundamental Principles Governing the Investigation of Accidents in the Maritime Transport Sector and Amending Council Directive 1999/35/EC and Directive 2002/59/EC of the European Parliament and of the Council, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0114:0127:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Directive 2009/20/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Insurance of Shipowners for Maritime Claims, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0128:0131:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Directive 2009/21/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Compliance with Flag State Requirements, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0132:0135:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Emilia Luoma, *Oil Spills and Safety Legislation*, Publications from the Centre for Maritime Studies, 2009.

Eric J. Jaworski, “Developments in Vessel-Based Pollution: Prestige Oil Catastrophe Threatens West European Coastline, Spurs Europe to Take Action Against Aging and Unsafe Tankers” *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Cilt 14, 2003, ss. 101-109.

European Commission, IP/03/1116, Brussels, 25 July 2003, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1116_en.htm (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

European Commission, Memo/01/387, Brussels, 27 November 2001, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-01-387_en.htm (Erişim Tarihi 10 Haziran 2019).

European Commission, Memo/02/253, Brussels, 14 November 2002, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-02-253_en.htm (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019); European Commission, Memo/01/387.

- European Maritime Safety Agency, “Action Plan for Oil Pollution Preparedness and Response Report”, 2004, <http://www.emsa.europa.eu/technical-ppr/item/486-the-pollution-preparedness-a-response-activities-of-the-european-maritime-safety-agency-report-2009.html> (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019).
- European Maritime Safety Agency, <http://www.emsa.europa.eu/> ((Erişim Tarihi 12 Haziran 2019).
- European Parliamentary Research Service, “Ex-Post Impact Assessment on the Implementation and Effects of the Third Maritime Safety Package”, October 2015.
- Eva Heims, “Building EU Maritime Safety Regulatory Capacity”, *Executive Politics and Governance*, https://doi.org/10.1007/978-3-319-97577-1_4, 2019, ss. 83-110.
- Garcia Negro et al., “Compensating System for Damages Caused by Oil Spill Pollution: Background for the Prestige Assessment Damage in Galicia, Spain”, *Ocean & Coastal Management*, Cilt 50, 2007, ss. 57-66.
- Henning Jensen, *The Liability of Classification Societies - Some Practical Issues*, Comite Maritime International Yearbook, 2014.
- International Maritime Organization, “International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (BUNKER)”, [http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-\(BUNKER\).aspx](http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-(BUNKER).aspx) (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).
- International Maritime Organization, “International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL)”, [http://www.imo.org/en/about/conventions/listofconventions/pages/international-convention-for-the-prevention-of-pollution-from-ships-\(marpol\).aspx](http://www.imo.org/en/about/conventions/listofconventions/pages/international-convention-for-the-prevention-of-pollution-from-ships-(marpol).aspx) (Erişim Tarihi 15 Haziran 2019).
- Jason Chuah, “The Third Eu Maritime Safety Package Objectives and Challenges”, *International and Regional Organisations: European Union*, Cilt 15, 2009, ss. 1-3.

- Javier Prado-Domínguez / Diego Varela, “The Prestige Disaster and the Proposal for a European Fund for the Compensation of Oil Pollution Damage: A Missed Opportunity for the European Union?”, *The Annals of The “Ștefan cel Mare” University of Suceava Fascicle of the Faculty of Economics and Public Administration*, Cilt 11, No 2 (14), 2011, ss. 32-39.
- Jose Juste-Ruiz, “Compensation for Pollution Damage Caused by Oil Tanker Accidents: from ‘Erika’ to ‘Prestige’”, *Aegean Review Law Sea*, Cilt 1, 2010, ss. 37-60.
- Juan Fernández-Tajes et al., “Monitoring Follow Up of Two Areas Affected by the Prestige Oil Four Years After the Spillage”, *Journal of Toxicology and Environmental Health, Part A Current Issues*, Cilt 74, 2011, ss. 1067-1075.
- Juan L. Pulido, *Compensation by the Coastal States - The Prestige Disaster*, Jürgen Basedow ve Ulrich Magnus (der.), Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007, ss. 151-169.
- Julie Adshead, “The Application and Development of the Polluter-Pays Principle Across Jurisdictions in Liability for Marine Oil Pollution: The Tales of the ‘Erika’ and the ‘Prestige’”, *Journal of Environmental Law*, Cilt 30, 2018, ss. 425-451.
- Ling Zhu, *International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001 – Liability and Insurance Aspects*, Jürgen Basedow ve Ulrich Magnus (der.) Springer, 2007, ss. 171-180.
- Maria Boilé et al., “Oil Spills in Maritime Transport Call for Action”, *Transportation Research Record 1909*, Cilt 1909, No 1, 2005, ss. 100-107.
- Oya Özçayır, “The Erika and Its Aftermath”, *International Maritime Law Journal*, Cilt 7, No 7, 2000, <http://www.amiri.org.uk/oya/lawofthesea/wp-content/uploads/2012/12/Erika.pdf> (Erişim Tarihi 10 Haziran 2019).
- Paris MoU on Port State Control, <https://www.parismou.org/about-us/organisation> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Patricia Iciar Garcia, “‘Nunca Mais!’ How Current European Environmental Liability and Compensation Regimes are Addressing the Prestige Oil Spill of 2002”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Cilt 25, No 4, 2004, ss. 1395-1437.

Peter Geoffrey Wells, “The Iconic Torrey Canyon Oil Spill of 1967- Marking Its Legacy”, *Marine Pollution Bulletin*, Cilt 115, 2017, ss. 1-2.

Regulation (EC) No 1406/2002 of the European Parliament and of the Council of 27 June 2002 Establishing a European Maritime Safety Agency, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R1406:20130301:EN:PDF>, (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

Regulation (EC) No 1726/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 July 2003 Amending Regulation (EC) No 417/2002 on the Accelerated Phasing-in of Double-Hull or Equivalent Design Requirements for Single-Hull Oil Tankers, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32003R1726> (Erişim Tarihi 12 Haziran 2019).

Regulation (EC) No 391/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Common Rules and Standards for Ship Inspection and Survey Organisations, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:131:0011:0023:EN:PDF> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Regulation (EC) No 392/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Liability of Carriers of Passengers by Sea in the Event of Accidents, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0392&rid=1> (Erişim Tarihi 14 Haziran 2019).

Regulation (EC) No 417/2002 of the European Parliament and of the Council of 18 February 2002 on the Accelerated Phasing-in of Double Hull or Equivalent Design Requirements for Single Hull Oil Tankers and Repealing Council Regulation (EC) No 2978/94, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002R0417> (Erişim Tarihi 11 Haziran 2019).

- Technical Paper from the CPMR General Secretariat, “Implementation of the Erika III Package – State of Play”, Reference CRPMDTR110084 A7, February 2012.
- The 1992 Civil Liability Convention, <https://www.iopcfunds.org/about-us/legalframework/1992-civil-liability-convention/> (Erişim Tarihi 15 Haziran 2019).
- The International Oil Pollution Compensation Funds, <https://www.iopcfunds.org/> (Erişim Tarihi 15 Haziran 2019).
- Thomas Höfer, “Tanker Safety and Coastal Environment: Prestige, Erika, and What Else?”, *Environmental Science and Pollution Research*, Cilt 10, No 1, 2003, ss. 1-5.
- Wene, Justine, “European and International Regulatory Initiatives Due to the Erika and Prestige Incidents”, *Maritime Law Association of Australia and New Zealand*, Cilt 19, 2005, ss. 56-73.
- Wout Broekema, “Crisis-Induced Learning and Issue Politicization in the Eu: The Braer, Sea Empress, Erika, and Prestige Oil Spill Disasters”, *Public Administration*, Cilt 94, No 2, 2016, ss. 381-398.

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ EKSENİNDE
ANAYASA MAHKEMESİNİN HUKUKU DEĞİŞTİRME SORUNU**

*The Issue of the Constitutional Court
Changing The Law Interms of Freedom of Expression*

Ömer KESKİNSOY*
Hande Seher DEMİR**
Semih Batur KAYA***

Öz

Anayasa basit bir normlar toplamından ibaret değildir; aksine temelinde insan onuru yer alan ilkeler bütünüdür. İnsan onuru, hak ve özgürlüklerin temel paradigmasını teşkil etmektedir. Tüm hak ve özgürlükler gibi ifade özgürlüğü de insan onuruna yönelmektedir. Bu çalışmada üzerinde durulan temel husus Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğü ekseninde hak eksenli yaklaşımında tutarlı bir içtihat ortaya koyup koymadığıdır. Bu yaklaşımıyla Anayasa Mahkemesinin hukuku değiştirdiği kanaati doğmuştur. Hukukun değiştirilmesi insan onuruna yönelen ilkelerin varlığı veya eksikliği yanında uygulamaya tam olarak aktarılmaması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Anayasa Mahkemesi burada hak eksenli yaklaşımında tutarlı bir içtihadı mimari inşa etmemektedir. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarından hareketle, ifade özgürlüğünün yeterince korunmadığı kanaati ortaya çıkmaktadır.

* Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF Siyaset Bilim ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi omer.keskinsoy@hbv.edu.tr, Orcid ID: 0000-0002-7441-9547

** Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF Siyaset Bilim ve Kamu Yönetimi Bölümü Dr. Araştırma Görevlisi handeseherdemir@gmail.com, Orcid ID:0000-0001-7957-0521

*** Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, semih.batur@yahoo.com, Orcid ID:0000-0001-5888-1750

Makale Geliş Tarihi:13.04.2020

Makale Kabul Tarihi:08.05.2020

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Anayasacılık, Anayasa Yargısı, Hukuk Devleti, Demokrasi.

Abstract

The constitution is not a simple sum of norms; on the contrary, it is a set of principles that are based on human dignity. Human dignity is the basic paradigm of rights and freedoms. Freedom of expression, like all rights and freedoms, is directed towards human dignity. As we have stated in this study, the Constitutional Court does not act with a right-based approach to freedom of expression. The Constitutional Court changes the law with this approach. Considering the case law of the European Court of Human Rights, this conclusion about the Constitutional Court emerges.

Keywords: Freedom of Expression, Constitutionalism, Constitutional Jurisdiction, Rule of Law, Democracy.

I.Giriş

İfade ve basın hürriyeti, liberal çoğulcu demokrasi anlayışının olmazsa olmaz şartlarından. Çağdaş çoğulcu demokrasilerin maddi/şekli anayasalarında, ifade özgürlüğünün ve en genel ifadeyle insan onurunun tanındığı ve korunduğu görülür.

Tarihten günümüze yaşanan süreçte zayıf olan insanı devlet karşısında korumaya yönelik zihni ve fiili çalışmaların günümüzde ulaştığı son nokta anayasal devlettir. Anayasal devletin araçları ise kuvvetler ayrılığı, denge ve fren sistemi, iyi yönetim araçları, şeffaflık, hak ve hürriyetlere müdahalelerin yargısal denetimi (AİHM, AYM'e bireysel başvuru), insan haklarına saygılı devlet, çoğulcu demokrasi, son tahlilde hukuk devletidir. Çoğunluğun sınırlı egemenliği anlamına gelen çoğulcu demokrasi anlayışında azınlığın hak ve hürriyetleri çoğunluğun insafına bırakılamaz. Tek bir kişinin dahi tercihleri, fikirleri, ifadeleri önemlidir, korunmaya değerdir.

Düşünce ve ifade hürriyetinin farklı tezahürü şekilleri olan; bilim ve sanat hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, süreli ve süresiz yayın hakkı, basın özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hürriyeti gibi hürriyetler çoğulcu

demokratik toplumun olmazsa olmazlarındadır. Demokratik toplum ancak ve hususiyle bunlarla anlamlı ve yaşanır hale gelir, bunlardan birine müdahalenin diğerlerinden bağımsız değerlendirilemeyeceği ve her biri bakımından geçerli olmak üzere birine müdahalenin diğerlerini de etkileyeceği kuşkusuzdur. Biraz önce sayılan ve negatif statü hakları kategorisinde yer alan ifade özgürlüğünün ortaya çıkışı şekilleri arasına, pozitif statü hakları içerisinde olan sendika kurma ve aktif statü hakları arasında yer alan siyasi parti kurma özgürlüklerini de ilave etmek mümkündür.

İfade özgürlüğünün özel bir görünüm biçimi olan basın özgürlüğü, demokratik bir toplumda ayrı bir öneme sahiptir. Zira anılan özgürlük yalnızca basının fikir ve bilgileri yaymasına değil halkın bunlara ulaşmasına da imkân sağlar. Aksi halde sadece ifade özgürlüğü değil, dolaylı olarak düşünce özgürlüğü, demokrasi, seçme ve seçilme özgürlükleri de tahrip olur; zira kişiler ancak ulaşabildiği bilgiler ölçüsünde fikirlerini oluşturabilir, değiştirebilir, seçme haklarını kullanarak siyasi hayata katılabilir ve demokrasiyi yaşayarak gerçekleştirebilir.

Şeffaflık ve hesap verilebilirlik demokratik toplum düzeninin gereklerindedir. Demokrasinin sağlıklı işleyişi kamu makamlarının sadece yasama ve yargı organları tarafından değil aynı zamanda siyasi partiler, sivil toplum örgütleri ve basın gibi demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları tarafından da denetlenmesine bağlıdır. Bu doğrultuda basın, kamunun gözetleyicisi olarak farklı kaynaklardan bilgi ve fikirleri yayarak şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanmasına da katkıda bulunur. Basın özgürlüğü sayesinde farklı kaynaklardan bilgi ve fikirlere ulaşan kamuoyu, kamu gücünü elinde bulunduranların iş ve işlemlerine yönelik daha doğru bir kanaate ulaşır.

Temel hak ve hürriyetler ile yargı arasında oldukça işlevsel bir bağ vardır. Temel hak ve hürriyetleri haksız müdahalelerinden koruyan nihai irade, yargı iradesidir. İşte bu noktada anayasa yargısı özel ve hayati bir konumda yer almaktadır. Anayasacılığın özü, haksız müdahalelere karşı temel hak ve hürriyetleri koruyarak bir denge ve denetim sağlamaktır. Şu hâlde hukuk devletinde anayasa yargısından beklenen, “hak eksenli” (rightbased) bir yaklaşım benimsemesi; takdir yetkisini otoriteden değil özgürlükten yana kullanmasıdır. Çalışmada, ifade özgürlüğü ekseninde, Türkiye’deki normatif devreler analiz edilecek; AİHM’nin ifade hürriyetine yönelik genel içtihadı ortaya konarak Türkiye özelinde verdiği kararlarda içtihat değişikliğine gidip gitmediği tartışılacak,

Anayasa Mahkemesi'nin ifade hürriyetine ilişkin kararları tahlil edilerek insan hakları ve yargı organı arasındaki bağ incelenecektir.

II. Modern Hukukun Özgürlük Sorunu

İktidar, özellikle de siyasi iktidar bireyin hakeza toplumun hak ve özgürlükleri üzerinde büyük bir güç oluşturmaktadır. Siyasi iktidarın güç ve zor kullanma tekelliği ve tekilliği onu, birey-toplum ile iktidar geriliminde potansiyel bir tehlike haline getirmektedir. Bu durumun kısmen de olsa önüne geçilebilmesi için çeşitli araçlar geliştirilmiştir. Siyasi iktidarın ve genel olarak iktidarın sınırlandırılması, belirlenmesi ve nihai olarak tanımlanabilmesi serüveni bu tür bir çabanın ifadesidir.

İktidar, modern devletle form bulmuş, cisimleşmiştir. Modern devletin dımsel kaynağı olarak siyasi iktidar ise yönetimin ve dolayısıyla rejimin karakterini belirleyen en önemli değişken konumdadır. Ancak siyasi iktidar, deyim yerindeyse ele avuca sığmaz bir yapıdadır. Bu durum hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda daha hassas bir hâl alır. Gerçekten de iktidar, distopik romanlardaki halinden daha ağır bir şekilde yakar, yıkar, gözetler, uyutur. Siyasi iktidar, hak ve özgürlükler üzerinde potansiyel somut ve ciddi bir tehdit teşkil ettiğinden denetim olgusu iktidar için kaçınılmazdır.

Hak ve özgürlüklerin en önemli güvencelerinden birisi denetimdir. Demokratik bir hukuk devletinde, tüm iktidar birimlerinin ve özellikle de siyasi iktidar ve devlet iktidarının denetlenmesi şarttır. Denetim mekanizmaları yoluyla denetlenen, hukuki sınırlar içinde tutulur. Denetleme faaliyetiyle denetlenenin yetki alanı belirlenir, tanımlanır. Organik ve fonksiyonel yönleriyle önemli bir derinliğe ve genişliğe sahip olan iktidarın denetlenmesi hayli güç bir faaliyettir. Bunun yanında iktidarın denetlenmesi çoğu zaman iktidarın kontrolündeki mercilerce yapılır. Bu nedenle iktidarın denetlenmesi kadar, denetimin fonksiyonelliği bir başka ifadeyle şekli ve maddi yönleriyle kuvvetler ayrılığı uygulama ve kültürünün varlığı da önemlidir. Öz ifade şekliyle siyasi iktidarın denetiminin fonksiyonelliği bu müesses nizamın varlığı ile anlamlı hale gelir. Aksi takdirde hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması ve sürdürülebilirliği mümkün değildir. Modern anlamda etkin bir denetim mekanizması olarak, anayasacılık gösterilebilir.

İktidarın denetiminin tam anlamıyla sağlanması, anayasacılık ve bunun somut tezahürü olan anayasanın varlığını gerektirir. Lakin salt anayasa ve ana-

yasacılık, iktidarın denetlenmesinin amacına ulaşması bakımından yeterli olmayabilir. Asıl olan anayasacılık ve anayasanın varlığının yanı sıra devletin ve iktidarın bunlarla kendisini bağlı kabul etmesidir. Burada anayasalı devlet-anayasal devlet hakeza kanun devleti-hukuk devleti ilişkisi ortaya çıkar. Anayasalı devlet ve kanun devleti iktidarın denetlenmesinin fonksiyonelliği bakımından bir başlangıç olabilir. Ancak yeterli değildir. Binaenaleyh, anayasal devlet ve hukuk devleti, iktidarın denetlenmesi ve bu yolla temel haklara yönelik tehditlerin giderilmesi bakımından ziyadesiyle elzem olmaktadır.

Anayasacılık, iktidarın sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin güveneye bağlanmasını hedefler. Bu yönüyle anayasacılık; kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi olmak üzere temel değerler dizisinden oluşur. Çoğulcu demokrasi, çoğunluğun sınırlı egemenliğidir; sınırlı egemenliğin olmazsa olmaz şartı hukuk devleti yani egemenin yetkilerinin sınırlandırılmasıdır; bu sınırlandırmanın amacı zayıf olan vatandaşları (vatandaşların hak ve özgürlüklerini) güçlü olan devlet karşısında korumaktır; bunun yolu denge ve denetimin etkin biçimde sağlanmasıdır. Ezcümle insan hakları, demokrasi, hukuk devleti gibi idealize edilen ilkelerden her biri, bir diğeriyle ilgi ve ilişki içindedir; bu ilkelerin tamamı, iktidarın sınırlandırılmasını ve denetlenmesini sağlamak üzere zaman içinde evrilmiş ve gelişmiştir.

Siyasi iktidarın denetlenmesinde modern hukukun ne olduğunun izahı da önemlidir. Modern hukuk, ya iktidarın türevi olarak görülecek ve buna göre bir pratik sergileyecek yahut iktidardan bağımsız temel ilkeleri olan bir olgu olarak ortaya çıkacaktır. Birinci görüş Austin'in temel hukuk anlayışı üzerinden açıklanabilir. Buna göre hukuk bilimi pozitif hukuktan ibarettir. *"Tam anlamıyla yasa olarak adlandırılan, siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı yasadır. Bir yasa, kelimenin gerçek ve tam anlamında, akıl sahibi bir varlığa yol göstermek için, onun üzerinde gücü olan akıl sahibi (diğer) bir varlıkça koyulan bir kural olarak tanımlanabilir."*¹

Kanımızca değer olarak adalet, eşitlik ve özgürlüğün ahlaki temellerinin inşa edilmesi hukukun meşruiyetini gösteren en önemli etkidir. Dolayısıyla değer eksenli meşruiyetin anlaşılması önemlidir. Ancak hukuksal anlamda meşruiyet olgusunun genellikle anlaşılmalı olan anlamı pozitif hukuk normuna olan uygunluktur. Hukuksal pozitivizmin bu yaklaşımı, meşruluğun dar anlamıdır.

¹ John Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, Tekin Yayınevi, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, İstanbul 2015, s. 27 vd.

Bu, esasında yasal olma demektir. Pozitif hukuk düzenlemesinin verdiği yetkiyi kullanmak suretiyle kişilere işkence eden bir iktidarın yasallığı kuşku götürmez; ancak bunun meşru ve hukuki olduğu söylenebilir mi?

Normativist pozitivizme göre bir hukuk normu, meşruiyetini kendinden bir üst düzeydeki normdan alır. Bir diğer deyişle, hukuk normları hiyerarşik bir piramit oluşturur; piramidin en üstünde anayasa vardır. Bu şekilde hukuk sistemi birbiri üzerinde sıralanmış bireysel eylem ve tasarruflardan, idari ve yargısal tasarruflardan, tüzük ve yasalardan oluşur; en tepede ise anayasa yer alır. Her basamaktaki hukuk normu geçerliliğini ve meşruiyetini bir üst hukuk normundan alır. Dolayısıyla normativist pozitivizm de esasında yasallık koşulu aranır. Meşru olan, üstteki yasaya uygun olandır. Dolayısıyla pozitivizmin bu iki görüşü de meşruluğu iradeye (tek kişi, grup, çoğunluk) dayandırmaktadır. Ancak bu irade yanılırsa yahut özgürlük, adalet ve eşitlik gibi değerlerin karşısında yer almayı yeğlerse, bu noktada meşruiyet sorunu karşımıza çıkar.²

Bu anlayışta kanımızca birkaç sorun bulunmaktadır. *Birinci* sorun, bu anlayışta her pozitif hukuk normu, bir egemen irade tarafından, egemen iradenin üstün olduğu diğer iradeler üstünde uygulanır; dolayısıyla bu anlayışa göre “*hukuk egemenin buyruğudur.*” *İkinci* sorun, bu anlayışta modern hukukun kökeninin ve geleceğinin belirlenmesinde siyasetin üstün olması gayesi güdülmür; bu nedenle siyaseten güçlü olanın koyduğu kural, hukuktur. *Üçüncü* sorun, bu anlayışta modern hukuk, iradeci bir yaklaşımla ele alınmakta; hukuk, iradenin türevi sayılmaktadır.

Bize göre modern hukukun kökeni ve geleceği salt egemen gücün tezahürü olan iradeye dayandırılmaz. Böyle bir yaklaşım en sade ifade şekliyle hukukun sığlaştırılması ve içinin boşaltılarak etkisizleştirilmesidir. Dolayısıyla “*jusomniumgentium*” yani tüm insanlığa ait hukukun genel ilkeleri vardır. Modern hukukun temel ilkesi de anayasacılık ve buna bağlı ilkeler dizisidir. Devlet, ulusal hukuk sisteminin kişileştirilmiş veya bir başka deyimle somutlaştırılmış halidir. Bu bakımdan devlet, ulusal bir yasal düzen tarafından oluşturulan topluluktur.³ Bu bağlamda devletin temel normu anayasadır. Bu temel, iktidar ve kurumları için norm sınırlılığı ve engeller ortaya çıkarır.⁴ Anayasa bu özelliğini

² Aynı doğrultuda bkz. Öktem, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 109.

³ Hans Kelsen, *General Theory of Law, and State*, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949, s. 181.

⁴ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge 1986, 355.

üstün norm olması ile elde eder.⁵ Anayasanın vazgeçilmez temel ilkeleri, bir başka deyimle kendisiyle beraber getirdiği değerler dizisi vardır. Bu değerler anayasacılığın özünden kaynaklanan kuvvetler ayrılığı⁶, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasidir. Bunlar formel ve maddi anlamda devletin hukukunu teşkil eder. Dolayısıyla devletin hukuku, demokratik hukuk devleti veya diğer bir söylemle anayasal demokrasidir. Şu hâlde modern devletin oldukça sofistike temel sorunları olarak hak, norm ve irade sorunlarından söz edilebilir.

Burada “*Hukuk nedir?*” sorusu, beraberinde iki temel soruna işaret etmektedir.⁷ Hukukun norm ve irade sorunu olarak şekillenen bu iki sorun, hukukun belirlenmesi serüveninde hukuk olgusunun yapıtaşını niteliğindedir. Bu yapıtaşları sayesinde hukukun kimliğinin tespit edilmesinde pozitivist eğilimden⁸ doğal hukuk eğiliminden de sıyrılmış olur.

Hukukun norm sorunu hukuk devleti ile aşılabılır. Esasında hukuk devleti olgusu tam da bu sorunu çözer. Hukuk devleti maddi ve biçimsel olmak üzere bir bütünlüğü ortaya koyar. Buna göre hukuk devleti maddi yönüyle insan onurunu siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Hukuk devletinin amacı hukuksal belirliliği, güvenilirliği ve öngörülebilirliği sağlayarak insan hak ve özgürlüklerinin iktidar iradesi karşısında korunmasıdır. Biçimsel yönden hukuk devleti de nitelikli bir normlar toplamı oluşturarak hukuku, hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi bakımından işlevsel hale getirmektedir.

⁵ Dworkin, *LawEmpire*, 356.

⁶ Abbe Sieyes’in belirttiği gibi “anayasa devletin içsel yapılanmasını, farklı kamu güçlerinin içsel örgütlenmesini, bunların zorunlu bağlantılarını ve aralarındaki karşılıklı bağımlılığı kuşatan bir kavramdır. Anayasa, güçlerin akıllı bir şekilde dağıtılmasıyla ilgili politik önlemlerin alınmasını da öngörür. Bu sayede, toplumsal fayda sürekli hale gelir ve bu güçler hiçbir zaman tehlikeli olmaz. Anayasa kavramının gerçek anlamı budur.” Aktaran Isensee, a.g.e., s. 213.

⁷ Kanımızca hukuk ve normlar bütünlüğü amaç değil araçtır. Amaç değerler dizisi olarak adalet, eşitlik ve özgürlüğün kurulması, geliştirilmesi ve yaşam pratiğine aktarılmasıdır. Modern yaşamın ulaştığı teknik yeniliklerden, evrenin tüm olanaklarından, hukuksal yapı ve birimlerden yararlanılarak değerleri ve bunun ahlaki temellerini olabildiğince bütün boyutlarıyla gerçekleştirmek gerekir. Sömürü, baskı ve köleliğin olduğu düzenlerde irade içi değer sorununun çözümlendiği söylenemez. Özgürlük, adalet ve eşitlik ahlaki temelleri insanın özünden kaynaklanan bir değerler dizisi olup, var oluşun esas koşulu haline getirilmelidir.

⁸ Hukuk muhteşem bütünlüğü ile devleti de meydana getirir. Bize göre devlet iradesi hukukun kökeninde ve geleceğinde yegâne belirleyici bir konumda değildir. Dolayısıyla pozitivist eğilim hukuku devlet iradesinin veya iktidarın diğer görünüm biçimlerinin bir türevi olarak görmekteyken biz burada hukuku modern anlamda bilişsel bir gelişim sürecine bağlamaktayız.

Hukukun bir diğer temel sorunu olan irade sorunu ise çoğulcu demokrasi ile aşılabilir. İrade sorunu matematiksel bir çoğunluğa indirgenemez. Çünkü her bir irade ayrı bir anlam dünyasını, ayrı bir yaşamı temsil etmektedir. Bundan ötürü her irade siyasal ve sosyal karar alma sürecine aynı oranda katılmalı, nimetlerinden yararlanmalı ve külfetlerine katlanmalıdır. Çoğulcu demokraside hukuk devletiyle oluşturulan nitelikli normlar bütünü, aynı zamanda modern devletin demokratik pratiğini, bir diğer ifade ile hareket kabiliyetini de belirler, tanımlar ve sınırlandırır. Böylelikle yönetim faaliyetinde insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda norm ve iradenin mükemmel bütünlüğüne ulaşılır.

Modern hukukun özgürlük sorunu, kanımızca bağlı bulunan hukuk anlayışına göre ortaya çıkar ve şekillenir. Hukuku, siyaseten egemen iradenin bir türevi olarak görmek, modern hukukun asli sorunudur ve özgürlüklere yönelik sınırsız müdahale potansiyelini beraberinde getirir. Zira saf iradeci bir yaklaşımdan, hak ve özgürlüğün doğması beklenemez. İrade hukukun ortaya çıkarıcısı olarak kabul edildiğinde, bir diğer deyişle modern hukukun kökeni ve geleceği bunun üzerinden belirlendiğinde ortaya hukukun özgürlük sorunu çıkar. Oysa hukuk bir iradenin bir diğer iradeye hükmetmemesi için vardır.

Öyleyse yukarıda işaret edilen “*Hukuk nedir?*” sorusunun beraberinde getirdiği norm ve irade sorunu unsurlarının yanına bir unsur daha ekleyerek üç unsurdan mürekkep yeni bir paradigma ortaya çıkarmak gerekir. Bize göre modern hukukun oluşumu üçlü bir sorunla; hak, norm ve irade ile koşullanarak bir karakter kazanır. Bu üçlü sorunun çözümlenebilmesi, anayasacılık anlayışından doğan ilkeler dizisi ve bu ilkeleri devlet pratiğinde icra eden, koruyan denge ve denetim mekanizmalarının etkin biçimde işlemesiyle sağlanabilir.

Denetim mekanizmalardan Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şüphesiz özel bir öneme sahiptir. Öte yandan Türkiye’de hukuksal düzenin en üst seviyesinde anayasal bir organ olan Anayasa Mahkemesinin, hukuku, iradenin ürünü görerek buna göre bir içtihat pratiği sergilemesi hâlinde, hukukun özgürlük sorunu, olduğu gibi anayasa yargısına da aktarılmakta ve hukukun değişmesi sonucu doğmaktadır. Hukukun değiştirilmesi buradaki iradi yaklaşımla özgürlükçülükten yasaçılığa, hukuk devletinden devlet aklına bir evrim geçirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda ve ifade özgürlüğü ekseninde hukuku değiştirmesi sorununa geçmeden önce; uluslararası alanda, anayasacılık anlayışından ilham alarak zayıf konumdaki bireyi güçlü devlet karşısında korumaya

yönelik faaliyetlerde bulunan, Avrupa Konseyine bağlı bir kurum olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerine getirdiği fonksiyona ve ifade hürriyeti özelinde geliştirdiği içtihadı bakmakta yarar vardır.

III. Modern Hukuk Düzeninde Özgürlüklerin Uluslararası Düzeyde Korunması: Avrupa Konseyi ve AIHM Örneği

İnsan haklarına saygıyı üyelik koşulu belirleyen Avrupa Konseyi, Avrupa Konseyi Statüsünün *Avrupa Konseyinin Amacı* başlıklı 1. maddesinde, Konseyin “*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi konusunda sözleşmeler ve ortak eylemler*” icra edeceğini kabul etmiştir. Anılan amacı icra etmek, Avrupa için bir insan hakları standardı oluşturarak, bu standardın takipçiliğini ve denetçiliğini sağlamak yolunda Konseyin attığı en önemli adımlardan biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin getirdiği sistem ile siyasi iktidar tarafından dokunulmayacak bireysel, özgür, özerk alanların oluşturulması, korunması amaçlanmıştır.⁹

Avrupa için bir insan hakları standardı oluşturma gayretinin amacı, Avrupa’da Ortaçağ’da hüküm süren mülk devlet anlayışına dayanan, Sanayi Devrimi’nin etkisiyle polis devlet anlayışına evirilen ve ardından İkinci Dünya Savaşı ile son merhaleye ulaşan süreçte, insan haklarına siyasi iktidar tarafından yapılan dramatik müdahalelerin tekrarlanma ihtimalini bertaraf etmek; yargılama da dahil olmak üzere çeşitli mekanizmalar yoluyla insan haklarını korumaktır. Avrupa’da mülk devlet anlayışıyla başlayan, polis devlet ve hazine teorisi yaklaşımlarıyla seyirini sürdüren sürecin tekemmül etmesi hukuk devleti yaklaşımının ortaya çıkmasıyla olmuştur. Bu seyir içinde dünyada oluşmaya başlayan kamuoyu, 1789 Fransız İhtilali sonrası ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, devamında 1941 yılında dönemin ABD başkanı Franklin Roosevelt’in Dört Özgürlük Demecinde yankı bulmuş¹⁰; söz ve ifade özgürlüğü, vicdan özgürlüğü, yoksulluktan kurtulma özgürlüğü, korkudan kurtulma özgürlüğü olmak üzere dört temel özgürlük üstüne kurulacak bir düzenin önemi dile getirilmiştir.¹¹

⁹ M. Refik Korkusuz, *Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul, Özrenk Matbaacılık, 1998, s. 14.

¹⁰ Ender Ethem Atay, *Demokrasi ve İnsan Hakları*, Ankara, Tubitak Yayınları, 2003, s.82.

¹¹ Andrew Clapham, *İnsan Hakları*, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2010, s. 52.

İkinci Dünya Savaşı'na kadar devletlerin, egemenliğinde bulunan bireylere yönelik faaliyetleri kendi iç meselesi kabul edilirken¹²; İkinci Dünya Savaşının ardından bu anlayış değişmiş, insan hakları uluslararası bir sorun ve dava olmaya başlamıştır.¹³ İnsan hakları için bir katalog oluşturan ve bireyi devlet karşısında koruma fikrini icra etmek yolunda önemli bir adım olan AİHS sistemi, Sözleşmede tanınan hakların sözleşmeciler devletler tarafından ihlal edilmediğini tespit etmek üzere kurduğu etkin denetim mekanizması¹⁴ sayesinde; insan haklarına ilişkin diğer bölgesel ve uluslararası sözleşmelerden ayırmıştır. İnsan haklarına ilişkin birçok uluslararası belge, etkin denetim ve yaptırım mekanizmalarına sahip olmadığından, hak ve özgürlüklere anlamlı bir koruma sağlayamadığı dikkate alındığında, hak ve özgürlükleri uluslararası ölçekte koruyan en etkili sistemin AİHS olduğunu ifade etmek yanlış olmaz.¹⁵

İnsan haklarına ilişkin diğer bölgesel ve uluslararası sözleşmelerden farklı olarak AİHS sisteminde birey, uluslararası hukukta hak sahibi konumuna gelmiş¹⁶; bir başka ifadeyle uluslararası hukukun süjesi kimliği kazanmıştır.¹⁷ Sözleşme ile tanınan bir hakkın ihlal edildiği iddiasıyla her gerçek ve -hakkın özne-

¹² Bahadır Kılınc, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 23.

¹³ Atay, a.g.e., s. 82.

¹⁴ 01.01.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokolden önce, Komisyon ve Mahkeme olmak üzere ikili bir denetim mekanizması öngörülmüş; Avrupa Konseyi'nin yürütme organı olan Bakanlar Konseyi'nin de belli şartlarda denetim faaliyetlerine katılabileceği bir sistem kurulmuştur (AİHS eski m.19, m.31, m.32). Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin sayısında yaşanan artış, Sözleşme Organları'na yapılan başvuru sayısını hızla arttırmış; bu artış denetim mekanizmalarının etkinliğinin artırılmasına yönelik yapısal değişiklikler yapma ihtiyacını doğurmuştur. Kabul edilen 11 No.lu Protokol ile Komisyon-Mahkeme ikiliğine son verilerek Sözleşme'nin denetim organı olarak tek ve tam zamanlı bir Mahkeme oluşturulmuştur.

¹⁵ Ömer Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 55; Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu, 2001, s 71-74.

¹⁶ Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Yargı Yayınevi, 2004, s.9.

¹⁷ Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 1996, s.12; Güney Dinç, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:102, 2006, s. 30. Bireysel başvuru yolu, başlarda devletlerin egemenliklerini zayıflatacağı yönünde bir endişe yarattığından devletlerin "isteğe bağlı" olarak kabul ettikleri bir yol olsa da günümüzde Avrupa Konseyine üye devletlerin tamamı bireysel başvuru yolunu kabul etmiştir, dolayısıyla bu yolunun isteğe bağlı oluşu pratikte bir sorun doğurmaktadır. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.99.

si olması halinde- tüzel kişi¹⁸, sözleşmeci devlete karşı AİHM'e doğrudan başvuruda bulunabilir.¹⁹ Bireysel başvuru hakkına sahip olan kişilerin ilgili devletle vatandaşlık ilişkisi yahut başka herhangi bir hukuki ilişki içinde bulunmasına gerek yoktur. Devletin faaliyetleri sonucunda hakkının ihlal edilmiş olması yeterlidir.²⁰

AİHM'e devlet başvurusu²¹ da kabul edilmiştir. Sözleşmeci her devlet, diğer sözleşmeci devletlerin Sözleşme ile tanınan hakları ihlal edip etmediğini gözetebilir ve ihlal iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunabilir. Başvuruda bulunan devlet, kendi çıkarlarını değil, Avrupa kamu düzenini korumayı amaçlar.²² AİHS, tüm insanların ortak menfaatlerini ve özgürlüklerini asgari ölçüde koruyan ortak bir kamu düzeni oluşturmayı hedeflediğinden; taraf her devletin, diğer devletlerin Sözleşmeye uymasında menfaati vardır. Dolayısıyla devlet başvurularında, Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin kabul edilebilirlik incelemesinde, başvuru ile Sözleşme hükümleri arasında kişi bakımından (*ratione personae*) bağdaşmazlık olup olmadığı -başvuranın mağdur (*victim*) (m. 34) sıfatının bulunup bulunmadığı- incelenmez. Keza mütekabiliyet şartı aranmaz.²³

Sözleşme'nin diğer bir özelliği, sözleşmeci devletlerin ulusal hukukunda "doğrudan" uygulanabilmesidir. Doğrudan etki iki şekilde kendini gösterir; *birincisi* Sözleşme, sözleşmeci devletler tarafından ek bir yasa yapılmaksızın iç hukukta yürürlüğe girer²⁴, *ikincisi* Sözleşme hükümleri ulusal mahkemelerde

¹⁸ AİHS m. 34: Kişisel Başvurular. İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler. Tüzel kişilerin mülkiyet hakkının öznesi kabul edildiği tek uluslararası insan hakları belgesi AİHS P1-1'dir; AİHS'de tüzel kişilerin hakkın öznesi kabul edildiği tek hak mülkiyet hakkıdır. H. B. Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İkinci Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Nisan 2017, s. 26.

¹⁹ Mehmet Emin Çağran, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Ankara, Platin Yayınları, 2006, s. 225.

²⁰ Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 1996, s. 14.

²¹ AİHS m. 33: Devlet Başvuruları. Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, iş bu Sözleşme ve protokollerini hükümlerine vaki ve kendisinin diğer Yüksek Sözleşmeci Tarafa isnat edilebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlalden dolayı Mahkeme'ye başvurabilir.

²² Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 12-13.

²³ Çağran, a.g.e., s. 223; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.13.

²⁴ Sözleşme'nin normlar hiyerarşisindeki yeri, Sözleşme tarafından belirlenmemiş, sözleşmeci devletlerin takdirine bırakılmıştır. Buna göre Sözleşme, devletlerin hukuk düzenlerine göre

görülen davalarda doğrudan uygulanır.²⁵ Sözleşme organlarının, Sözleşmeye taraf devletlerin Sözleşme ile çatışan hukuk normlarını ve idari işlemlerini iptal etme, yargı kararlarını bozma yetkisi yoktur.²⁶ Sözleşme organlarının verdiği ihlal kararları, kural olarak ‘kurucu’ (inşai) değil²⁷ ‘bildirici’ (ihzari) niteliktedir²⁸; taraf devlete ‘sonuç yükümlülüğü’ getirir.²⁹ Bir başka deyişle Sözleşme

anayasa-üstü, anayasayla eşdeğer, kanun-üstü ya da kanunla eşdeğer kabul edilebilir. Göl-cüklü, Gözübüyük, a.g.e.,s. 14. Türkiye devleti özelinde AİHS’in normlar hiyerarşisindeki yerini tahlil ederken, AİHS m. 1 ile Anayasa m.90/5 beraber okunmalıdır; buna göre uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir, kanunlar ile AİHS’in farklı hüküm içermesi halinde AİHS hükümleri esas alınır. Ulusal mahkemeler, önüne gelen uyumsuzluğa uygulanacak kanun ile AİHS hükümleri arasında bir çatışma tespit ettiğinde, “önceki kanun-sonraki kanun” ya da “genel kanun-özel kanun” gibi yorum yöntemlerine yahut anayasa yargısına başvurmadan doğrudan AİHS hükümlerini uygulayacaktır. Öyleyse AİHS’in, kanunların üzerinde bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Kemal Gözler, “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir Mi?”, Türk Anayasa Hukuku İnternet Sitesi, 16.05.2004, (Erişim) <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>,16.06.2019; Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Yargı Yayınevi, 2004, s. 12. Bunun yanında doktrinde, Anayasa’nın uluslararası hukuka ve insan haklarına gönderme yaptığı m. 2, m. 15/1, m. 16, m. 42/son, m. 92/1 ve m. 90 hükümleri bir bütün olarak yorumlayan, bu yorumdan ve bunun yanında insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülememesinden hareketle, bu sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde Anayasa’nın da üstünde olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur Özbey, a.g.e., s.36. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerin Anayasa ile çelişmesi halinde ise devletlerin, anayasal düzenlemelerini ileri sürerek, uluslararası anlaşmaya dayanan yükümlülüklerinden kaçınamayacağı görüşü hâkimdir. Ender Ethem Atay, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 36, (Temmuz-Ağustos-Eylül) 2003, s. 104-116, ‘çevrimiçi’ (Erişim) <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781>, s.104-116. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Kemal Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s. 25-46. ‘çevrimiçi’ (Erişim) www.anayasa.gen.tr/insan.htm , 17.02.2020.

²⁵ Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994, s.106.

²⁶ Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, İstanbul, Su Yayınevi, 2003, s. 34.

²⁷ Anayurt, a.g.e., s. 314.

²⁸ AİHM kararlarına uyma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere, iç hukukta mevzuat ve uygulama değişikliği yapmak gibi ‘genel nitelikte önlemler’ alınabileceği gibi, AİHS m. 41 uyarınca tazminat ödemek gibi başvuru açısından ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmaya ya da onarıcı ‘bireysel önlemler’ de alınabilir. Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, 1. Baskı, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. vii.; Çavuşoğlu, a.g.e., s. 37. Sözleşme Organları, ihlal tespitinin yanında tazminata da hükmetmişse, bu karar artık açıklayıcı-bildirici olmaktan çıkarak kurucu bir karaktere bürünür. Zira Sözleşme Organları bu gibi hallerde, tazminatın miktarını, para birimini, faizini de tespit eder. Bu gibi ihlal kararları, kararda belirtilen biçimde telafi edileceğinden, ilgili devlet için takdiri alanı oldukça daralır. Anayurt, a.g.e., s. 314.

²⁹ Çavuşoğlu, a.g.e., s. 34; Anayurt, a.g.e., s. 318.

Organları, devlet organizasyonu içinde egemenlik yetkilerini kullanan kişi ve organların üstünde; onların kararlarını bozan, iptal eden, değiştiren yahut yerine karar alan icrai bir yetkiye sahip değildir. Sözleşme Organlarının görevi, önüne gelen başvuruda sözleşmeci devletin, Sözleşmeyi ihlal edip etmediği yönünde tespit kararı vermektir.³⁰

İhlal kararları³¹, sadece hakkında ihlal kararı verilen devlet için doğrudan etkiye³² sahiptir. Bir başka ifadeyle, ihlal kararları, yalnızca ilgili uyumsuzluk bakımından “otorite” yaratır.³³ Ancak kararın etki alanı sadece ilgili devletle sınırlı değildir; diğer sözleşmeci devletler için de nispi bir etkiye sahiptir.³⁴ Sözleşmenin, Avrupa için insan hakları alanında kamu düzeni kurma amacının bir sonucu olarak sözleşmeci devletlerin tamamı, “insan hakları asgari standardını” yerine getirmek üzere, sözleşme organlarının içtihatları yönünde iç hukuklarını uyumlaştırma yükümlülüğü altındadır.³⁵ Her ne kadar Mahkemenin kararları “herkes için geçerli” (ergo omnes) bir etkiye sahipse de verilen kararların, diğer sözleşmeci devletler için “yönlendirici” olmaktan öteye geçmediği söylenebilir.³⁶

³⁰ Ömer Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 312, 314.

³¹ Tespit edilen ihlalin kaynağı, soyut olarak yasanın Sözleşme’ye aykırılığı, somut olarak yasanın uygulanması yahut mevzuattaki boşluk olabilir. İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2002, s. 239. Sözleşme sistemi, hakkında ihlal kararı verilen devletin bu ihlali nasıl telafi edeceğine ilişkin bir düzenleme getirmeyiz; ihlal kararları, iç hukukta doğrudan sonuç doğurucu bir etki yaratmaz. İhlalin telafisinin biçim ve içeriği kural olarak devletlerin kendi takdirine bırakılır. Çavuşoğlu, a.g.e., s. 34; Kaboğlu, a.g.e., s. 250; Anayurt, a.g.e., s. 314; Enver Bozkurt, Selim Kanat; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 76.

³² AİHS m.46/2’ye göre, sözleşmeci devletlerin dışişleri bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi, ihlal kararların uygulanmasını denetlemekle görevlidir. AİHM kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi halinde, Avrupa Konseyi Statüsü m. 8’e göre, ilgili devletin, Avrupa Konseyi üyeliğine son verilebilir. Ender Ethem Atay, Demokrasi ve İnsan Hakları, Ankara, Tubitay Yayınları, 2003, s. 89; Bakır Çağlar, İnsan Hakları Avrupa Hukukunda Türkiye, Ankara, Tübitak Matbaası, Türkiye Bilimler Akademisi Forumu Dizisi: 6, 2002, s. 27; Çavuşoğlu, a.g.e., s. 58-71; Anayurt, a.g.e., s. 330-338.

³³ Anayurt, a.g.e., s.314.

³⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.113.; Anayurt, a.g.e., s.314.

³⁵ Anayurt, a.g.e., s. 315.

³⁶ Bozkurt, Kanat, a.g.e., s.75.

A. AİHM İçtihatları Ekseninde İfade Özgürlüğünün Hukuki Rejimi

AİHS'in ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesi şöyledir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, ya-sayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlü-ğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve hakları-nın korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

AİHS m. 10'un norm alanı, diğer bir ifadeyle ifade hürriyeti kapsamında korunan ifade açıklamaları, AİHM içtihatlarıyla şekillenmiştir. AİHM'e göre başkalarının düşüncelerine saygı, hoşgörü ve tolerans “demokratik toplum”un varlık şartı ve bireylerin kendini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. Mahkeme-göre, çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü anlayışlarının hâkim olduğu demokratik toplumlarda kişiler, kural olarak, düşüncelerini özgürce ifade edebilmelidir; bunun yanında kendi düşüncelerinin eleştirilmesine hatta şiddetle reddedilmesine katlanmalıdır. Olumlu karşılanan, zararsız görünen, kayıtsız kalınan “bilgi” ve “fikirler” AİHS m. 10 kapsamında korunacağı gibi; hoş gitmeyen, şok eden, rahatsız eden “bilgi” ve “fikirler” de m. 10'un koruma alanı içindedir.³⁷

³⁷ ChauvyandOthers / France, App. No. 64915/01, 29.06.2004, p. 62: “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.” Aynı yönde başka bir karar için bkz. Giniewski / France, App. No. 64016/00, 31.01.2006, p. 43: “As the Court has stated on many occasions, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions fo-

AİHM, kamusal tartışma ekseninde herkesin düşüncelerini korkusuzca ifade edebilmesine ve bunu sağlayan bir ortamın³⁸ önemine işaret etmektedir. Buna göre³⁹ devletler, yazarların ve gazetecilerin kendilerini etkin biçimde, korkmadan ifade edebileceği ve kendilerini güvende hissedeceği bir ortam hazırlamalıdır. Herkes kamusal bir tartışmaya katılabilir; kimi kesimler açısından şok edici veya rahatsız edici nitelikte dahi olsa, görüşlerini açıklayabilir.

AİHS m. 10, *kural olarak* her türlü düşünce açıklamasını korur. Ancak bazı düşünce açıklamaları, AİHS'in norm alanı dışında bırakılmıştır. İfade açıklamalarının içeriğine yönelik tek sınırlama, **kin, şiddet, ayrımcılık ve düşmanlığı teşvik eden, ırkçılık ve antisemitizmi savunan** ifadelerdir.⁴⁰ AİHM, bu içerikteki ifadeleri AİHS m. 17⁴¹ kapsamında hakkın kötüye kullanımı sayarak, m. 10'un korumasından çıkarmıştır. Öyleyse kin, şiddet, ayrımcılık ve düşmanlığı teşvik eden, ırkçılık ve antisemitizmi savunan ifadelerle yönelik yasaklar, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlama mahiyetinde değildir; zira burada **sınırlama değil sınırlılıktan** söz etmek gerekir. Bir başka ifadeyle, kişilerin zaten kin, şiddet, ayrımcılık ve düşmanlığı teşvik eden, ırkçılık ve antisemitizmi savunan ifade açıklamalarında bulunma hakkı yoktur. Olmayan bir hakkın sınırlandırılmasından söz edilemez.

Bunun yanında ifade hürriyetinin norm alanı içindeki düşünce açıklamaları, sınırlamalara konu olabilir. AİHS m. 10/2'ye göre ifade hürriyeti, görev ve so-

ritsprogressandforeachindividual's self-fulfilment. Subjecttoparagraph 2 of Article 10, it is applicable not onlyto "information" or "ideas" thatarefavourablyreceivedorregarded as inoffensiveor as a matter of indifference, but alsotothosethatoffend, shockordisturb. As paragraph 2 of Article 10 recognises, however, theexercise of thatfreedomcarrieswith it dutiesandresponsibilities. Amongstthem – in thecontext of religiousopinionsandbeliefs – maylegitimately be included an obligationtoavoid as far as possibleexpressionsthataregratuitouslyoffensivetoothersandthus an infringement of theirrights, andwhichtherefore do not contribute toany form of publicdebatecapable of furtheringprogress in humanaffairs."

³⁸ Peter Krug ve Monroe E. Price, "TheEnabling Environmentfor Freeand Independent Media: ContributiontoTransparentandAccountableGovernance", The USAID Office of Democracyand GovernanceOccasional Paper Series, Ocak 2002, Doc. No. PN-ACM-006.

³⁹ *Dink/Türkiye*, p. 137.

⁴⁰ M. Macovei, *Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights*. Council of Europe. Human Rights Handbooks, No. 2, 2001, s. 7. Web: <https://rm.coe.int/168007ff48> adresinden 01.06.2019'de alınmıştır.

⁴¹ AİHS m. 17: Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmuş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.

rumluluklar yükleyen bir hürriyettir; (1) *m. 10/2’de belirtilen sebeplerle*, (2) *demokratik toplumda gerekliliğin* inandırıcı biçimde ortaya konması şartıyla ve (3) *yasayla* sınırlandırılabilir. AİHM, önüne gelen başvuruda her üç koşulun da varlığını saptarsa, ifade hürriyetine yönelik devlet müdahalesini hukuka uygun bularak, başvuru için kabul edilemezlik kararı verir.⁴²

Yasayla sınırlama şartının karşılanması için, ihtilaf konusu müdahalenin iç hukukta yasal bir dayanağa sahip olması yeterli değildir; yasal dayanağın erişilebilir ve müdahalenin öngörülebilir olması da gerekir.⁴³ Sınırlamanın “yasayla öngörülmesi” (“*in accordance with the law*” ve “*prescribed by law*”) şartıyla ilgili olarak AİHM, şekli (*formal*) anlamda değil, nitel (*substantive*) anlamda yasal dayanağın varlığını arar; bir başka ifadeyle “yasa”, iç hukukta yetkili mahkemelerin uyguladığı, yürürlükte olan yazılı ve yazısız hukuki düzenlemelerin tamamını kapsar.⁴⁴

İfade hürriyetini sınırlama sebepleri, AİHS m. 10/2’de tahdidi biçimde sayılmıştır. Buna göre ifade hürriyeti, (1) ulusal güvenliği, (2) toprak bütünlüğünü, (3) kamu düzeni ve (4) güvenliğini korumak; (5) suç işlenmesini önlemek; (6) sağlık veya (7) ahlakı, (8) başkalarının şöhret ve haklarını korumak; (9) gizli bilgilerin yayılmasını önlemek; (10) yargı erkinin yetki ve tarafsızlığını güveneye almak amaçlarını yerine getirmek üzere sınırlandırılabilir. Sayılan sebepler dışında bir sebeple yapılan sınırlamalar ifade hürriyetine aykırıdır.

Son olarak, yapılan sınırlama, demokratik toplumda gerekli bir tedbir niteliğinde olmalıdır. AİHM’e göre, demokratik toplumda “*gereklilik (necessary)*” ifadesi, ikna edici bir şekilde ortaya konması gereken “*acil bir sosyal ihtiyacın*”

⁴² M. Macovei, *Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights*, s. 30.

⁴³ “The expression “*prescribed by law*” in the second paragraph of Article 10 not only requires that the impugned measure should have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects”. Unifaun Theatre Productions Limited and Others / Malta, App. No. 37326/13, 15.05.2018, p. 77.

⁴⁴ “as regards the words “*in accordance with the law*” and “*prescribed by law*” which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, the Court observes that it has always understood the term “*law*” in its “*substantive*” sense, not its “*formal*” one; it has included both “*written law*”, encompassing enactments of lower ranking statutes and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by Parliament, and unwritten law. “*Law*” must be understood to include both statutory law and judge-made “*law*”. In sum, the “*law*” is the provision in force as the competent courts have interpreted it” Unifaun Theatre Productions Limited and Others / Malta, p. 79.

varlığına işaret eder. Kuşkusuz müdahaleyi gerektirecek acil sosyal ihtiyacın varlığını değerlendirecek olan otorite, öncelikli olarak devlet otoritesidir. Mahkeme içtihatlarına göre, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasında devletlerin takdir alanı vardır. Mahkeme, Kokkinakis/Yunanistan davasında⁴⁵ ifade hürriyetinin sınırlanması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmadığını ifade etmiş; sınırlamanın “demokratik bir toplum için gereklilik” arz edip etmediğinin incelenmesinde, sözleşmecî devletlerin belirli bir takdir alanına sahip olduğunu vurgulamıştır.⁴⁶ Mevzuatı, mevzuatın uygulanmasına ilişkin düzenlemeleri, bağımsız mahkemeler tarafından verilen kararları ölçü alacak şekilde tanınan takdir alanı, AİHM içtihat ve denetimiyle bir bütün oluşturur.⁴⁷

Sözleşme organlarının ifade özgürlüğüne yönelik kararlarına bakıldığında, sözleşmecî tüm devletler için sabit ve değişmez bir içtihat ortaya koymadığı, kararlarının devletten devlete farklılık gösterdiği söylenebilir. AİHM’in ifade özgürlüğü kararları, Avrupa için insan hakları alanında ancak “asgari” bir standart ortaya koymakta; özellikle “demokratik toplumda gereklilik” ölçütü özelinde yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar, her devletin kendi kültürel yapısına, tarihsel geçmişine, sosyal dengelerine ve ulusal mahkemelerin görüşüne uygun bir anlayışla şekillenmektedir. Esasında AİHS ve protokolleri genelinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük denetiminin lafzi dayanağı olan “demokratik toplumda gereklilik” ölçütüne işaret edilen hak ve özgürlükler için kural olarak AİHM’in bu yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Daha açık bir ifadeyle önüne gelen başvurularda AİHM, yapacağı ölçülülük denetimini, ölçülülüğün alt unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ölçütlerinden, sadece orantılılık alt ölçütüne hasretme eğilimindedir. Kanımızca

⁴⁵ Kokkinakis/Yunanistan, App. No. 14307/88, 25.05.1993.

⁴⁶ Örneğin İ.A./Türkiye başvurusunda, Türkiye Devleti’nin, İslam dinine yönelik saldırı ve hakaretler içeren kitabın yayımcısına verdiği cezanın ifade hürriyetine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme, halkın büyük çoğunluğunun Müslüman olmasından hareketle müdahalenin sosyal bir ihtiyacı karşıladığı yönündeki devlet savunması doğrultusunda hüküm vererek, devletin takdir alanına işaret ederek m.10’un ihlal edilmediği sonucuna varmıştır, İ.A./Türkiye, App. No. 42571/98, 13.09.2005.

⁴⁷ “The adjective “necessary” implies the existence of a “pressing social need”, which must be convincingly established. Admittedly, it is first of all for the national authorities to assess whether there is such a need capable of justifying that interference and, to that end, they enjoy a certain margin of appreciation. However, the margin of appreciation is coupled with supervision by the Court both of the law and the decisions applying the law, even those given by independent courts. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10”. Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918, s. 90.

bu yerinde bir eğilimdir. Zira genel olarak yargı organları ve daha özelde AİHM, yasama ve yürütme organlarının yerine geçerek, sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı sağlamaya elverişli ve gerekli olup olmayacağını takdir edecek siyasi ve idari yetki ve yetkinliğe sahip değildir.

Özetle AİHM'in, demokratik toplumda gereklilik özelinde yaptığı denetim, esas itibarıyla ölçülülük ve daha özelde *orantılılık* denetimidir. Sorulması gereken soru şudur: Yapılan sınırlamada kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç birbiriyle orantılı mıdır? Bu denklemde, ulaşılmak istenen amaç, AİHS m. 10/2'de tahdidi biçimde sayılan değer ve çıkarlardır. Araç, ifade özgürlüğünü kullanan kişiye uygulanan sınırlayıcı tedbirler, idari ve cezai müeyyide ve müdahalelerdir. Ölçülülük denetiminde devlet, sınırlamanın "*demokratik bir toplumda gerekli*" olduğuna; bir başka deyişle sınırlamayı gerektirecek "*acil bir sosyal ihtiyacın*" varlığına ikna olmalı⁴⁸ ve AİHM'i ikna etmelidir.

B. Mehmet Hasan Altan / Türkiye⁴⁹ Kararının İfade Hürriyeti Yönünden İncelenmesi

Mehmet Hasan Altan kararında AİHM, bir önceki başlıkta açıklanan ifade hürriyetine ilişkin genel içtihadına birebir bağlı kalmıştır. Dolayısıyla aynı düşünce örgüsü ve yaklaşımın izlerine Mehmet Hasan Altan kararında da rastlamak mümkündür.

AİHM, Mehmet Hasan Altan kararında, AİHS m. 5'te düzenlenen "özgürlük ve güvenlik hakkı"nın ve AİHS m. 10'da düzenlenen "ifade özgürlüğü"nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Anılan karar, çalışmada, ifade hürriyeti yönünden incelenecektir.

Mehmet Hasan Altan / Türkiye başvurusuna konu olaylar şöyledir:

10 Eylül 2016 tarihinde İstanbul Cumhuriyet savcılığı, *FETÖ/PDY*'ye yönelik yürütülen ceza soruşturması kapsamında, başvuranı, söz konusu örgütün

⁴⁸ Macovei, M. *Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights*, s. 35-36.

⁴⁹ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, App. No. 13237/17, 20.03.2018.

medya yapısıyla bağlantısı olduğu şüphesiyle evinde yakalamış ve gözaltına almıştır.⁵⁰

22 Eylül 2016 tarihinde, İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğince yapılan soruşturma neticesinde, başvuranın tutuklanmasına karar verilmiştir. Kararda hâkim şu hususlara dikkat çekmiştir: “söz konusu örgüt, siyasi iktidara karşı açık bir mücadele başlatmıştı; ... Hükümeti, kamuoyunun nezdinde itibardan düşürerek istifa etmeye zorlamaya çalışmışlardı ve söz konusu örgüt, amacına ulaşmak için çok sayıda medyanın denetimini ele geçirmişti.” Hâkim ayrıca, başvuranın 14 Temmuz 2016 tarihli yayın sırasında söylediği şu sözlere işaret etmiştir: “Türkiye Devleti içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyada daha fazla belgeleyen, izleyen bir başka da yapı var. Onun ne zaman torbadan elini çıkaracağı, nasıl elini çıkaracağı belli değil.” Başvuranın bu sözlerinden hareketle hâkim, “siyasi iktidar konusunda söylenen sözlerin içeriğinin, askeri darbeye zemin hazırlama amacı taşıdığı yönünde şüpheler bulunduğu ve bunların basın özgürlüğünden kaynaklanmadığı” değerlendirmesinde bulunmuştur.⁵¹

14 Nisan 2017 tarihinde İstanbul Savcılığı, başvuran hakkındaki iddianameyi İstanbul Ağır Ceza Mahkemesine sunmuştur. İddianamede başvuran, Anayasal düzeni, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Hükümeti cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya teşebbüs etmekle ve terör örgütüne üye olmakla birlikte örgüt adına suç işlemekten dolayı hakkında iddianame düzenlenmiştir.⁵² Savcılık, başvuran hakkında şu delilleri sunmuştur: “İlgili taraftan kaleme alınan iki makale, 14 Temmuz 2016 tarihli televizyon programında söylediği sözler, Bank Asya’da banka hesabı bulunması ve evinde “F” seri numaralı bir Amerikan dolarına el konulması.”⁵³

8 Kasım 2016 tarihinde başvuran, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş; makaleleri ve sözlerinden hareketle yapılan tutuklanmanın, özgürlük ve güvenlik hakkını, ifade ve basın özgürlüğü hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.⁵⁴

⁵⁰ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 19.

⁵¹ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 26.

⁵² TCK’nın 220. maddesinin 6. fıkrasıyla birlikte aynı Kanun’un 309, 311 ve 312. maddelerine dayanmıştır.

⁵³ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 30.

⁵⁴ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 34.

Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun dayandırıldığı delil unsurları arasında:

i) *Star* gazetesinde 2010 yılında yayımlanan "*Balyoz'un Anlamı*" başlıklı bir makale;

ii) Can Erzincan TV'de 14 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan bir televizyon yayını sırasında başvuranın yaptığı konuşma; ve

iii) ilgilinin internet sitesinde 20 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan "*Türbülans*" başlıklı bir makalenin bulunduğunu tespit etmiştir.

Bu unsurların içeriğini inceleyen Anayasa Mahkemesi, soruşturmadan sorumlu makamların, başvuranın "*FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda hareket ettiği ve olası bir askeri darbeye zemin hazırlamayı amaçladığı kanısına varılmasını sağlayacak olgusal bir dayanağın varlığını kanıtlayamadıkları*" sonucuna ulaşmıştır.⁵⁵

İfade ve basın özgürlüğüne ilişkin şikâyetle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, başvuranın "*makaleleri ve sözleri nedeniyle tutuklanması ve tutukluluk halinin devamı yönündeki tedbirin bu hakkın kullanılmasına bir müdahale olarak değerlendirildiğini belirtmiştir. ... başvuranın tutuklanmasının, ilgilinin makalelerinden ve konuşmalarından başka herhangi bir somut unsura dayandırılmaması nedeniyle ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğinin açık olduğu kanaatine varmıştır. ... Anayasa'nın 26 ve 28. maddeleri anlamında ifade ve basın özgürlüğünün ihlâl edildiğini belirtmiştir.*"⁵⁶

11 Ocak 2018 tarih 2016/23672 sayılı kararıyla Anayasa Mahkemesi, başvuranın özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğünün ihlâl edilmesine karar vermiştir.⁵⁷ Kararda, ihlal kararının verildiği tarihte tutuklu bulunan başvuran için İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından "*gerekenin*" yapılmasına işaret edilmiştir.

Aynı gün 26. Ağır Ceza Mahkemesinden başvuranın tahliyesi istenmiş, yine aynı gün mahkeme, bire karşı iki oyla, sunulan kısa kararın başvuranın tahliye edilmesine ilişkin bir tedbiri içermediğini belirterek, Anayasa Mahkemesinin

⁵⁵ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 36.

⁵⁶ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 38.

⁵⁷ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 35.

kararına ilişkin resmi bildirim henüz almadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir.⁵⁸

Karara muhalif kalan hâkim, karşı oyunda ile sürdürdüğü görüşünde, Anayasa Mahkemesinin kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idari makamlar ve gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcı olduğunu belirtmiştir⁵⁹; Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen bir ihlâlin, adli bir karardan kaynaklanması durumunda, yetkili mahkemenin ihlâlin sonuçlarını ortadan kaldırmak için gerekeni yapmakla yükümlü olduğunu⁶⁰ kaydetmiş; somut olayda bunu yapmanın tek yolunun ilgilinin tahliye edilmesine karar vermek olduğunu ifade etmiştir.⁶¹

Anayasa Mahkemesi kararı, 19 Ocak 2018 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanmış ve aynı gün, 26. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın tutukluluk halinin devamına ilişkin sorunu re'sen incelemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararının kanuna uygun olmadığına işaret ederek bire karşı iki oyla, başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.⁶² Bu karara muhalif hâkim, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğuna, Ağır Ceza Mahkemesinin tek seçeneği olduğuna işaret ederek, ilgilinin tahliyesine karar verilmesi gerektiği yönünde karşı oyunu kullanmıştır.⁶³

Başvuran, tutuklanması ve tutukluluk halinin devamı sebebiyle ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

Başvuranın ihlal iddiası karşısında Türkiye Devleti'nin karşı iddiası şöyledir:

“Hükümet ayrıca, 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen olaylar bakımından, askeri bir darbeye çağrıda bulunmanın, şiddete çağrıda bulunma olarak değerlendirilebileceği kanaatinde. Bu bağlamda Hükümet, başvuranın şu sözlerini aktarmaktadır: “Türkiye Devleti içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyada daha fazla belgeleyen, izleyen bir başka da yapı var.

⁵⁸ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 46, 47.

⁵⁹ Anayasa m. 153/6'ya işaret edilmiştir.

⁶⁰ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ("6216 sayılı Kanun") 50. maddesinin 2. fıkrasına işaret edilmiştir.

⁶¹ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 48.

⁶² Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 53.

⁶³ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 54.

Onun ne zaman torbadan elini çıkaracağı, nasıl elini çıkaracağı belli değil. '' Hükümet, ilgilinin bu sözleri, askeri darbe girişiminden bir gün önce sarf ettiğini belirterek, ihtilaf konusu müdahalenin demokratik bir toplumda orantılı ve gerekli olduğu kanaatindedir. ''⁶⁴

Başvuran, düşünce ve ifadelerinin, milli güvenlik ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmadığını, anılan ifadelerden hareketle yapılan tutuklamayla, ifade özgürlüğünün haksız bir şekilde ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.⁶⁵

AİHM, esas hakkındaki incelemesinde, AİHS m. 10/2'de sayılan üç şartın yerine getirilip getirilmediğini denetlemiş; söz konusu müdahalenin (1) yasayla öngörülüp öngörülmediğini, (2) meşru bir amacı gözetip gözetmediğini ve (3) demokratik bir toplumda gereklilik arz edip etmediğini değerlendirmiştir.

(1) Yapılan müdahalenin kanunla öngörülmüş olduğuna, bir başka ifadeyle tutukluluk tedbirinin yasal dayanağının TCK, TMK ve CMK hükümleri olduğuna taraflarca da itiraz edilmemektedir.

(2) Meşru amaç ile ilgili olarak AİHM, önceki içtihatlarındaki tutumunu sürdürerek, yapılan müdahalenin kamu düzeninin korunmasını ve suçun önlenmesini amaçladığını varsaymış, incelemesini son ölçüte hasretmiştir.

(3) AİHM, belirtilen amaçlara ulaşmak için yapılan müdahalenin "gerekli" olup olmadığını incelemiştir.

Bir önceki başlıkta vurgulandığı üzere, demokratik toplumda "gereklilik (necessary)" ölçütü, esasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük denetiminin lafzi dayanağıdır ve AİHM, yaptığı ölçülülük denetimini, ölçülülüğün alt unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ölçütlerinden⁶⁶, sadece orantılılık alt ölçütüne hasretme eğilimindedir. Mehmet Hasan Altan kararında da bu eğilimini sürdürmüştür; yasama ve yürütme organla-

⁶⁴ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 137.

⁶⁵ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 138.

⁶⁶ *Elverişlilik* alt ölçütüne göre, amaca ulaşmak için en elverişli araç belirlenmeli; bu bağlamda amacın gerçekleşmesine bir katkı sağlamayan, amacın gerçekleşmesini etkilemeyen yahut zorlaştıran bir tedbir alınmamalıdır. *Gereklilik* alt ölçütüne göre, amaca ulaşmak için elverişli tedbirler arasından hak ve hürriyetleri an az sınırlayan araç seçmelidir. *Orantılılık* alt ölçütüne göre, seçilen tedbirin amaca ulaşma yolunda fevkalade ağır bir yük getirmemesi gerekir. Ömer Keskinsoy, Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Monopol Yayınları, 4. Baskı, Ekim 2019, s. 188-189.

rının yerine geçerek sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı sağlamaya elverişli ve gerekli olup olmadığını incelememiş, yerindelik denetimi yapmamış, denetimini orantılılık denetimiyle sınırlı tutmuştur. Orantılılık alt ölçütü özelinde yaptığı denetimde mahkeme, kurduğu terazide, amaç ve aracı karşılık olarak tartar; amaca ulaşılarak elde edilecek menfaate kıyasla temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin çok ağır basıp basmadığını, adil dengenin bozulup bozulmadığını⁶⁷ denetler.

Orantılılık denetiminde AİHM, yapılan sınırlamada kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amacın birbiriyle orantılı olup olmadığını denetlemiştir. Somut olayda amaç kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi; araç ise tutukluluk kararıdır. Öyleyse orantılılık ilkesine göre devlet, tutukluluk kararının “demokratik bir toplumda gerekli” olduğuna; bir başka deyişle sınırlamayı gerektirecek “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığına AİHM’i ikna etmelidir. Bu noktada ispat yükü devlete aittir.

AİHM, yine önceki içtihatlarıyla aynı yönde bir yaklaşımla yerel mahkeme kararlarını incelemiştir. Zira AİHM’e göre devletlerin takdir alanı, mevzuat, mevzuatın uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemler, yerel mahkeme kararları ve son tahlilde AİHM içtihat ve denetimiyle bir bütün oluşturur.⁶⁸

AİHM, ilgili Anayasa Mahkemesi kararına ve yorumlarına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre başvuranın ifadelerinden hareketle verilen tutukluluk kararı, Anayasa m. 26 ve 28 anlamında demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir tedbir olarak değerlendirilemeyecek ağır bir tedbirdir; tutukluluk kararının zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı kanıtlanamamıştır; tutukluluk kararı, ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye de sahip

⁶⁷ Keskinsoy, a.g.e., s. 189.

⁶⁸ “The adjective “necessary” implies the existence of a “pressing social need”, which must be convincingly established. Admittedly, it is first of all for the national authorities to assess whether there is such a need capable of justifying that interference and, to that end, they enjoy a certain margin of appreciation. However, the margin of appreciation is coupled with supervision by the Court both of the law and the decisions applying the law, even those given by independent courts. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10”. Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918, s. 90.

olabilir.⁶⁹ AİHM, Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuçtan başka bir sonuca varmak için bir sebep bulunmadığı kanaatindedir.⁷⁰

AİHM'e göre düşünce açıklamalarının şiddete teşvik etmediği -yani şiddet ve kanlı intikamı övmediği terörü haklı göstermediği- durumlarda Sözleşmeciler devletler, AİHS m. 10/2'de belirtilen amaçları ileri sürerek halkın haber alma hakkını sınırlayamaz.⁷¹ AİHM, “demokrasinin, ifade özgürlüğünden beslendiği” kanaatindedir; sorunları kamusal bir tartışma ortamında çözme imkânı, demokrasinin başlıca özelliğidir; milletin yaşamını tehdit eden kamusal bir tehlikenin varlığı halinde dahi, demokratik toplumun bel kemiği olan siyasi tartışma ortamı, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük gibi temel değerler korunmalıdır.⁷²

AİHM'e göre, hükümeti eleştirmek veya devlet başkanı/yöneticilerin milli menfaatler için tehlikeli gördüğü bilgileri yaymak gibi faaliyetlerden hareketle kişiler, terör örgütüne mensup olmakla, terör örgütüne yardım etmekle, hükümeti veya anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmekle, terör örgütü propagandası yapmakla ve bu gibi ağır cezai sonuçları olan suçlamalarla itham edilmemelidir.⁷³ Zira eleştirel seslerin tutuklanması, tutuklanan kişi için olduğu kadar toplumun tamamı için de olumsuz sonuçlar doğurur.⁷⁴ Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakmayla sonuçlanan bir tedbirin, “sivil topluma gözdağı vererek ve muhalif sesleri sessizleştirerek, ifade özgürlüğü açısından mutlaka caydırıcı bir etki doğuracağını”, bu caydırıcı etkinin, tutuklunun daha sonra beraat ettirildiğinde de ortaya çıkabileceğini kaydetmiştir.⁷⁵ Tüm bu görüşlerden hareketle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM'in Türkiye aleyhine ifade hürriyeti özelinde verdiği başka ihlal kararları da vardır. Şahin Alpay/Türkiye kararı⁷⁶ da AİHM'in ifade hürriyetine

⁶⁹ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 158.

⁷⁰ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 159.

⁷¹ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 160.

⁷² Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 161.

⁷³ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 162.

⁷⁴ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 163.

⁷⁵ Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 162.

⁷⁶ Şahin Alpay / Türkiye, App. No. [16538/17](#), 20.03.2018.

ilişkin diğer içtihatları ve keza Mehmet Hasan Altan kararı ile birebir örtüşmektedir. Başvurunun konusu, AİHM'in yaklaşımı ve ifade hürriyetinin ihlal edildiğinin tespit edildiği kararlar olması yönleriyle Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay kararlarının birbiriyle aynıyet gösterdiğini söylemek yanlış olmaz. Bu sebeple Şahin Alpay ve benzeri başvuruların çalışma kapsamında incelenmesine gerek görülmemiş sadece Mehmet Hasan Altan kararının incelenmesiyle yetinilmiştir.

IV. Anayasa Mahkemesinin Hukuku Değiştirme Sorunu

A. Anayasa Yargısının İşlevi

Anayasacılığı, siyasal iktidarın sınırlandırılması; anayasal devleti de sınırlı devlet olarak gören ortodoks/klasik yaklaşım kimi çevrelerce eleştirilmektedir. Ortodoks anayasacılığın “dar” kavramsallaştırılması karşısında, iktidarı belirleyen formel ve informel organizasyonların açıklanmasını da içine alan daha “geniş” bir anayasacılık kavramından bahsedilmektedir. Buna göre ortodoks anayasacılık anlayışının varsaydığı sınırlama gerçek değildir, bir yanılsamadır. Bireylerin özgürlük ve özerkliğine yönelik müdahaleleri sınırlama iddiası bir mittir; çünkü devlet bugün her zaman olduğundan daha güçlüdür. Ancak Arslan'ın da belirttiği gibi uygulamada devletlerin daha baskıcı ve güçlü hale gelmesi “anayasacılığın normatif hedeflerini” hiçbir biçimde geçersiz hale getirmez.⁷⁷ Kaldı ki, anayasacılığın temel motivasyonu siyasal iktidarın insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda sınırlandırılması ve iktidarın bölünüp dağıtılmasıdır.

İnsan hakları gerek ulusal ölçekte gerek ulus üstü ölçekte formüle edildiği şekliyle siyasal liberalizmin ürünü olarak belirmektedir. Bir diğer deyimle, modern insan hakları düşüncesi, liberalizmin birey-devlet ilişkisinde bireyi önceleyen ve devleti bireyin haklarını korumaya yönelik “ehveni şer” olarak gören yaklaşıma dayanmaktadır. Bu anlayışa göre iktidarın varlık nedeni (raison d'être) bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır.⁷⁸

İnsan hakları ile yargı arasında oldukça işlevsel bir bağ vardır. İnsan haklarını, siyasal iktidarın haksız müdahalelerinden koruyan irade, yargı iradesidir. Bu

⁷⁷ Zühtü ARSLAN, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 16, S. 2, 1999, s. 6-7.

⁷⁸ Zühtü ARSLAN, “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2002, s. 3.

gerçekleşimde koruma ve geliştirme bulunmaktadır. İşte bu noktada anayasa yargısı özel ve hayati bir konumda yer almaktadır. Anayasacılık, siyasi iktidarın sınırlandırılmasını, hak ve özgürlüklerin siyasi iktidar karşısında korunmasını sağlar. Anayasacılığın özü, bu bağlamdaki denge ve denetimdir. Anayasa yargısı anayasacılığın operasyonel bir kurumudur. Dolayısıyla anayasa yargısı, ege-men kişi ve organların haksız müdahalelerine karşı kişi hak ve özgürlüklerini koruyan bir denge ve denetim mekanizmasıdır. Şu hâlde hukuk devletinde anayasa yargısından beklenen, “hak eksenli” (rightbased) bir yaklaşım benimsemesi; takdir yetkisini otoriteden değil özgürlükten yana kullanmasıdır. Pozitivist ve statükocu bir yaklaşım sergilenmesi anayasa yargısının operasyonel fonksiyonunu işlevsizleştirecektir.

Yorum, yorumcunun sübjektif zihinsel faaliyeti neticesinde norma anlam⁷⁹ yüklenmesidir.⁸⁰ Anayasa yargısı, anayasal ve yasal kurallara anlam yükleyen bir “yorumcu topluluğu”dur.⁸¹ Bu yorumcu topluluğu ilk aşamada belirli bir anlam tespit eder ve ikinci aşamada tespit edilen anlamlar arasında bir tercihte bulunur. Sorun burada yapılan tercihin rasyonel olup olmadığı ve anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ile bağdaşıp bağdaşmadığıdır. İşte anayasa yargısı bir anlamda bu tür bir zemin üzerinde ve pragmatik gerekçelerle hareket eder. Çünkü, yargısal denetim sonucunda varılan karar, yargıcın kişisel değerlerinden, diğer etkin yorumcuların değerlerinden ve siyasal-sosyal hâkim çevrenin değerlerinden oluşan parametreler üzerinden şekillenir.

İşte insan hakları hususunda bu tür bir karar oluşum aşamasının üzerinde şekillendiği iki temel yaklaşım bulunmaktadır. *Hak eksenli yaklaşım*, anayasal denetim sürecinin her aşamasında yargıcın hak ve özgürlükleri koruma motivasyonu ve bu bilinçle hareket etmesidir. Buna göre hak eksenli yaklaşımda yargıç, hak ihlallerini tespit ederek hak ve özgürlüklerin korunmasından ve gelişmesinden yana tavır almaktadır. *Amaç eksenli (goalbased) yaklaşımda* ise yargıç daha çok pragmatist reflekslerle örülü bir tercihte bulunur. Burada özellikle devletin kültleştirildiği ve devletin amaçlarının, “devlet aklı”nın ön plana

⁷⁹ Andrei MARMOR, *İnterpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005, s. 13.

⁸⁰ Aristoteles’e göre davaları karar bağlayan yargıçlar çoğunlukla sevgi, nefret, bireysel çıkarların etkisinde kaldıklarından dolayı gerçeği tam anlamıyla meydana çıkarmayabilirler. Çünkü onların vardıkları sonuçlar haz ya da acılarıyla maskelenmektedir. ARISTOTLE, *The Art of Rethoric*, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.

⁸¹ Zühtü ARSLAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, 2000, s. 274-293.

çıkarıldığı bir faaliyet söz konusudur. Otoriter ve totaliter bir karakter besleyen amaç eksenli yaklaşımda, kararın oluşum sürecinde, birey ve onun hak ve özgürlükleri çoğunlukla göz ardı edilir. Kısacası amaç eksenli yaklaşım statükocu ve otoriter izler taşıyan bir faaliyettir.

Anayasa yargısının demokratik bir hukuk devletindeki varlığı uzun süreden beri tartışma konusudur.⁸² Buna rağmen anayasacılığın özü mahiyetindeki insan hakları ve demokrasi ile birlikte, demokratik hukuk devletinin karakterini belirlemektedir. İşte insan haklarının yargısal korunması da anayasa mahkemeleri ile sağlanmaktadır; dolayısıyla anayasa yargısının meşruiyet temeli de buradan türemektedir. Gerçekten de anayasa mahkemeleri, devletin ve bunun operasyonel kodu olan siyasi iktidarın muhtemel ihlalleri karşısında hak ve özgürlükleri koruyan oluşumlardır.

Yüksek mahkemelerin bu işlevi Arslan'ın da belirttiği üzere hak temelli bir hukukun üstünlüğü anlayışından kaynaklanmaktadır.⁸³ Nitekim Dworkin'e göre yargıçlar karar oluşum sürecinde bireylerin siyasi haklarını korumayı amaçlayan siyasi ilkelerden beslenen argümanlara dayanmak zorundadır.⁸⁴ Kanımızca anayasa yargıçları karar oluşum sürecinin her aşamasında hak eksenli bir yaklaşımla davranmalıdır. Çünkü ancak bu şekilde anayasa yargısı, anayasacılıktaki operasyonel konumunu ve ontolojik meşruiyetini korur.

Dworkin göre eğer siyasi iktidar, "*hakları ciddiye almıyorsa, bu durumda hukuku da ciddiye almıyor demektir.*"⁸⁵ Aynı mantık anayasa yargısı için katmerleşerek doğrulanmaktadır. Anayasacılığın operasyonel bir kurumu olan anayasa yargısı da eğer hakları ciddiye almıyorsa hukuku da ciddiye almıyor demektir. Haklar kurumu bu nedenle oldukça hayatidir; zira o, çoğunluğun, azınlıklara vermiş olduğu, onların saygınlık ve eşitliğine saygı gösterileceği sözünü

⁸² Bu konuda önemli bir tartışma için bkz. Jeremy WALDRON, "Judicial Review and Conditions of Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, C. 6, S. 4, 1998, s. 335-355. James B. KELLY ve Micahel MURPHY, "Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Court of Canada's Legal Rights Jurisprudence", *Canadian Journal of Law Society*, C: 16, S. 1, 2001, s. 3.

⁸³ Zühtü ARSLAN, "Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler Politikası: 'Ve Çağı'nda 'Ya-Ya Da'cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme", *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar, 2001, s. 7-8.

⁸⁴ Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985, s. 11.

⁸⁵ Ronald DWORKIN, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınevi, Ankara 2007, s. 248.

temsil eder.⁸⁶ Gerçekten de özellikle “bölünmüş toplumlarda”, toplumsal katmanlar arasındaki ayrılık en şiddetli olduğu zaman, Dworkin’in belirttiği gibi eğer hukukun işleme gerekiyorsa ve isteniyorsa, hakların anayasal düzeyde ciddiye alınması gerekir. Çünkü anayasa, bir normun geçerliliğine ilişkin ahlaki ve karmaşık problemleri bir potada eritmektedir. Doğru bir biçimde yorumlansa dahi anayasal haklar hayatın karmaşıklığı ve insan onurunun yüceliği karşısında etkisiz kalabilmektedir. Dolayısıyla anayasal düzen, siyasi iktidar karşısında sahip olunan haklara ciddi katkılar sunabilmekle birlikte, bu hakları yeterince koruyup geliştiremeyebilir de. Bu hallerde anayasa yargısı hakları ciddiye alarak bireyin varlığını ve onurunu koruyucu ve geliştirici bir tutumla var olmalıdır.

B. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Kararları

1. Anayasa Mahkemesinin Önceki İçtihadı: Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/23672, Karar Tarihi: 11/01/2018

İnsan hak ve özgürlükleri, anında yaşandığında değer kazanır; bu nedenle hak ve özgürlüklere yönelik yargı kararları derhal icra edilmelidir. Aksi halde telafi edilemez sonuçlar doğabilir ve hukuki güven sarsılabilir. İnsan hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik bir hukuk devletinin değerleri hilafına bir tutum sergilenerek adeta olumsuz anlamda “siyasal aktivizm” ortaya konulması hukuk devletiyle bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüne⁸⁷ yönelik sınırlamaların devletin takdirinde olduğuna; ancak bunu denetleme yetkisinin kendisinde olduğuna

⁸⁶ DWORKIN, (2007), s. 248.

⁸⁷ Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 26. maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, (Ek ibare: 3/10/2001-4709/9 md.) millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. (Ek: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

işaret etmiştir. Bu denetim, demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri⁸⁸ ekseninde salt soyut bir denetim değil, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman sınırlamaya konu edilen nedenlerin niteliği gibi unsurları da içeren somut ve ayrıntılı bir denetimdir.

Ayrıca, Yüksek Mahkemenin belirttiği üzere temel haklara ilişkin sınırlamalar, zorunlu veya istisnai tedbir niteliğinde, AİHM'in de içtihatları çerçevesinde, demokratik bir toplumda “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde uygulanmalıdır.⁸⁹ Dolayısıyla, ölçülülük ve hakların özüne dokunmama, yani hakkın kullanımını anlamsızlaştırmama, güçleştirici bir şekilde işlevsiz hale getirmeme, sınırlandırmada önemli işlevsel ölçütlerdir. Hak ve özgürlüklerin korunmasında devletin negatif yükümlülüğünün yanında pozitif yükümlülüğü de söz konusudur; devlet, hak ve özgürlüklerin korunmasında etkin bir rol oynamalı, amaç ile araç arasında orantılılığı gözetmelidir. Her şeyden önce, hak ve özgürlüklerin asıl, sınırlamanın istisna olduğu unutulmamalıdır. Yüksek Mahkeme, somut olayda hak ihlalinin olup olmadığına yönelik incelemesinde, AİHM'in “müdahale olup olmadığı”, mevcut ise “müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı”, söz konusu ise haklı sebebe dayanan “müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı” şeklindeki ölçütlerini kullanmıştır. Yaptığı inceleme neticesinde, müdahalenin, Anayasa m. 26’da düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹⁰ Anayasa yargısı, değerlerin ahlaki temellerinin yıkılışı karşısında Camus’un “Sessiz Tanrı”⁹¹ değildir.

⁸⁸ “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin Anayasa’nın 13.maddesi.

⁸⁹ Bu doğrultuda bir karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁹⁰ Bu doğrultuda bir karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁹¹ Camus, “Malentenda-Yanlış Alama” adlı eserinde bu sessiz tanrı fikrini çok çarpıcı bir şekilde ortaya koyar. Esere konu olay, Fransa’da bir otelde geçer. Oteli işleten anne-kız müşterileri öldürüp paralarını çalarlar. Otelin uşağı ise bütün olan biteni görmekte ancak hiçbir yorum yapmadan işine devam etmektedir. Otelin bulunduğu yere bir gün bir adamla karısı gelir. Kadın bir diğer otele yerleşir, kocası ise anne-kızın işlettiği otele gider. Anne-kız bir süre tereddütten sonra adamı öldürür, paralarını çalar ve cesedi uçurumdan aşağı atarlar. Olaydan sonra otele gelen adamın karısı gerçeği açıklar; öldürülen adam otel sahibinin yıllar önce izini kaybettiği oğludur. Kendi oğlunu öldürmenin verdiği acıyla “aman Tanrım” diye feryat eden kadına olayları başından beri sessiz izleyen uşak cevap verir: “Buyurun, bana mı ses-

Anayasa Mahkemesi kararlarında, olumlu veya olumsuz yönlerden yargısal aktivizm belirtilerine rastlamak mümkündür.⁹² Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, çeşitli dönemlerde ve saiklerle aktivist tavırlarını sergileye gelmiştir. Ancak burada gerek son zamanlarda verilen bir karar olması, gerekse içeriğinin olumlu anlamda olgusal bir tutarlılık sağlanarak doldurulmuş olması sebebiyle Mehmet Hasan Altan kararı incelenecektir.

Kararın iki yönden değerlendirilmesi gerekir. Birincisi, Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğü ekseninde genel olarak hak ve özgürlüklere ilişkin gelişen tavrıdır. Hukuk devleti, yukarıda da ifade edildiği gibi, salt norma dayalı bir mekanizmayı öngörmez; normların insan hak ve özgürlükleri lehine gelişimini ve bu gelişim bağlamında insan merkezli değerler dizisine dayanan bir sistemi esas alır. Bu şekilde normların biçimsel işlevselliği maddi nitelik ile desteklenerek anlam kazanır; hukuksal alanda belirlilik ve güvence özde de aynı fonksiyona sahip olur. Devletin elindeki salt şekilsel tutarlılığa sahip mekanizma, içi anlam ve değerlerle doldurulmaz ise, insan hak ve özgürlükleri açısından tehlikeli bir aygıt dönüşür. Ezcümle biçimsel tutarlılık maddi tutarlılık ile meşruiyet bulabilir. Şu hâlde insan hak ve özgürlükleri hukuk devletine bağlı olarak sadece pasif değil aynı zamanda aktif koruma altında olmalıdırlar. İkinci olarak bu durum böylelikle çoğulcu demokrasi anlayışını da yerine getirir. Çoğulcu demokrasi ile birey siyasal, sosyal veya ideolojik bakımdan yaşam pratiğinde özerk bir alana sahip olur. Bu şekilde sağlanan tinsel ve metasal özerklik ortamında birey sahip olduğu hak ve özgürlükleri en anlamlı ve derin şekilde yaşama imkânı yakalar. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararın bu anlamda isabetli olduğu söylenebilir.⁹³

lendiniz?” Camus anlayamadığı bu sessiz tanrıyı sevmeyi reddeder. Bu dünya, içinde acı çeken insanlar gökyüzündeki sessiz Tanrı hep birlikte “absurde” oluştururlar.

⁹² Anayasa Mahkemesi'nin aktivist kararlarına ilişkin değerlendirmeler içeren önemli bir çalışma için bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

⁹³ Nitekim Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkındaki kararında önemli tespitlerde bulunmuştur: “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.” Yine aynı kararda Yüksek Mahkeme “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirilmesi için

Bu bilgiler ışığında kararı değerlendirmek gerekir. Başvurucu, suçlamaların gerçek dışı olması nedeniyle gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğunu, gözaltı süresinin terör eylemlerinde ve toplu suçlarda dahi dört günü geçemeyeceğini, buna rağmen olağanüstü hal döneminde getirilen otuz günlük gözaltı süresinin kabul edilemez olduğunu, hakkında uygulanan on iki günlük gözaltı tedbirinin ölçülü olmadığını, bu süreçte keyfi olarak uzun bir süre gözaltında bekletildiğini, derhal hâkim önüne çıkarılmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁹⁴ Başvurucu, soruşturmaya konu edilen ve tutuklamaya dayanak oluşturan hususların tamamen yazıları ve televizyon konuşmasından ibaret olduğunu, bu konuşma ve yazılarından dolayı tutuklanması nedeniyle ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁹⁵

Anayasa Mahkemesi, Anayasam. 26'da düzenlenen ifade özgürlüğünün ve bunun özel güvencelere bağlanmış biçimi olan Anayasa m. 28'de düzenlenen basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu gerekliliklerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini vurgulamıştır.⁹⁶ İfade özgürlüğü, çoğulcu demokrasiye dayanan hukuk devletinin temel karakterini teşkil eden unsurlardan biridir. Bu bakımdan ifade ve basın özgürlüğüne yönelik yapılan müdahalelerin kanunda öngörülmüş ve Anayasada belirlenen sebeplerle sınırlanmış olması Anayasaya uygun olması için yeterli değildir. Müdahale, demokratik toplumun gerekliliklerine uygun ve ölçülü de olmalıdır.

Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik Yüksek Mahkemenin de belirttiği gibi demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarındandır. Bunların bulunmadığı bir toplumun demokratik olduğu söylenemez.⁹⁷ Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, her türlü barışçı düşüncenin serbestçe ifade edilmesiyle kendisini gösterir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında, AİHM kararlarına atıfla vurgu-

vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir." demiştir. Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

⁹⁴ Karar için bkz. B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

⁹⁵ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

⁹⁶ Bu doğrultuda bkz. B.N. 2013/9343, K.T. 4.6.2015; B.N. 2014/12151, K.T. 4.6.2015.

⁹⁷ B.N. 2013/2602, K.T. 23.1.2014; B.N. 2013/1461, K.T. 12.11.2014.

landığı üzere, bu serbestlik, sadece lehe olan veya zararsız, önemsiz görülen bilgi veya düşünceler için değil, toplumun bir bölümünü rahatsız eden veya devleti eleştiren bilgi ve düşünceler için de geçerli olmalıdır.

Demokratik toplumun gerekliliklerinden biri de bireylere, özgün kişiliklerini geliştirmeleri için uygun ortamın sağlanmasıdır. Bireyler özgün kişiliklerini ancak düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ve tartışabildikleri bir ortamda gerçekleştirebilir.⁹⁸ Diğer yandan özellikle kamuyu ilgilendiren tartışmalara yönelik her türlü fikir ve bilginin yayılabilmesi, halkın da bunlara ulaşabilmesi gerekir. Bu anlamda ifade özgürlüğünün özel bir görünüm biçimi olan basın özgürlüğü, demokratik bir toplumda ayrı bir öneme sahiptir. Zira anılan özgürlük yalnızca basının fikir ve bilgileri yaymasına değil halkın bunlara ulaşmasına da imkân sağlar.⁹⁹ Şeffaflık ve hesap verilebilirlik de demokratik toplum düzeninin gereklerindedir. Demokrasinin sağlıklı işleyişi kamu makamlarının sadece yasama ve yargı organları tarafından değil aynı zamanda siyasi partiler, sivil toplum örgütleri ve basın gibi demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları tarafından da denetlenmesine bağlıdır. Bu doğrultuda basın, kamunun gözetleyicisi olarak farklı kaynaklardan bilgi ve fikirleri yayarak şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanmasına da katkıda bulunur. Basın özgürlüğü sayesinde farklı kaynaklardan bilgi ve fikirlere ulaşan kamuoyu, kamu gücünü elinde bulunduranların iş ve işlemlerine yönelik daha doğru bir kanaate ulaşabilir.¹⁰⁰

İfade ve basın özgürlüğüne müdahale eden tedbir, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmez.¹⁰¹ Bu bağlamda demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken müdahaleye gerekçe gösterilen ifadelerin hangi kapsamda kullanıldığı da göz ardı edilmemelidir.¹⁰² Yine bununla beraber ifadeyi kullananın sorumluluğu belirlenirken söz konusu ifadeye, objektif bir göz-

⁹⁸ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

⁹⁹ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018. Ayrıca bkz. B.N. 2013/5574, K.T. 30.6.2014; B.N. 2013/1997, K.T. 8.4.2015.

¹⁰⁰ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

¹⁰¹ Karar için bkz. B.N. 2014/6128, K.T. 7.7.2015.

¹⁰² Karar için bkz. B.N. 2012/1184, K.T. 16.7.2014; B.N. 2013/8503, K.T. 27.10.2015.

lemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmemelidir. Bu bağlamda olgusal bir temelden yoksun olan tahmin ve varsayımlardan kaçınılmalıdır.¹⁰³

Öte yandan ifadenin hangi araçla kullanıldığı ve bu aracın özellikleri de önemlidir. Dolayısıyla canlı yayımlanan televizyon veya radyo programında kullanılan ifadeler ile bir kitapta veya gazete yazısında kullanılan ifadeler aynı şekilde değerlendirilemez. Zira AİHM kararlarında da belirtildiği üzere canlı yayındaki ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilme veya değiştirilme ya da geri alınma olanağı yoktur.¹⁰⁴ Son olarak ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuruçular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel caydırıcı etkisi dikkate alınmalıdır.¹⁰⁵

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesine göre, tutuklamanın hukukiliğine yönelik tespitler dikkate alındığında ve isnat edilen suçlara dayanak gösterilen temel olgunun başvuruya konu yazılar ve konuşmalar olduğu gözetildiğinde hukukilik koşulunu sağlamayan tutuklama tedbiri, ifade ve basın özgürlükleri bakımından demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez. Ayrıca suça konu yazıların yayımlandığı ve konuşmaların yapıldığı dönemde kamuoyunda benzer biçimde dile getirilen görüşleri başvuruçunun da ifade etmesinden hareketle hakkında tutuklama tedbirine başvurulmasının, hangi zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve demokratik toplum düzeninde neden gerekli olduğu ortaya konmamıştır.¹⁰⁶ Bununla beraber demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi tespitinde ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuruçular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel “caydırıcı etkisi” de dikkate alınmalıdır.¹⁰⁷

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı iki açıdan önemlidir. *Birincisi* Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğü özelinde hak ve özgürlüklerin koruyucusu olduğunu, bu bağlamda “sessiz tanrı” olmadığını ortaya koymuştur. *İkincisi* yetkilerini otoriteden değil özgürlükten yana kullanarak, hukuk devletini güçlendirmiş, siyasal iktidar ve yargı ilişkilerinde yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasına katkıda bulunmuştur. Bu noktada Anayasa m. 153’e göre Anayasa

¹⁰³ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

¹⁰⁴ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

¹⁰⁵ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018. Ayrıca bkz. B.N. 2013/8503, K.T. 27.10.2015.

¹⁰⁶ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

¹⁰⁷ B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

Mahkemesi kararlarının yargı organları da dahil herkesi bağladığına işaret etmekte; ancak bu kararın diğer bir yargı organı olan ilgili Ağır Ceza Mahkemesi tarafından uygulanmadığına işaret etmekte yarar vardır.

2. Anayasa Mahkemesinin Son İçtihadı: Ahmet Hüsrev Altan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/23668, Karar Tarihi: 3/5/2019

Siyasi iktidara yönelik eleştiriler, ifade ve basın özgürlüğünün norm alanı içindedir. Aksi halde sadece ifade özgürlüğü değil, dolaylı olarak düşünce özgürlüğü, demokrasi, seçme ve seçilme özgürlükleri de tahrip olur; zira kişiler ancak ulaşabildiği bilgiler ölçüsünde fikirlerini oluşturabilir, değiştirebilir, seçme haklarını kullanarak siyasi hayata katılabilir ve demokrasiyi yaşayarak gerçekleştirebilir. Hukuk, eylemler ile ilgilenir; eyleme dökülmemiş niyetler hukuکی sonuçlar doğurmaz.

Anayasa Mahkemesi, tutuklama tedbirinin ifade özgürlüğü üzerindeki etkisini incelerken, tutuklamanın hukukiliğini veya tutukluluk süresini dikkate almaktadır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu televizyon konuşmalarının ve yazıların suç oluşturduğu iddiasını şu şekilde değerlendirmektedir: “*Somut olayda başvurunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvurunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ve ayrıca tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğunun söylenebileceği sonucuna varılmıştır.*”. Anayasa Mahkemesinin yalnızca televizyon konuşmalarından ve yazılardan bu sonucu çıkarmış olması dikkat çekicidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki gazeteci ve yazarların açıkladıkları görüşler şiddeti, terörü veya terör örgütünü övmeye ya da nefret söylemi içermeye gibi bir mahiyet taşımadıkça tutuklama nedeni olamaz. Zira çoğulcu ve demokratik bir toplumda ne kadar sert ve aykırı olursa olsun sırf ifade edilen görüş ve düşüncelerden dolayı tutuklama tedbirine başvurulması kabul edilemez. Zaten aksi halde çağdaş çoğulcu demokratik bir toplumu oluşturmak ve bunu sürdürmek mümkün değildir.

İşte bu nedenle Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıklıkla vurguladığı gibi şüpheli veya sanığa isnat edilen eylemlerin ifade ve basın özgürlükleri gibi demokratik toplum düzeni açısından vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğu hususunda ciddi iddiaların bulunduğu veya bu durumun somut olayın koşullarından anlaşılabilirdiği hâllerde, tutuklamaya karar veren

yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha dikkatli ve özenli davranmaları gerekir. Somut olaydaki başvuru konusu da kanımızca ifade ve basın özgürlüğü kapsamında ele alınmalıdır. Dolayısıyla bu doğrultuda kuvvetli suç şüphesi belirlenirken titiz olunması şarttır. Tutuklamanın istisnai niteliği de bunu gerektirir. Tutuksuz yargılamanın asıl, tutuklu olarak yargılamanın istisna olması karşısında, tersine bir uygulamanın tutuklamayı bir yaptırım olarak hapis cezasına dönüştürme anlamına geleceği, oysa bunun, koruma tedbirleri arasında yer alana tutuklamanın mahiyetiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu bağlamda ele alınan yazı ve konuşmaların bütünlük içerisinde ve bağlamlarından koparılmadan değerlendirilmesi gerekir. Yine bir yazı veya sözden dolayı sorumluluk belirlenirken söz konusu ifadeye objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemeli, olgusal temeli bulunmayan kimi tahmin ve varsayımlara dayalı suçlamalar yapılmamalıdır.¹⁰⁸

Nitekim Yüksek Mahkeme daha önceki bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “Başvurucunun A.N.I. ile birlikte sunuculuğunu yaptığı ‘Özgür Düşünce’ adlı bu programda, farklı konularda Hükümete yönelik ağır eleştirilerin dile getirildiği ve özellikle Hükümetin hukuka uymadığının vurgulandığı görülmektedir. Söz konusu programda, A.N.I. ile programa konuk olarak katılan A.H.A. [Ahmet Hüsrev Altan] arasında Hükümetin bazı mensupları ve üst düzey bürokratların konuşmalarının kimi ülkeler tarafından yasa dışı telefon veya ortam dinlemesi yoluyla kayıt altına alınıp İnternet üzerinden yayımlandığının konuşulduğu bir sırada başvuru -araya girerek- diyaloga katılmıştır. Başvurucu öncelikle dinlemelerin sadece teknolojik imkanlar kullanılarak yapılmamış olabileceğini, -mevcut siyasal yönetimi kastederek- hukuk dışı yöntemlerle devletin ele geçirilmesinin mümkün bulunmadığını belirtmiş ve sonrasında suçla ilgili sözleri sarf etmiştir. Başvurucunun sarf ettiği sözlerin içeriği ve bağlamı, anılan sözler öncesinde ve sonrasında diğer konuşmacılar ile başvuru tarafından dile getirilen hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu sözlerin -tereddütsüz bir şekilde- darbe çağrısı olarak nitelendirilmesi ve başvurucunun bunları ertesi gün gerçekleşecek olan darbe teşebbüsünü bilerek kamuoyunu buna hazırlamak amacıyla söylediğinin kabul edilmesi zordur. Aksi durumda kullanılan sözlere, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmesi sonucu doğabilir (bkz. § 224). Nitekim programdaki konuşmalarda Hükümetin, iki yıl sonra yapılacak seçimlerde veya seçim önce-

¹⁰⁸ Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, B. No: 12244/86, 30/8/1990; O'Hara/Birleşik Krallık, B. No: 37555/97, 16/10/2001.

sinde iktidar partisinden bir kısım milletvekilinin bir başka siyasetçiyle birlikte yeni bir parti kurması sonucunda değişebileceğine yönelik öngörülerde bulunulmuştur."¹⁰⁹

Öte yandan somut olayda sarf edilen sözler bir canlı yayında söylenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, canlı yayınlanan radyo ve televizyon programlarında sarf edilen sözlerden dolayı sorumluluk belirlenirken canlı yayının sözleri yeniden formüle etme veya süzgeçten geçirme olanağı vermediğinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiş ve canlı yayın ortamında *"kullanılan ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilmesi veya değiştirilmesi ya da geri alınması imkânının bulunmadığının da gözetilmesi"*¹¹¹ gerektiğini belirtmiştir.

Ayrıca konu edilen yazıların bağlamı içerisinde ve bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Mahkeme başkanı Arslan karşı oy gerekçesinde şu değerlendirmede bulunmaktadır: *"Her iki yazı da bağlamı içinde ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde bunların siyasi iktidara yönelik ağır eleştiri ve kendi açısından "uyarı" mahiyetinde olduğu görülmektedir. Yazılardan ilkinde ("Mutlak Korku") başvuru, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'ya uymayan, yasama, yürütme ve yargıyı bütünüyle kendine bağlayan, toplumsal hayatın her alanına müdahale eden, sadece düşmanlarını değil dostlarını da tasfiye eden, bununla birlikte mutlak korkuya kapılan birine dönüştüğünü, bu mutlak korkunun iktidarların sonunu getirdiğini, ülke ve kendisi açısından en iyisinin "yeniden anayasal sınırlar içine dönmesi" olduğunu, ancak bunun için 'galiba geç kalındığı' nı eleştirel bir dille anlatmaktadır. İkinci yazıda ("Ezip Geçmek") ise başvuru, Cumhurbaşkanı'nın bir bürokratla yaptığı ileri sürülen konuşmasında iç savaş çıkabileceği uyarısı karşısında 'çıksın, ezip geçeriz' dediğini, iç savaş hakkında en küçük bilgisinin olmadığını, bunun bir toplumun başına gelebilecek en büyük felaket olduğunu, savaştan daha korkunç olduğunu, Bosna'da, Ruanda'da, Suriye'de yaşananlara bakılması gerektiğini, iç savaşta kardeşin kardeşi vurduğunu, iç savaşın tüm ülkeyi vuracağını ifade ettikten sonra "Ona göre davranın" diye yazısını tamamlamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi bir ifadeden dolayı sorumluluk belirlenirken söz konusu ifadeye objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemesi gere-*

¹⁰⁹ B.N. 2016/23672, B. T. 11.1.2018.

¹¹⁰ Reznik/Rusya, B.No: 4977/05, 4/4/2013

¹¹¹ B.N. 2016/23672, B. T. 11.1.2018.

kir. Soruşturma makamları bu iki yazının birkaç cümlesinden hareketle başvurunun darbe teşebbüsünden haberdar olduğunu ve darbenin zeminini hazırladığını söylerken bunun olgusal temellerini ortaya koyamamışlardır.”¹¹²

Bununla birlikte söz konusu karar Anayasanın 15. maddesi bağlamında değerlendirildiğinde de ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda da “suç işlendiğine dair kuvvetli belirti”nin bulunmadığını ifade etmek gerekir.¹¹³ Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda vurguladığı gibi, demokratik bir toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yaparken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin gerek bireysel gerek genel olarak basın üzerindeki “caydırıcı etkisi” de dikkate alınmalıdır.¹¹⁴ Bununla birlikte olağan dönemde ifade ve basın özgürlüklerini ihlal eden müdahalenin, olağanüstü dönemde Anayasanın 15. maddesi kapsamında “durumun gerektirdiği ölçüde” görülmesinin mümkün olup olmadığı da sorgulanmalıdır. Bu doğrultuda dahi durumun gerektirdiği ölçüyü aşan bir müdahalenin olduğu söylenebilir.¹¹⁵

Anayasa Mahkemesinin hukuku değiştiren kararları dikkate alındığında Mahkemenin başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini¹¹⁶ gözetmediği sonucuna ulaşılabilir.

¹¹² B. N. 2016/23668, K.T. 26.6.2019-30813.

¹¹³ Bu bağlamda kimi Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. *Gülser Yıldırım* (2), B. No: 2016/40170, 16/11/2017, bu yöndeki bir ihlal kararı için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* B. No: 2015/18567, 25/2/2016

¹¹⁴ *Şahin Alpay*, B. No: 2016/16092, 11/1/2018.

¹¹⁵ *Şahin Alpay*, §§ 105-110; *Mehmet Hasan Altan* (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, §§152-157; *Turhan Günay* [GK], B. No: 2016/50972, 11/1/2018, §§ 83-89; *Mustafa Baldir*, B. No: 2016/29354, 4/4/2018, §§ 83-88

¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi bir kararında şöyle demektedir: “Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşullarıyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.”¹¹⁶ E. 2012/103, K. 2013/105, K.T. 3.10.2013. Keza bir diğer kararında Yüksek Mahkeme yine bunun altını çizmiştir: “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve

V. Anayasa Yargısı, Siyaset ve Türkiye

Anayasacılık siyasi iradenin sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin tanınmasını, güvenceye bağlanmasını ve gerçekleşip gelişmesini hedefler. Bu bağlamda biz anayasa yargısını anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin¹¹⁷ çalışma esası olarak öngörmekteyiz. Gerçekten de anayasa yargısı hak ve özgürlükleri koruyan ve bunların geliştirilmelerine zemin hazırlayan bir *raison detre*'ye sahiptir. Dolayısıyla anayasa yargısı hukukun üstünlüğü ve hak ve özgürlüklerin korunması¹¹⁸ amacına hizmet eder.¹¹⁹ Nitekim Duran da bu bağlamda “*anayasa yargısı denilen denetim yolu, bilindiği gibi, ‘hukuk devleti’ ilkesinin tümüyle gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur*” demektedir.¹²⁰ Bu bakımdan Ana-

öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmeyi düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.” E. 2015/15, K. 2015/118, K.T. 23.12.2015.

¹¹⁷ Pasquino'nun ortaya koyduğu gibi demokrasi siyasi partilerin katıldıkları seçimleri kaybedebilecekleri veya bir şekilde kaybetmek zorunda kaldıkları bir siyasi düzeni belirtir. Dolayısıyla demokrasilerde gerçekleştirilen seçimlerin sonuçları da kaybedenlerin cehenneme gönderdikleri kutsal bir karar değildir; tersine azınlığın isteği doğrultusunda hükümlerin iptal edildiği ve hakem denetimi altında kazananların siyasi gücün bir kısmını kullanabilmesini ifade eder. Pasquino Pasquale, “Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, *Ratio Juris*, C.11, S.1, 1998, (38-50), s. 47.

¹¹⁸ Hukuk mu siyaseti üretir yoksa siyaset mi hukuku üretir? Bu bir irade ve onun rasyonel tercihi konusudur. Eğer hukuk iradeden bağımsız adalet, özgürlük ve eşitlik idesinin dirimsel kaynağı olan temel norm olarak anlaşılacaksa o halde hukuk siyaset üretir veya üretmelidir denilebilir. Yok eğer hukuk iradenin bir türevi olarak ortaya konulacaksa bu halde şüphesiz siyasetin, yani iradenin hukuk ürettiği kabul edilmelidir. Burada da iki bir ayrım ortaya çıkar. Ya irade temel norm idesini gökyüzünden yeryüzüne indirir, yani anayasacılık ve bunun değerler dizisini benimser ya da irade bundan bağımsız herhangi bir hukuk olgusunu yaratır. İrade hukuk olgusunu yarattığında ve eğer temel norm iradenin tecellisi sürecinde dışlandığında, hukukun siyasileşmesi ile siyasetin hukukileşmesi arasında fark yoktur. Hukuk iradenin, yani siyasi alanın bir tecellisi olarak kabul edildiğinde hukukun yorumlanması veya bir diğer deyişle belirlenmesi, sınırlanması ve tanımlanması süreci de aslına geri dönüş veya siyaset oluşturma olarak görülebilir. Çünkü her iki olguda ontolojik köken birliği bu durumda söz konusu olacaktır. Ontolojik köken birliğinin varlığında süreç veya episteme pratiğinin farklılaşması söz konusu değildir. Dolayısıyla sürecin sonucunda değişen bir şey olmaz. Ancak eğer irade özgürlük, adalet ve eşitlik değerler dizisinin idesini, yani temel normu dikkate alırsa ve böylelikle anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisini gerçekleştirilmeye çalışırsa bu durumda işler değişir; yani siyasetin hukukileşmesi ile hukukun siyasallaşması arasında farklılık oluşur. Bu durumda olması gereken veya bir başka söylemle mantıksal tutarlılık siyasetin hukukileşmesidir. Zira burada bir idealin gerçekleşimi söz konusu olur. Bu hak ve özgürlük temelli bir gerçekleşimdir.

¹¹⁹ Yüksel Metin, s. 94.

¹²⁰ Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, 1984, (57-87), s. 57.

yasa Mahkemelerinin önemi büyüktür. Anayasa Mahkemelerinin gücü azımsanamaz. Öyle ki Sweet, yargısal gücün artması ve yargısal denetimin genişlemesini “yargısal hükümet darbesi” kavramıyla ortaya koymaktadır. Ona göre bu artış ve genişleme yargısal hükümet darbesi ile sonuçlanabilir. Sweet yargısal hükümet darbesi kavramıyla bir mahkemenin hukuk üretme ile bir hukuk düzenini normatif temelinde ortaya konulan esaslı bir değişikliği kastetmektedir.¹²¹

Hirschl de yargısal denetim gücünün söylenenin aksine genişlediğini ve arttığını belirtmektedir.¹²² Bu durum mega-siyasetin veya siyasi denklemin temel değişkenlerinin hukukleşmesi sorunudur.¹²³ Son yıllarda, siyasetin yargısallaştırılmasında farklı bir seviyenin ortaya çıktığına şahit olundu; toplu sınırları tanımlayan veya tüm ulusun kalbinden geçen temel siyasi zıtlıklar olan ‘mega siyaset’ konusunda mahkemeler ve hakimlere dayalı olarak hareket etme. Bu

¹²¹ Alec Stone Sweet, “The Juridical *Coup d’État* and the Problem of Authority”, German Law Journal, C. 8, S. 10, 2007, 915-928, s. 915.

¹²² Ran Hirschl, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, Annual Review of Political Science”, C. 11, 2008, 93-118, s. 94.

Hirsch, “*Bu noktada sorulması gereken soru bugünkü mahkemelerin örneğin bir nesil öncesi ile karşılaştırıldığında temel siyasi açmazlar konusunda daha fazla devrede olup olmadığıdır. En azından Amerika Birleşik Devletleri dışında nitel ve nicel açıdan cevap tartışmasız bir şekilde olumludur. Yargı müdahalesinden izole edilen politika alanlarının oramı 25 yıl öncesine göre 2008 yılında ciddi ölçüde daha küçük olmuştur. 1980’lerin başı ile karşılaştırıldığında (yaklaşık bir nesil öncesi) çok daha siyasete özgü olan sorunlar artık genel olarak yargısal veya anayasaya ilişkin sorunlar olarak görülmektedir.*” demektedir. Hirschl, The Judicialization of Mega, s. 127.

¹²³ Dahl yargısal denetimi siyasi irade oluşturucu bir kurum olarak görmektedir. Dahl bu nedenle ABD Yüksek Mahkemesini siyasi sistemde inkar edilemez bir konumda olduğunu belirtmektedir ve Yüksek Mahkemeyi politik bir kurum olarak nitelendirmektedir.¹²³ Dahl’a göre siyasi karar belirsizlik durumunda alternatifler arasında ne olması gerektiğine yönelik etkin seçim olarak belirtilebilir.¹²³ Dahl Mahkemenin ‘siyasi’ bir kurum olduğu varsayılacak olursa, Mahkeme üyelerinin kendi eğilimleri ve nüfuz sahibi müvekkiller ve kurucuların değişimlerinden kaynaklanan varsayımları ortaya koyan gerçek ve değerlere ilişkin meseleleri çözeceği kabul edildiğinde herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak, Mahkeme kararlarının meşruluğu siyasi bir kurum olmadığı, sadece hukuki bir kurum olduğu kurgusuna dayalı olduğundan, Mahkemenin siyasi bir kurum olduğunun kabul edilmesi sorunları yenilerini yaratmak pahasına çözüme kavuşturacaktır. Ancak yine de, Mahkeme huzuruna gelen davaların niteliğinin tanımlandığı gibi olduğu doğru ise, Mahkeme kesin olarak hukuki bir kurum olarak hareket edemez. Daha önceki yasalar ve Anayasada bulunmayan veya bunlara dayalı olarak çıkarımda bulunulamayan gerçek ve değerlere ilişkin meselelerin en azından bazı kabul edilebilirlik kriterlerine itirazda bulunarak zıt kamu siyaseti alternatifleri arasında bir seçim yapılmalıdır. Bu bağlamda, Mahkeme ulusal bir politika yapıcıdır ve Mahkemenin siyaset sistemindeki varlığının basit bir şekilde demokratik olarak nitelendirilmesi sorununa yol açan bu roldür. Robert Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, Journal of Public Law, Role of the Supreme Court Symposium, No. 1, 1957, 279-295, s. 279-281.

seviyedeki yargısallaştırma birçok kategoriden meydana gelir: yürütme organının adli incelemelerinde makroekonomik planlama veya ulusal güvenlik alanlarında imtiyaz söz konusudur (yani, anayasa teorisyenlerinin ‘politik sorun’ doktrininin terk edilmesi); seçim süreçlerinin yargısallaşması; rejim dönüşümünün yargı tarafından desteklenmesi; temel onarıcı adalet ikilemleri ve her şeyin ötesinde resmi genel kimliğin, ulus oluşturma süreçlerinin ve siyasetin tanımına ilişkin sorunların yargısallaştırılması, katılımcı demokrasi açısından bakıldığında belki de en çok sorun yaratan yargısallaştırma sürecidir. Yargısallaştırılmış siyaset konusunda ortaya çıkan bu alanlar ulusal yüksek mahkemenin siyaset alanındaki varlığının sınırlarını daha önceki tüm sınırların ötesinde genişletmektedir.¹²⁴ Hirschl’e göre bu bağlamda son yıllarda, siyasetin yargısallaştırılması belli başlı hak sorunlarının ötesine geçerek siyasetin tamamını tanımlayan ve bölen siyasi açıdan en önemli ve önde gelen meseleler olan mega siyasetin de ötesine geçmiştir. Bunlar seçim sonuçlarının ve rejim değişikliğinin desteklenmesinde temelde etkili olan toplu kimlik sorunlarına ve siyaset organının özü ve tanımına ilişkin olan ulus inşa etme süreçlerine kadar değişmektedir. Kamu politikasına ilişkin birçok konu halen mahkemelerin amaçları dışında kalmasına rağmen, yürütmenin yargı sistemine olan teslimiyeti artmış ve kanun yapıcılar ve yürütme erkinin yetkilerine ilişkin olarak artan ve genelde kabul gören bir yargı müdahalesi olmuş ve buna karışık siyasi gündemlerdeki yargısallaşmada hızlanma yaşanmıştır. Bu gelişmelerin tamamı son derece kapsamlı olan politik sorunların açıklığa kavuşturulması ve çözümlenmesi açısından daha fazla yargıya dayalı olarak hareket edilmesine yardımcı olmuştur.¹²⁵ İsrail Yüksek Mahkemesi Başkanı Aharon Barak siyasetin hukukileşmesini ilginç bir şekilde ortaya koymaktadır. Ona göre İsrail Anayasa Mahkemesinin eski proaktif başkanı bir keresinde “*adli incelemenin kapsamı dışında kalan hiçbir konu yoktur; dünya kanunlarla doludur; her şey ama her şey yargılanabilir*” demiştir ve bu dünya üzerindeki mahkemeler tarafından geniş ölçüde kabul görmüştür.¹²⁶ Sonuç olarak Hirschl’e göre mega siyasetin yargısallaştırılması “politik sorun” doktrininin terk edildiğini göstermektedir ve diğer bölümlerde “yargı iktidarı” olarak adlandırılan şeye dönüşü simgelemektedir.¹²⁷

¹²⁴ Hirschl, *The Judicialization of Mega*, s. 97.

¹²⁵ Hirschl, *The Judicialization of Mega*, s. 94-95.

¹²⁶ Hirsch, *The Judicialization of Mega*, s. 98.

¹²⁷ Hirschl, *The Judicialization of Mega*, s. 126-127.

Whittington'a göre anayasal açıdan, mahkemelere karşı siyasi yaptırımların uygulanması olasılığı, yargı kararlarının siyasi olarak bozulması olasılığından daha geçerli olabilir. Mahkemelerin kurumsal bütünlüğünün devam ettirilmesi sorunu söz konusu olduğunda adli inceleme uygulaması sadece dış kısıtlamalara uyum sağlanması açısından yapılan stratejik bir uygulama olabilir. Mahkemeler, bu karşı karşıya gelme durumunun yargı bağımsızlığının kaybedilmesi ile sonuçlanabileceği beklentisi içerisinde olduklarında yönetimin diğer birimleri ile karşı karşıya gelmekten kaçınabilirler. Ancak durumsallık söz konusu olmadığı sürece, siyasi tercihler veya diğer siyasi aktörlerin anayasa hakkındaki yorumlarına takılmaksızın nispeten serbest bir şekilde kendi anayasal anlayışlarını uygulamak konusunda özgür hissedebilirler. Mahkemeler anayasayı hazırlayanların bağımsızlığı ve yargı denetiminden güç alabilirler ancak resmi olarak verilen bu yetkiler sonradan meydana gelebilecek siyasi manipülasyon karşısında savunmasızdır. Görünürde güçlü, resmi olan anayasal garantiler uygulamada güçlü ve bağımsız bir yargının sağlanması noktasında genellikle yetersiz kalmaktadırlar. Diğer siyasi aktörlerin genellikle yargı bağımsızlığını bozmak ve yargı eylemciliğini engellemek konusunda yeteri kadar güç sahibi olduğu kanıtlanmıştır. Güçlü siyasi aktörlerin anayasal sistemin devamlılığı konusunda menfaatlerinin olması gerekir. Aksi takdirde bu yapıdan kaçmak için yollar arayacaklardır. Bağımsız yargının güçlendirilmesi anayasal garantilerin güvence altına alınmasına yönelik bir stratejidir ancak bu stratejinin nihai verimi mahkemelerin karşı karşıya kalacağı zorlukların boyutuna bağlıdır demektir.¹²⁸

İşte Türk Anayasa Mahkemesi tam da bu doğrultuda bir “yargısal aktivizme”¹²⁹ sahiptir. Yüksek Mahkeme hak ve özgürlükleri korumak yerine tam tersi bir

¹²⁸ Whittington, a.g.e., s. 447 ve 473.

¹²⁹ Ergül yargısal aktivizmin anayasal siyaset ekseninde görece yeni ortaya çıkan, son derece tartışmalı ve hala ne anlama geldiği net bir şekilde ortaya konulmamış bir kavram olduğunu belirtmektedir. Ergül “Aslında, yargısal aktivizm, doğası gereği ne olduğu ortaya konamayacak bir terimdir” demektir. Buna göre yargısal aktivizm kavramının kullanılma biçimi hâkim siyasi atmosfere göre değişebilmektedir. Bu nedenle Ergül yargısal aktivizmi belli bir mahkeme kararını yorumlayan kişinin siyasi görüşüne göre şekil verebildiği bir oyun hamuruna benzetmektedir. Ozan Ergül, Berraklaşırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, TBB Dergisi, S. 104, 2013, s. 39. Görüldüğü gibi kavram olarak yargısal aktivizm ile ilgili yapılan tanımlamalar veya nitelendirmeler yargı ve siyaset ilişkisi ile ilgili geliştirilen yaklaşımlarla yakından ilintilidir. Dolayısıyla yargısal aktivizme ilişkin geliştirilen yaklaşımların kavramın belli bir yönünü ortaya koyması bakımından önem taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de siyaset ve hukukun kesiştiği sorunlu alanda anayasaya uygunluk denetimi ile bir yasama iradesi olarak kanunların hükümsüz kılınabilmesi, yasamaya direktifler verilerek belli bir yorumun dayatılması ister istemez gerilim ve krizlere yol açabilmektedir. Ancak içinde bulunduğu sorunlu alan sebebiyle belli bir gizem ve belirsizlik içerse de yargısal aktivizmin anaya-

şekilde tavır takınabilmektedir. Halbuki Kumar'a göre yönetimin yerini yargı kurumları alamaz. Yargı ve yürütme kurumları arasında bir denge ihtiyacı bulunmaktadır. Reformlar, gelişim ve kurumlar arasındaki dengenin tekrar ileri sürülmesi gerekmektedir. Kuvvetler ayrılığının azalmasına ilişkin anayasal prensiplere ulaşmak için yargısal aktivizm kullanılmamalıdır. Yargı iradesi yargısal aktivizm adına sınırlarını aşmamalıdır ve idarenin diğer organlarının fonksiyonlarını yerine getirmemelidir. Yargısal kararlara yasama, yürütme ve yargıyı birbirinden ayıran sınırlara saygı gösterilmelidir. Yargısal aktivizmin birçok başarısı olmakla birlikte başarısız olduğu bazı yönlerinin olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir. Yasama, yürütme ve yargı arasında sıklıkla gerçekleşen yüzleşme yıllardır hüküm süren demokratik yönetim sisteme de zarar verecektir. Anayasadan doğan kuvvetler ayrılığı çizgisi sürdürülmeli ve bu çizgiye saygı duyulmalıdır.¹³⁰

Anayasa yargısı, kanaatimizce, hak ve özgürlükleri “koruyucu” kararlarını, “üretici” yönde devam etmelidir. Anayasa metninde açıkça yer almayan bir hak, insan hakkı olarak anayasal değer kazanabilir. Bu durum anayasa yargısının, hakları ortaya çıkarıcı çalışmasında somutlaşmaktadır. Böyle bir iktidar pozitivist anlayışın aşılması ve doğal anlayış haline getirilmesi ile belirmektedir. Kanunların uygunluğunu, yalnızca anayasasının yazılı hükümlerine göre değerlendiren pozitivist anlayış, özgürlüklerin kaynaklarını pozitif ve jurisprudansiyel anayasa hukukunda görmektedir. Anayasadan veya özünden çıkarılan yazılı olmayan ilke ve kurallara göre uygunluk denetimini savunan doğal anlayışa göre, hak ve özgürlükler anayasa metinlerinde yer almasalar da hukuk düzeninde tanınmalıdır; çünkü kaynağı hukuk ötesindedir. Doğal yorumla “anayasal adalet” “temel hakların yargısal koruma aracı olarak anayasa yargısının ortaya çıkarıcı rolünün büyümesinin başlıca görünümü şeklinde nitelenir. Anayasa ve hak bildirelerinin bir yandan onur, eşitlik, özgürlük, adalet, demokrasi, hukuk devleti gibi değerlerle yüklü kavramlar kullanması; öte yandan, belli belirsiz, imalı ve sentetik deyimlere yer vermesi, anayasa yargısına üretici bir görev

saya uygunluk denetimi sürecinde bir yargısal sınır ihlaline ilişkin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kanımızca yargısal aktivizmin varoluş koşulları ve konumuna bağlı olarak meşruiyeti sorunu önemlidir; ancak daha önemli olan yargısal aktivizmin gerçekleşme koşullarının sağlanmasına ortam hazırlayan itki sorunudur, bir diğer anlamda hangi yönde olması gerektiğidir. Bu bağlamda karşımızda anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti, çoğulcu demokrasi ve kuvvetler ayrılığı çıkmaktadır.

¹³⁰ Vipin Kumar, “The Role of Judicial Activism in the Implementation and Promotion of Constitutional Laws and Influence of Judicial Overactivism”, *Journal of Humanities and Social Science*, C. 19, S. 2, 2014, 20-25, s. 24.

yüklemektedir. Anayasa yargısının ortaya koyduğu yazılı olmayan hak ve özgürlükler kategorisi ortaya çıkarıcı kararlar dizisi ile açıklanır.¹³¹ İşte anayasa yargısının belirlenmiş alanını, ortaya çıkarıcı haklardan yana karar vermek suretiyle, anayasa yargısının kendisi tayin eder.

Sonuç olarak özelde yasama iradesinin takdir yetkisi ve sınırı sorunu, genel olarak da siyasi iradenin sınırı sorunu söz konusudur. Anayasacılık iktidarın sınırlandırılması ve hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesini ifade eder. Bu bağlamda anayasacılık düşüncesi kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisini içerir. Anayasa ise anayasacılığın somutlaşmış bir görünüm biçimidir. Şu hâlde yasama iradesi tecelli ederken anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisine aykırı bir faaliyet gerçekleştirmemelidir. Gerçekleştiği takdirde ise yargısal denetime tabi tutulur.

Kanaatimizce hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi doğrultusunda hukuken en önemli işlevlerinden birinin siyaseti belirlemesi, sınırlandırması ve tanımlaması süreci olduğu söylenebilir. Ancak çağdaş demokrasilerde siyasi irade alanına konu olan kamu yararı siyasi iradeye oldukça geniş ve anayasal sınırları aşacak oranda bir yetki sağladığı ortadadır. Bu yaklaşım yasama iradesinin takdir yetkisini ve genel olarak hukuk karşısında halihazırda muğlak olan siyasi iradenin konumunu daha da belirsizleştirmektedir. Bu durum insan hak ve özgürlüklerini zayıflatmaktadır. Şu hâlde olması gereken, takdir yetkisine sahip yasama iradesinin hak ve özgürlük alanına mümkün olduğunca girmemesi, girdiğinde ise olabildiğince genişletici bir yorumla davranmasıdır.

VI. Sonuç

Modern hukuk, ilkelere göre örülü bir olgudur. İlke burada supra-norm yapıları ortaya koyar. İlkelerin günümüz hukuk sisteminde insan onuru ve buna bağlı normlar dizisi şeklinde somut görünüm biçimi kazandığı söylenebilir. Modern hukuku, ilkelere üzerinden okuduğumuzda karşımıza kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi alt unsurlar çıkar. İlkeler bu yönüyle insanlardan oluşan kümenin etkinliklerine ilişkin bir düzenin oluşumuna yol açarak gelişirler. Biz bu kümenin salt iradeci yaklaşımla ele alınan bir hukuk düzenine karşısında olduğunu belirtmek isteriz. Hukukilik yasa ile; hukukçu-

¹³¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 383.

luk yasacılıkla özdeşleştiği ölçüde modern hukukun özgürlük sorununun doğacağı bilinmelidir.

Özgürlük denilince akla gelen ilk özgürlüklerden biri, *hakların bütünselliği ilkesi* de göz ardı edilmeden, ifade özgürlüğüdür. Haklar bireyi özne haline getiren yegâne dirimsel kaynaklardır. İnsan, haklarıyla birey haline gelip öznelenmektedir. Dolayısıyla insana verilen önem; insan haklarına verilen önemle doğru orantılıdır. Haklar, bir siyasi ve hukuki rejiminin kimliğinin belirlenmesinde en önemli ölçüttür. Peki küresel anlamda yönetimler bireylerin ahlaki ve siyasi haklarına saygı duymakta mıdır? Dworkin'in de belirttiği gibi günümüzde bu tür soruların öncelikli tartışma konusu haline gelmesine şaşırılmamalıdır. Siyasi bir toplumun bölünmeye uğradığı, iş birliği ya da ortak bir hedef için verilen uğraşların anlamsızlaştığı zaman haklar kavramının gündeme gelmesi oldukça doğaldır.¹³²

Türkiye'de ifade özgürlüğü yönünden hakların yeterince korunmadığı söylenebilir. Bunun bir ayağı iktidar olgusu, diğer ayağı ise Anayasa Mahkemesidir. AB 2014 İlerleme Raporunda bu endişeler şu şekilde dile getirilmiştir: *“Devlet yetkililerinin beyanları medya ve basın üzerinde caydırıcı bir etki yaratmış ve savcuların yazı işleri müdürleri ve gazeteciler hakkında soruşturma başlatmalarına yol açmıştır. Dahası, bizzat devlet yetkilileri de gazeteci ve yazarlara karşı davalar açmayı sürdürmüş olup, bunların bazıları hapis cezalarıyla neticelenmiştir. Bunlar, çok sayıda gazetecinin işten çıkartılması ve ayrıca medyanın, bilginin özgürce dolaşımının çok ötesine geçen menfaatlere sahip holdinglerin elinde büyük oranda tekel haline gelmesiyle birleşince, medya sahipleri ve gazeteciler tarafından, yolsuzluk iddiaları gibi kamu yararına giren konular da dahil olmak üzere yaygın bir oto-sansür uygulanmasına yol açmaya devam etmiştir.”*¹³³

2014'ten günümüze ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmalar ve oto-sansür, akla Orwell'in kurguladığı tarzda bir *panoptikon* toplum düzeneğini getirmektedir. Bu durumun temel sorumlularından biri, belki de en önemlisi, Anayasa Mahkemesidir. Zira Mahkeme özellikle ifade özgürlüğü ekseninde özgürlük lehine bir adım ileri iki adım geri bir refleks ve içtihat ortaya koymak-

¹³² Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Yayınevi, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara 2007, s. 223.

¹³³ 4-RKIYEaLERLEME2APORU, s. 52, <http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key?documents/2014/20141008-turkey-progress-report?en.pdf>, erişim 08.03.2020.

tadır. Anayasa Mahkemesinin tarihi Twitter ve YOU TUBE kararlarının Türkiye’de ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar üzerinde etki doğurmamış olduğu ve bu makalede ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere, ifade özgürlüğü kısıtlamalarının Mahkeme eliyle bu kararlara rağmen üst bir seviyede devam ettiği görülmektedir. Mahkemenin içtihadında hak temelli mimari bir yapı inşa etmemesi ve bu kararların olduğu gibi uygulamaya yansıtılmaması veya mevcut yasalarda esaslı değişiklikler yapılması yönünde bir irade sergilenmemesi durumunda özgürlükler zayıflayacaktır.

Genel olarak bakıldığında, Avrupa Konseyine üye devletler içerisinde Türkiye’nin basın ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı bir yaklaşımda olduğu söylenebilir.¹³⁴ 1959 ile 2017 yılları arasında AİHM’in vermiş olduğu 20,657 kararın 3386’sının (%16.36) tarafı Türkiye’dir; bu yönüyle Türkiye, hakkında en çok karar verilen devlettir. 2988 ihlal kararı ile Türkiye, ayrıca hakkında en çok ihlal kararı verilen devlettir. İfade özgürlüğünü düzenleyen AİHS m. 10’un ihlal edildiğinin tespit edildiği 700 karardan 281’i Türkiye aleyhinedir; ifade özgürlüğü özelinde de Türkiye, hakkında en çok ihlal kararı verilen devlettir. Türkiye’yi 39 kararla Rusya, 37 kararla Fransa ve 35 kararla Avusturya izlemektedir. Bu sonuç, başat olarak anayasal düzenden başlamak üzere Türkiye’deki hak ve hürriyet anlayışının çoğulcu demokrasi ilkelerinin güçlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

İfade özgürlüğü, sosyal bir varlık olan insanı diğer canlılardan ayıran en temel hususiyetlerden biridir. İfade özgürlüğüne müdahalenin istisna, özgürlüğün ise asıl olması gerektiği göz ardı edilemeyecek bir husustur. Kaldı ki, temel hakların tümü bakımından geçerli olmak üzere, “hürriyet asıl, zecir istisnadır.”. Bu durum pozitif ve aktif statü haklarına nazaran negatif statü haklarında daha hassas ve narindir. Son cümle olarak ifade edilebilir ki, insan meşru sınırlar dahilinde olmak kaydıyla ifade özgürlüğü kadar insanlığını anlar ve yaşar.

¹³⁴ Detaylı bir çalışma için bkz. Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, “Türkiye’de Can Çekişen İfade Özgürlüğü”, https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2018/03/Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf, erişim 07.03.2020.

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

ARISTOTLE: The Art of Rethoric, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.

ARSLAN, Zühtü: “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve Çağı’nda ‘Ya-Ya Da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, Liberal Düşünce Dergisi, Bahar, 2001.

ARSLAN, Zühtü: “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, Liberal Düşünce Dergisi, C. 16, S. 2, 1999.

ARSLAN, Zühtü: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 17, 2000.

ARSLAN, Zühtü: “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, 2002.

ATAY, Ender Ethem: Demokrasi ve İnsan Hakları, Tubitay Yayınları, Ankara 2003.

ATAY, Ender Ethem: “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, Yıl: 9, Sayı:36, (Temmuz-Ağustos-Eylül) 2003, Web: <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781> adresinden 01.03.2020’de alınmıştır.

AUSTİN, John: Hukukun Belirlenmiş Alanı, Tekin Yayınevi, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, İstanbul 2015.

BIÇAK, Vahit: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 1. Baskı, Ankara 2002.

BOZKURT, Enver-**KANAT**, Selim: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2004.

CLAPHAM, Andrew: İnsan Hakları, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2010.

- ÇAĞIRAN**, Mehmet Emin: Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Platin Yayınları, Ankara 2006.
- ÇAĞLAR**, Bakır: İnsan Hakları Avrupa Hukukunda Türkiye, Tübitak Matbaası, Türkiye Bilimler Akademisi Forumu Dizisi: 6, Ankara 2002.
- ÇAVUŞOĞLU**, Naz: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Su Yayınevi, İstanbul 2003.
- ÇAVUŞOĞLU**, Naz: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1994.
- DAHL**, Robert: "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", Journal of Public Law, Role of the Supreme Court Symposium, No. 1, 1957, s. 279-295.
- DİNÇ**, Güney: Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 102, Ankara 2006.
- DURAN**, Lütfi: "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 1, 1984, s. 57-87.
- DWORKIN**, Ronald: A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985.
- DWORKIN**, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınevi, Ankara 2007.
- DWORKİN**, Ronald: Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge 1986.
- ERGÜL**, Ergin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2004.
- ERGÜL**, Ozan: Berraklaştırılmayan Bir Kavram: "Yargısal Aktivizm", TBB Dergisi, S. 104, 2013, s.37-54.
- GEMALMAZ**, H. B: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, Nisan 2017.

- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz-**GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Ankara 1996.
- GÖZLER**, Kemal: “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, Web:www.anayasa.gen.tr/insan.htmadresinden 17.02.2020’de alınmıştır.
- GÖZLER**, Kemal: “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir Mi?”, Türk Anayasa Hukuku İnternet Sitesi, 16.05.2004, Web: <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm> adresinden 16.06.2019’da alınmıştır.
- HAKYEMEZ**, Yusuf Şevki: Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- HİRSCHL**, Ran: “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, Annual Review of Political Science”, C. 11, 2008, s. 93-118.
- ISENSEE**, Josef: “Anayasanın Devleti”, Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakaya, Lale Yayıncılık, 2014.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2005.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2002.
- KELLY**, James B.-**MURPHY**, Micahel: “Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Court of Canada’s Legal Rights Jurisprudence”, Canadian Journal of Law Society, C: 16, S. 1, 2001.
- KELSEN**, Hans: General Theory of Law, and State, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949.
- KESKİNSOY**, Ömer: Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, Monopol Yayınları, 4. Baskı, Ankara Ekim 2019.
- KILINÇ**, Bahadır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

KORKUSUZ, M. Refik: Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler, Özrenk Matbaacılık, İstanbul 1998.

KRUG, Peter-PRICE, Monroe E.: “The Enabling Environment for Free and Independent Media: Contribution to Transparent and Accountable Governance”, The USAID Office of Democracy and Governance Occasional Paper Series, Ocak 2002, Doc. No. PN-ACM-006.

KUMAR, Vipin: “The Role of Judicial Activism in the Implementation and Promotion of Constitutional Laws and Influence of Judicial Overactivism”, Journal of Humanities and Social Science, C. 19, S. 2, 2014, 20-25.

MACOVEI, M.: Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights, Council of Europe. Human Rights Handbooks, No. 2, 2001, Web: <https://rm.coe.int/168007ff48> adresinden 01.06.2019’de alınmıştır.

MARMOR, Andrei: Interpretation and Legal Theory, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

METİN, Yüksel: “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, 89-130.

ÖZBEY, Özcan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2008.

PASQUALE, Pasquino: “Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, Ratio Juris, C.11, S.1, 1998, s. 38-50.

SWEET, Alec Stone: “The Juridical *Coup d’État* and the Problem of Authority”, German Law Journal, C. 8, S. 10, 2007, s. 915-928.

TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKTAR, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

ÜNAL, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu, Ankara 2001.

WALDRON, Jeremy: “Judicial Review and Conditions of Democracy”, The Journal of Political Philosophy, C. 6, S. 4, 1998.

WHITTINGTON, Keith E., “Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review”, Oxford University Press and New York University School of Law, International Journal of Constitutional Law, I. CON, C. 1, S. 3, 2003, 446-474.

Anayasa Mahkemesi Kararları: Bireysel Başvurular

Ahmet Hüsrev Altan, B.N. 2016/23668, K.T. 26.6.2019-30813.

Bekir Coşkun, B.N. 2014/12151, K.T. 04.06.2015.

Emin Aydın, B.N. 2013/2602, K.T. 23.01.2014

Erdem Gül ve Can Dündar, B.N. 2015/18567, K.T. 25.02.2016

Ergün Poyraz (2), B.N. 2013/8503, K.T. 27.10.2015.

Fatih Taş, B.N. 2013/1461, K.T. 12.11.2014.

Gülser Yıldırım (2), B.N. 2016/40170, 16.11.2017.

Halas Aslan, B.N. 2014/4994, K.T. 16.02.2017

İlhan Cihaner (2), B.N. 2013/5574, K.T. 30.06.2014

Mehmet Ali Aydın, B.N. 2013/9343, K.T. 04.06.2015

Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B.N. 2016/23672, K.T. 11.01.2018.

Mustafa Baldır, B.N. 2016/29354, K.T. 04.04.2018.

Nihat Özdemir, B.N. 2013/1997, K.T. 08.04.2015.

Nilgün Halloran, B.N. 2012/1184, K.T. 16.07.2014

Şahin Alpay, B.N. 2016/16092, K.T. 11.01.2018.

Tansel Çölařan, B.N. 2014/6128, K.T. 07.07.2015.

Turhan Günay [GK], B.N. 2016/50972, K.T. 11.01.2018.

Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B.N. 2014/3986, K.T. 02.04.2014.

Anayasa Mahkemesi Kararları: Norm Denetimi Kararları

E. 2012/103, K. 2013/105, K.T. 03.10.2013

E. 2015/15, K. 2015/118, K.T. 23.12.2015.

AİHM Kararları

Buzadji/Moldova App. No. 23755/07, 05.07.2016.

ChauvyandOthers / France, App. No. 64915/01, 29.06.2004.

Dink/Türkiye, App. No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09,
14.09.2010.

Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, App. No. 12244/86, 30.08.1990

Giniewski / France, App. No. 64016/00, 31.01.2006.

İ.A./Türkiye, App. No. 42571/98, 13.09.2005.

Jecius/Litvanya, App. No. 34578/97, 31.07.2000

Kokkinakis/Yunanistan, App. No. 14307/88, 25.05.1993.

Mehmet Hasan Altan / Türkiye, App. No. 13237/17, 20.03.2018.

O'Hara/Birleşik Krallık, App. No. 37555/97, 16.10.2001.

Reznik/Rusya, App. No. 4977/05, 04.04.2013

Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918.

Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918.

Şahin Alpay / Türkiye, App. No. 16538/17, 20.03.2018.

Unifaun Theatre Productions Limited and Others / Malta, App. No. 37326/13,
15.05.2018.

Wloch/Polonya, App. No. 27785/95, 19.10.2000.

**BİR MODERN DEVLET VE EGEMENLİK MİTİ:
WESTPHALIA BARIŞI**

A Myth of Modern State and Sovereignty: Peace Of Westphalia

Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*
Özgem Tuğçe GÜMÜŞ BOYACI*

ÖZET

Orta Avrupa’da Katolikler ve Protestanlar arasında din temelli olarak başlayıp uzun yıllar devam eden ve bu coğrafyada büyük bir yıkıma neden olan Otuz Yıl Savaşları 1648 yılında Westphalia Barışı ile sona ermiştir. Daha sonra kendisine özel bir anlam yüklenen bu barış, modern devletlerin ortaya çıkışı ve egemen devletlerin eşitliği ilkesine dayanan yeni bir uluslararası düzenin kuruluşuyla ilişkilendirilmiştir. Büyük oranda kabul gören bu yaklaşım son yıllarda “mit” olarak değerlendirilerek tartışılmaya başlanmıştır. Fransa, İsveç ve Kutsal Roma İmparatorluğu arasında yapılan bir barışa böyle bir anlamın yüklenmesinin yanıltıcı olduğu, bunun antlaşma metinleri tarafından doğrulanmadığı, tarihsel gerçeklerle örtüşmediği ve modern devletin ortaya çıkışını bir “an”a indirgeyerek, uzun bir “sürecin” ürünü olduğu gerçeğini görmezden geldiği ileri sürülmüştür.

* Doç.Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-mail Adresi: yasar.salihpasaoglu@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3370-9951.

* Arş.Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-mail Adresi: ozgem.gumus@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3490-5513.

Makale Geliş Tarihi:18.03.2020

Makale Kabul Tarihi:10.04.2020

Anahtar Kelimeler: Protestan Reformu, Otuz Yıl Savaşları, Westphalia Barışı, Egemenlik, Modern Devlet.

ABSTRACT

The Thirty Years War, which began on a religious basis between Roman Catholics and Protestants in central Europe, lasted for many years and caused major devastation in this geography, ended with the Peace of Westphalia in 1648. This peace, which was later given a particular significance, was associated with the emergence of modern states and the establishment of a new international order based on the principle of equality of sovereign states. This approach, which has been substantially acknowledged, has been discussed as a “myth” in recent years. It has been argued that to attribute of such a meaning on a peace between France, Sweden and the Holy Roman Empire is misleading, that is not confirmed by treaty texts, does not correspond to historical facts and that by reducing the emergence of the modern state to a “moment”, it ignores the fact that it is the product of a long “process”.

Keywords: Protestant Reformation, Thirty Years War, Peace of Westphalia, Sovereignty, Modern State.

GİRİŞ

Orta Avrupa’da Katolikler ile Protestanlar arasında din temelli bir gerilim olarak başlayan ve tarihin en karmaşık çatışmalarından birine dönüşen “Otuz Yıl Savaşları”, uzun müzakereler sonucunda, 1648 yılında imzalanan “Westphalia Barışı” adı verilen bir dizi antlaşma ile sona ermiştir. Onlarca yıl süren ve Avrupa’yı kan gölüne çeviren savaşları bitirmek amacıyla yapılan bu barışa daha sonra özel bir anlam yüklenmiş ve söz konusu barış modern devletlerin ortaya çıkışı ve yeni bir uluslararası düzenin kuruluşuyla ilişkilendirilmiştir. Her biri kendi toprakları üzerinde egemen, herhangi bir otoriteden bağımsız ve birbirine eşit çok sayıda devletin bir arada bulunduğu bu düzenin II. Dünya Savaşı’nın sona erdiği 1945 yılına kadar yaklaşık üç yüz yıl geçerli olduğu iddia edilmiştir.

Kamu hukuku, siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler alanında çalışan araştırmacılar tarafından büyük oranda kabul edilen bu yaklaşım son yıllarda yine aynı alanda çalışan başka araştırmacılar tarafından gelen itirazlarla tartışılmaya başlanmıştır. Westphalia Barışı’na böyle bir anlamın yüklenmesinin yanıltıcı

olduğu, antlaşma metinleri tarafından doğrulanmadığı, tarihsel gerçeklerle örtüşmediği ve modern devletin ortaya çıkışını bir “an”a indirgeyerek, uzun bir “sürecin” ürünü olduğu gerçeğini görmezden geldiği ileri sürülmüştür.

Biz bu tartışmaya Otuz Yıl Savaşları’nı sona erdiren Westphalia Barışı’nı oluşturan Münster ve Osnabrück Antlaşmaları’nın metinlerine daha yakından bakarak katılacağız. Bununla birlikte Westphalia öncesi koşullar ve yaşananlar görmezden gelinerek yapılacak her değerlendirme eksik olacağından Avrupa’yı kan gölüne çeviren Otuz Yıl Savaşları’nın nedenlerini ve gelişim sürecini de konumuzla ilgili olduğu oranda inceleyeceğiz. Yine Westphalia Barışı’nın “eski dünya”dan “yeni dünya”ya geçişi ifade eden “bir dönüm noktası” olduğu yönündeki yerleşik görüşün, daha sonra yaşanan gelişmelerle desteklenip desteklenmediğini, modern devlet ve egemen devletlerin eşitliğine dayanan uluslararası ilişkiler sistemi ile Westphalia Barışı arasında bir nedensellik ilişkisinin olup olmadığını ortaya koymaya çalışacağız.

I. WESTPHALIA’YA GİDEN YOL: PROTESTAN REFORMU VE DİN SAVAŞLARI

A) Katolik Kilisesi’nin Birliğini Sona Erdiren Ayrışma: Protestan Reformu

Avrupa tarihinde, XV. yüzyılın sonu ile XVII. yüzyılın başı arasında geçen dönemin özel bir önemi vardır. Ulusal ve uluslararası ticaretin gelişmesi, belli başlı kentlerin para ekonomisinin merkezleri haline dönüşmesi, bu durumu güvence altına alabilecek güçlü merkezi iktidarlara ihtiyaç duyulması, Eski Yunan ve Roma kültürünün yeniden canlandırılması ve hümanist dünya görüşü ile karakterize edilen Rönesans hareketinin ortaya çıkması, baruttan yararlanarak etkili silahların yapılması, bilginin kayıt altına alınmasını ve bilgi kaynaklarının kısa sürede çok fazla kopyalanmasını sağlayan matbaanın yaygınlaşması, denizcilerin yolunu açan ve coğrafi keşifleri kolaylaştıran pusulanın kullanılmaya başlanması bu döneme ilişkin önemli gelişmelerdir.¹

Ekonomik, siyasi, sanatsal, düşünsel ve bilimsel alanda yaşanan söz konusu gelişmeler, dini ve onun kurumsal temsilcisi olan Katolik Kilisesi’ni de-

¹ TANİLLİ, Server: Uygarlık Tarihi, 29. Baskı, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2013, s.69-85; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.125.

rinden etkilemiştir. Bu süreçte muhafazakâr doğası gereği gelişmelere ayak uyduramayan ve direnen Katolik Kilisesi hedef hâline gelmiştir. Nitekim Almanya’da Martin Luther (1483-1546), Fransa’da Jean Calvin (1509-1564) ve İsviçre’de Huldrych Zwingli (1484-1531) gibi dinde reformu savunan teologlar bu hedefe saldırarak Katolik dünyanın birliğine son veren bir hareketin öncüsü olmuşlardır.²

İlk önemli saldırı, 31 Ekim 1517 tarihinde, Wittenberg Kalesi Kilisesi’nin kapısına, “Endüljansın Gücü ve Etkisi Üzerine Tartışma” başlığını taşıyan ve doksan beş maddeden oluşan bir metin çivileyen Martin Luther’dan gelmiştir.³ Doğrudan Papalığa saldırmayan Luther’in bu metinde itiraz ettiği en önemli husus Kilise tarafından “endüljans (indulgences)”⁴ satılmasına yöneliktir. Latince olarak yazılan doksan beş maddelik bu metin, daha sonra Almancaya çevrilmiş ve Luther tarafından Tanrı’nın bir lütfü olarak görülen matbaa aracılığı ile çoğaltılarak İmparatorluğun her tarafına dağıtılmıştır.⁵ Bu olaydan sonra, 15 Haziran 1520 tarihinde, Papa X. Leo tarafından alınan ve metnin ilk iki sözcüğünden hareketle “Exsurge Domine” adı verilen bir kararla, Luther’in yazılarının yasaklandığı ve kendisinin “afroz” edileceği bildirilmiştir.⁶ Bu kararın nüshasını halkın içinde yakan Luther⁷, afroz tehdidine rağmen geri adım atmamış “Alman Ulusunun Hıristiyan Soylularına”, “Hıristiyan Kişinin Özgürlü-

² TANNENBAUM, Donald G./SCHULTZ, David: Siyasi Düşünceler Tarihi, Çev. Fatih Demirci, 7. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2011, s.193; TANİLLİ, Server s.86; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: s.125.

³ LINDER, Robert Dean: The Reformation Era, Greenwood Press, Westport, 2008, s.23; ELIADE, Mircea: Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi, C. III, Muhammed’den Reform Çağına, Çev. Ali Berktaş, Üçüncü Baskı, Kabalcı, İstanbul, 2013, s.268; KÜÇÜK, Abdurrahman/TÜMER, Günay/KÜÇÜK, Mehmet Alparslan: Dinler Tarihi, 3. Baskı, Berikan Yayınevi, Ankara, 2011, s.417; TANNENBAUM, Donald G.-SCHULTZ, David: s.194.

⁴ Endüljans (Indulgences); Kilisenin, günahların dünyevi cezasını para karşılığında affetmesidir. Bkz. BOWDEN, John. & RICHARDSON, Alan (Ed.): The Westminster Dictionary of Christian Theology, Westminster Press, Philadelphia, 1983, s.295-297; ELIADE, Mircea: s.268.

⁵ GONZÁLEZ, Justo L.: A History of Christian Thought: From the Protestant Reformation to the Twentieth Century, Volume:III, Revised Edition, Abingdon Press, Nashville, 1987, s.36; LINDER, Robert Dean: s.23-24; KÜÇÜK, Abdurrahman/TÜMER, Günay/KÜÇÜK, Mehmet Alparslan: s.417.

⁶ BAINTON, Ronald H.: Here I Stand: A Life of Martin Luther, Hendrickson, Massachusetts, 1950, s.138.

⁷ BAINTON, Ronald H.:s.158.

ğü Üzerine” ve “Kilisenin Babil Esareti Üzerine” isimli eserleriyle Katolik Kilisesi’ne yönelik saldırılarını sürdürmüştür.⁸

Dinde reform taleplerini bir milli kilise programı için fırsat olarak gören ve bu nedenle de söz konusu harekete sempati duyan birçok imparatorluk ileri geleni, dönemin imparatoru V. Charles’tan Luther’in İmparatorluk Meclisi’nde (Diet of Worms) dinlenmesini talep etmiştir. Söz konusu talebi uygun gören İmparator, Luther’i dinledikten sonra, onu “sapkın” olarak nitelendirmiş ve tüm kitaplarının bulunup yakılmasını emretmiştir.⁹ V. Charles’ın çelişki gibi görülen bu davranışının nedeni, kendisini Hıristiyanlığın dünyevi lideri olarak görmesi ve dine (Katolikliğe) yönelik saldırıların ortadan kaldırılmasının kendi görev alanına girdiğini düşünmesidir.¹⁰ Nitekim 19 Nisan 1521 tarihinde yaptığı bir konuşmada bu durumu açıkça dile getirmiştir:

“...Biliyorsunuz ki, soyum ölümlerine kadar Kutsal Roma Kilisesi’nin sadık çocukları olan asil Alman ırkının en Hıristiyan imparatorlarına, Katolik İspanya krallarına, Avusturya arşidüklerine... dayanmaktadır. Onlar daima Katolik inancını, onun kutsal ayinlerini... savunmuşlardır. Atalarımın ve benim şimdiye kadar sürdürdüğümüz her şeyi bundan sonra da Tanrı’nın yardımıyla sürdüreceğim...”¹¹

Papanın ve İmparatorun Lütercilere yönelik bu dışlayıcı tavrı kısa sürede tabana doğru yayılmaya başlamış ve gün geçtikçe sayıları artan ve dinde reformu savunan bu harekete karşı, 1525 yılında, “Dessau İttifakı (League of Dessau)” adı verilen bir birlik oluşturulmuştur. Kendilerini ve inançlarını savunmak isteyen Protestanlar da söz konusu girişime, 1526 yılında kurdukları “Torgau İttifakı (League of Torgau)” ile karşılık vermiştir.¹² Bu ittifaklarla iki kampa ayrılan Avrupa’da gelecekte yaşanacak çatışmalar için uygun bir zemin oluşmuştur. Söz konusu gidişatı gören dönemin ünlü Hümanistlerinden Erasmus,

⁸ ELIADE, Mircea: s.268; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: s. 126.

⁹ NEXON, Daniel H.: The Struggle for Power in Early Modern Europe: Religious Conflict, Dynastic Empires, And International Change, Princeton University Press, New Jersey, 2009, s. 152.

¹⁰ YILDIZ, Yusuf: Osmanlı-Habsburg İlişkileri, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2013, s. 114.

¹¹ Bkz. COWANS, Jon (Ed.): Early Modern Spain: A Documentary History, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2003, s. 49; YILDIZ, Yusuf: s. 114.

¹² OWEN IV, John, M.: The Clash of Ideas in World Politics: Transnational Networks, States, and Regime Change, 1510-2010, Princeton University Press, New Jersey, 2010, s.94.

bunu durdurmak ve Hıristiyan barışını korumak adına Luther'e birçok mektup yazmış ve onun uzlaşmaz tavrını eleştirmiştir. Luther bu eleştirilere verdiği cevapla bir yerde Erasmus'un öngörüsünü onaylamış, ancak ne pahasına olursa olsun mücadelesinin barış da dahil her şeyden önemli olduğunu ve bundan asla vazgeçmeyeceğini ortaya koymuştur:

“Siz insanlığın barış ve huzurunun inançtan, vicdandan, kurtuluşan, Mesih'in şanından, Tanrı'nın sözünden ve Tanrı'nın bizzat kendisinden daha önemli olduğunu söylüyorsunuz. Ben de sana şunu söylüyorum: Ben o denli ciddi, yaşamsal ve ebedi bir gerçeklikle ilgileniyorum ki, bunun yaşam pahasına, tüm dünya kargaşa ve savaş içine girmekle kalmayıp, bu savaşta paramparça olup yok edilse bile, sürdürülüp savunulması gerekir...”¹³

Yaşananları durdurmak ve birliğini korumak isteyen Kilise, biri 1526 diğeri 1529 yıllarında olmak üzere Speyer şehrinde iki toplantı düzenlemiştir. İkinci toplantı Luther taraftarlarınca protesto edildiği için, bu tarihten sonra söz konusu hareketin mensupları, “protesto edenler, itiraz edenler” anlamına gelen “Protestanlar (Protestants)” olarak adlandırılmıştır.¹⁴ Luther tarafından başlatılan ve dinde reformu savunan bu hareket, önce İsviçre'de Zwingli, sonra Fransa'da Calvin ve nihayet diğer ülkelerde başka reformistlerce sürdürülerek Avrupa'da hızlı bir biçimde yayılmış¹⁵ ve Hıristiyan dünyasını, 1054'de yaşanan “Doğu Kilisesi (Ortodoksluk)” ve “Batı Kilisesi (Katoliklik)” ayrılığından sonra, bir başka ayrılıkla daha karşı karşıya bırakmıştır.

B) Protestanlığın Yayılması ve Din Savaşları

XV. yüzyılın ortalarında en zayıf dönemini yaşayan Kutsal Roma İmparatorluğu¹⁶, XVI. yüzyılın başında, V. Charles (1519-1556) döneminde, hane-

¹³ ERASMUS, Desiderius/LUTHER, Martin: Discourse on Free Will, Translated and Edited by Ernst F. Winter, Bloomsbury, London, 2013, s.113.

¹⁴ ESTEP, William R.: Renaissance and Reformation, William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 1986, s.149; FORELL, George Wolfgang: The Protestant Fair, Fortress Press, Philadelphia, 1975, s. 15.

¹⁵ Bkz. ELIADE, Mircea: s.274 vd.; KÜÇÜK, Abdurrahman/TÜMER, Günay/KÜÇÜK, Mehmet Alparslan: s.418; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: s.129.

¹⁶ Tarih sahnesinden silinen Batı Roma İmparatorluğu'nun mirasçısı olduğuna inanılan Kutsal Roma İmparatorluğu, XV. yüzyılın ortalarında en zayıf dönemini yaşamıştır. Bu dönemde güç; ordusu, parası, finans ya da yargı sistemi bulunmayan İmparator'da değil, Saksonya Dükü, Bavyera Dükü, Hesse prensi gibi çeşitli unvanlara sahip bölgesel prenslerdeydi. Aynı

danlıklar arası evlilikler ve zamansız ölümlerle birlikte yeniden yükselişe geçmiş ve geniş topraklara sahip, çok uluslu bir niteliğe kavuşmuştu. İmparator, Kral, Arşidük ve Dük gibi unvanlarla bugün Almanya olarak bilinen bölge de dahil, Avusturya, İspanya ve İtalya'nın bir kısmı Habsburg Hanedanlığı tarafından kontrol altına alınmıştı. 1526 yılında, Osmanlı İmparatorluğu ile Macar Krallığı arasında yapılan Mohaç Savaşı'nda II. Louis'in öldürülmesinden sonra Macar toprakları ile Bohemya da İmparatorluğa katılmıştı. Tüm bu güçleri ve kaynakları Kutsal Roma İmparatorluğu altında bir araya getirmek isteyen V. Charles önemli bir sorun ile karşı karşıya kalmıştı. Protestan Reformu Luther tarafından başlatılmış ve V. Charles'ın idealine direnmek için iyi bir araç olarak görülen bu yeni mezhep birçok Alman prens tarafından kabul edilmişti.¹⁷

İncil'den çıkarılacak ilkelerden hareketle yeni bir kilise kurmak isteyen Luther taraftarlarının sayısının artması, Kutsal Roma imparatorlarını, Katolik Kilisesi'ni ve Katolik prensleri kaygılandırmaya başlamıştı. Kiliseyi parçalayan, kendilerini sapkınlıkla suçlayan ve alaşağı etmek için fırsat kollayan bu yeni hareketin başarı kazanarak yaygınlaşması İmparatorluk için en büyük tehlike olarak görülmüştü. Karşılıklı düşmanlık ve güvensizlik Avrupa'yı patlamaya hazır bir bomba hâline getirmişti. Buna ülke içindeki siyasi hesaplar ve dış müdahaleler de eklenince, bombanın fitili ateşlenmiş, Erasmus'un öngörüsü gerçekleşmiş ve daha sonra tüm Avrupa'ya yayılacak olan din savaşlarının ilk devresi başlamıştı.¹⁸

Bir Katolik olan Fransa Kralı I. François tarafından da siyasi nedenlerle desteklenen Protestan prensler ile Katolik Kutsal Roma İmparatoru arasındaki bu savaş, 1555 yılında, her iki mezhebin birbirinin varlığını kabul ettiği "hemfikir olmama üzerinde bir anlaşma (an agreement to disagree)" niteliğindeki¹⁹

zamanda yöneticileri piskopos olan kiliseye ait geniş bir coğrafya söz konusuydu. Buna ek olarak Augsburg, Frankfurt ve Nuremberg gibi teoride İmparatorluğa bağlı, ama pratikte bağımsız hareket eden yaklaşık 150 şehir vardı. Ayrıca XIV. yüzyıldan itibaren üçü ruhani (Cologne, Mainz, Trier Başpiskoposları), dördü dünyevi (Bohemia Kralı, Palatine Kontu, Saxony Dükü, Branderburg Beyi) toplam yedi önemli bölge yöneticisi tarafından İmparatorun seçilmesi ilkesi benimsenmişti. KONNERT, Mark: *Early Modern Europe: The Ages of Religious War, 1559-1715*, University of Toronto Press, Toronto, 2008, s.145.

¹⁷ KONNERT, Mark: s.146.

¹⁸ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: s.130.

¹⁹ FULBROOK, Mary: *A Concise History of Germany, Second Edition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s.46.

“Augsburg Barışı” ile sonuçlanmıştı.²⁰ Çözüm olarak “cuius regio, eius religio (kimin bölgesi, onun dini)” formülasyonunu sunan pragmatik nitelikteki bu barış ile her bölgenin dinini belirleme yetkisi o bölgenin prensine bırakılmıştı.²¹ Başka bir ifadeyle, prens tarafından yapılacak bir tercihe bağlı olarak her bölgede Katoliklik ve Lütercilikten sadece birinin yasal inanç olarak kabul edileceği; bu tercihten memnun olmayanların, eşyalarını da yanına alıp başka bir bölgeye göç edebilecekleri hükme bağlanmıştı.²²

Augsburg Barışı’ndan sonra, sırasıyla I. Ferdinand (1556-1564) ve II. Maximilian (1564-1576) Kutsal Roma İmparatoru olarak seçilmişti. Başlıca kaygıları Katolikliği korumak değil, Fransa ve Osmanlı İmparatorluğu’na karşı güvenliği sağlamak olan bu imparatorlar, hükmettikleri coğrafyaya yayılan yeni mezhebe mensup köylü, burjuva ve prenslerle işbirliğine ihtiyaç duymuşlardı.²³ Nitekim bu işbirliğini sağlamak için Lütercilere birçok siyasi ve dini özgürlük tanımışlardı. Maximilian’dan sonra Kutsal Roma İmparatoru olan II. Rudolph’un, Bohemya topraklarında yaşayan Protestanlara ibadet özgürlüğü ve kiliselerini kurma hakkı bahsettiğini ifade eden, daha sonra “Majestelerinin Mektubu (The Letter of Majesty)” adı verilen 1609 tarihli belge Lütercilerin hareket alanını daha da genişletmişti.²⁴ Bu fırsatı iyi kullanan Lüterciler birçok yerde kilise ve eğitim kurumları inşa etmiş, inançlarını Danimarka, Norveç ve İsveç de dahil çok geniş bir coğrafyaya yaymıştı.²⁵ Aynı şekilde söz konusu süreçte bir Protestan hareket olarak Kalvencilik de güç kazanmıştı. Başta Seçici Prenslüklerden olan Palatine olmak üzere birçok Alman prensi Augsburg Barışı’na aykırı da olsa Kalvenciligi benimsemişti.²⁶

²⁰ SANDER, Oral: Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918’e, 15. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2006, s.86-87.

²¹ ÖKTEM, Akif Emre: Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte, Ankara, 2002, s.37; KONNERT, Mark: s.146; FULBROOK, Mary: s.46.

²² FORSTER, Greg: The Contested Public Square: The Crisis of Christianity and Politics, IVP Academic, Illinois, 2008, s. 138; HILLERBRAND, Hans J.: A New History of Christianity, Abingdon Press, Nashville, 2012, s.166; FULBROOK, Mary: s.46.

²³ KONNERT, Mark: s.146.

²⁴ BONNEY, Richard: The Thirty Years’ War 1618-1648, Osprey, Oxford, 2002, s.12; BIRELEY, Robert: The Jesuits and the Thirty Years War: Kings, Courts, and Confessors, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s.1-2; GAGLIARDO, John G.: Germany under the Old Regime 1600-1790, Routledge, New York, 2013, s.28.

²⁵ ALCOCK, Antony: A Short History of Europe, From the Greeks and Romans to the Present Day, Revised and Updated Edition, Palgrave Macmillan, New York, 2002, s.127.

²⁶ KONNERT, Mark: s.151.

Katolik Kutsal Roma İmparatoru'nun hükmettiği coğrafyada Protestanlığın bu kadar yaygınlaşması barışın temelden sarsılmasına neden olmuştu. Nitekim XVII. yüzyılın başlarında Protestanların dini ve siyasi özgürlüklerine müdahaleler baş göstermişti. İmparatorluk otoriteleri Protestan kiliselerini yıkmaya, iyi tanınan bazı Protestanları tutuklamaya, basılı malzemelerine sansür uygulamaya ve devlet yönetimindeki önemli pozisyonlara Katolikleri atamaya başlamışlardı.²⁷ Bu duruma daha fazla dayanamayan Lüterciler ve Augsburg Barışı'nda görmezden gelinen fakat gün geçtikçe sayıları artan Kalvenciler ayaklanmış ve nihayet hükmettiği coğrafyada Protestan eşitliğini kabul etme niyetinde olmayan II. Ferdinand'ın iki temsilcisinin, Protestan haklarını korumak üzere oluşturulan bir grup tarafından, 23 Mayıs 1618 tarihinde, günümüzde Çekya sınırlarında kalan, o dönemde ise Kutsal Roma İmparatorluğu'nun bir parçası olan Bohemya'daki bir kalenin penceresinden aşağı atılmasıyla (Defenestrations of Prague) dinler savaşının ikinci devresi olarak kabul edilen "Otuz Yıl Savaşları" başlamıştı.²⁸

Orta Avrupa'da Katolikler ile Protestanlar arasında din temelli bir çatışma olarak başlayan ve adını süresinden alan Otuz Yıl Savaşları, tarihin en karmaşık çatışmalarındandır. Bunun sebeplerinden biri, savaşın çok uzun sürmesi, savaşa dahil olan siyasal birimlerin çokluğu ve karmaşık motivasyonlarıdır. Bu nedenle, amaçlardan hareket edilerek tarafların basitçe iki kampa indirgenmesi mümkün değildir. En yakın müttefikler bile zaman zaman kendi bağımsız politikalarını takip etmiş ve dostlarını hesaba katmaksızın kendi menfaatlerinin peşinden koşmuştur. Bir diğer sebep bölgede yaşanan birçok savaş ve çatışmanın bu savaşla birleşmesi, değişen dinamikler ve siyasetin düzensiz karakteridir. Bazı tarafların savaşa katılıp bir süre savaştıktan sonra geri çekilip tarafsız kalması, bazı tarafların gelişmelere bağlı olarak bir kamptan diğerine geçmesi, bazı tarafların bir bölgede dost iken bir başka bölgede düşman olması, doğrudan savaşa katılmayan bir devletin taraflardan birine para, asker, levazım ve üs desteği sağlaması değişen dinamiklerin ve siyasetin düzensiz karakterinin göstergesidir.²⁹

²⁷ HARMAN, Chris: *Halkların Dünya Tarihi: Taş Çağından Yeni Binyıla*, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, Yordam Kitap, 5. Basım, İstanbul, 2016, s.200; KONNERT, Mark: s.146.

²⁸ BONNEY, Richard: s.13; WILSON, Peter H.: "The Causes of the Thirty Years War 1616-48", *English Historical Review*, Vol. CXXIII, No.502, June 2008, s.560; HARMAN, Chris: s.200.

²⁹ GUTHRIE, William P.: *The Later Thirty Years War, From the Battle Wittstock to the Treaty of Westphalia*, Greenwood Press, Westport, 2003, s.5-6.

Savaşın değişen dinamikleri bir yana, değişmeyen tek şey yarattığı tahribat ve ödenen bedeller olmuştur.³⁰ Sekiz milyondan fazla insanın öldüğü, en az yüz milyon insanın göç etmek zorunda kaldığı,³¹ Danimarka, İsveç, Hollanda, Fransa ve İspanya gibi ülkelerin de müdahil olduğu, 1618-1648 yılları arasında devam eden ve Otuz Yıl Savaşları olarak bilinen bu çatışmalar³² bir dizi anlaşmadan oluşan “Westphalia Barışı” ile sona ermiştir.

II. WESTPHALIA BARIŞI

Uzun süren hazırlıklardan sonra, Hıristiyanlar arasında yaşanan savaşı bitirmek üzere “Westphalia Kongresi” toplanmıştır. Teologlar, filozoflar ve diplomatlardan oluşan çok sayıda delegenin katılımıyla açılışı yapılan Avrupalı güçlerin bu kapsamdaki ilk barış kongresi, uzun müzakereler sonucunda, 1648 yılında imzalanan üç farklı anlaşma ile sona ermiştir.³³ Bu anlaşmalardan “Münster Barışı (Peace of Münster)” İspanya ile Hollanda, “Münster Antlaşması (The Treaty of Münster)”³⁴ Kutsal Roma İmparatorluğu ile Fransa (ve müttefikleri), “Osnabrück Antlaşması (The Treaty of Osnabrück)”³⁵ ise Kutsal Roma İmparatorluğu ile İsveç (ve müttefikleri) arasında imzalanmıştır.³⁶ Her ne kadar savaşı sona erdiren barış üç antlaşmayla sağlansa da Westphalia Barışı ile kastedilen, Kutsal Roma İmparatorluğu’nun taraf olduğu, Münster ve Osnabrück Antlaşmalarıdır. Aralarında yaklaşık elli kilometre mesafe olan iki ayrı şehirde benzer maddeler içeren iki antlaşmanın imzalanmasının sebebi, İsveç ile Fransa’nın bir araya gelmek istememesi olmuştur.³⁷ İmparator ve müttefiklerinin temsilcileri her iki yerde de bulunduğu halde, İsveç yalnızca Protestan bir çoğunluğun bulunduğu Osnabrück’te, Fransa ise yalnızca Katolik niteliği ile öne

³⁰ HARMAN, Chris: s.204; BONNEY, Richard: s.7.

³¹ WILSON, Peter H.: s.554.

³² SANDER, Oral: s.99-100.

³³ CHRISTENSON, Gordon A.: "Liberty of the Exercise of Religion in the Peace of Westphalia", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol.21, Winter 2013, s.737; WELCH, Ellen R.: *A Theater of Diplomacy: International Relations and the Performing Arts in Early Modern France*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2017, s. 107 vd.

³⁴ *Instrumentum Pacis Monasteriense (IPM)*

³⁵ *Instrumentum Pacis Osnabrugense (IPO)*

³⁶ OSIANDER, Andreas: "Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth", *International Organization*, Vol.55, No. 2, s. 266; GANTET, Claire: "L'institutionnalisation d'une négociation. La ritualisation de la paix de Westphalie (1648)", *Hypothèses*, Vol. 4, No. 1, 2001, s.182, 183.

³⁷ MOITA, Luis: "A Critical Review on the Consensus Around the 'Westphalian system'", *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 3, No. 2, fall 2012, s.23.

çıkan Münster'de imza atmıştır³⁸. Müzakerelere 16 Avrupa devleti, 140 İmparatorluk devleti, 38 prenslik ve 150 daimi elçi katılmasına rağmen, antlaşmalarda öne çıkan taraflar Kutsal Roma İmparatorluğu, Fransa ve İsveç olmuştur.³⁹

Westphalia Barış antlaşmaları hükümlerinin büyük bölümü İmparatorun seçimine, İmparatorluğun kurumlarında temsile, veraset meselelerine, maddi zararların karşılanmasına, tazminatlara ve sınır değişikliklerine ilişkindir.⁴⁰ Savaşların doğal sonucu kendini göstermiş, galip gelenler siyasal avantajların yanında, toprak ve tazminat kazanırken, mağlup olanlar sahip oldukları siyasal avantajlarla birlikte toprak kaybetmiş ve tazminat ödemek zorunda kalmıştır. İsveç büyük oranda Baltık'ın kontrolünü ele geçirmiş, Fransa birçok piskoposluğu, şehri, kaleyi ve bölgeyi alarak Batı'nın önemli gücü haline gelmiş, Hollanda ve İsviçre bağımsızlığına kavuşmuştur.⁴¹ Yine Westphalia Barışı ile Almanya topraklarında Katoliklik, Protestanlık ve Kalvencilik geçerli dinler olmuş, 1555 Augsburg Barışı ile kabul edilen "kimin bölgesi onun dini" ilkesi, bazı toleranslar eşliğinde onaylanmıştır.⁴² Bununla birlikte Westphalia Barışı'nı önemli kılan sonuçlar bunlardan ibaret değildir. Otuz Yıl Savaşları'nı sona erdiren söz konusu barışın seküler karakterde olduğu, bu tarihten sonra dinin uluslararası ilişkilerde temel itici güç niteliğini kaybettiği, bunun doğal sonucu olarak da Papalık ve Kutsal Roma İmparatorluğu gibi meşruiyetini dinden alan devlet üstü otoritelerin etkisinin yok olduğu, yaklaşık üç yüzyıl süren, egemen devletlerin eşitliği ilkesine dayanan ve "Westphalia Modeli" olarak adlandırılan yeni bir düzene geçildiği ileri sürülmüştür.⁴³ Ancak savaş süreci, savaşı sona erdiren

³⁸ GANTET, Claire: s.182.

³⁹ Bkz. GANTET, Claire: s.182, 183.

⁴⁰ Bkz. IPO, IV, X, XI, XII, XIII, XIV; IPM, § 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89.

⁴¹ MOITA, Luis: s.24.

⁴² Bkz. KRASNER, Stephen D.: *Power, the State, and Sovereignty*, Routledge, New York, 2009, s.15-16; THIO, Li-ann: *Managing Babel: The International Legal Protection of Minorities in the Twentieth Century*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, s.21; LEE, Stephen J.: *Aspects of European History 1494-1789*, Routledge, London, s. 91 vd; MILTON, Patrick/AXWORTHY, Michael/SIMMS, Brendan: *Towards A Westphalia for the Middle East*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s.73-74.

⁴³ Bkz. GROSS, Leo: "The Peace of Westphalia, 1648-1948", *The American Journal of International Law*, Vol. 42, No. 1 (Jan., 1948), s.20, 28; NOWAK, Manfred: *Introduction to the International Human Rights Regime*, Brill Academic Publishers, Leiden, 2003, s. 35; TESCHKE, Benno: *1648 Söylencesi: Sımf, Jeopolitik ve Modern Uluslararası İlişkilerin Kuruluşu*, Çev. Bülent Şimşek, 1. Baskı, Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2017, s.20; WILSON, Peter H.: s. 554; MOITA, Luis: s.18, 24; CHRİSTENSON, Gordon A.: s.737; SANDER,

barış metinleri ve barış sonrası yaşananlar ile desteklenmeyen bu yerleşik yaklaşım ciddi bir tahlile ihtiyaç duyduğu gerekçesiyle son yıllarda tartışılmaya başlanmıştır.

A) Savaşın Dini Karakteri

Otuz Yıl Savaşları; siyasi, ekonomik ve başka seküler faktörlerin de şekillendirdiği kimilerine göre kutsal, kimilerine göre ise din temelli bir savaştır. Bu nitelendirmelerden hangisinin daha uygun olduğunu anlamak için öncelikle “kutsal savaş” ile “din savaşı” arasındaki ayrımı ortaya koymak gerekmektedir. Çok farklı tanımları olmakla birlikte⁴⁴, kutsal savaş, genel olarak, Tanrı'nın güç kullanma emrini ve bu emre uygun hareket edenlere zafere ulaşmak için yardım sözünü içeren bir inanca dayanmakla karakterize edilir.⁴⁵ Tevrat'ta ifade edilen “Magog diyarının lideri Gog” ile yapılacak savaş⁴⁶, Hıristiyan inancında önemli bir yer işgal eden “Armageddon”⁴⁷ ve İslam kültüründe var olan “Melhame-i

Oral: s.100, 101; UYGUN, Oktay: Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.571, 572.

⁴⁴ Kutsal savaşa ilişkin on farklı tanım için bkz. JOHNSON, James Turner: Holy War Idea in Western and Islamic Traditions, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2002, s.37 vd.

⁴⁵ WILSON, Peter H.: s. 575.

⁴⁶ “... 14. Bu yüzden, ey insanoğlu, peygamberlik et ve Gog'a de ki: Rab Yahve şöyle diyor: O gün halkım İsrail güvenlik içinde yaşarken bunu fark etmeyecek misin? 15. Sen ve seninle birlikte birçok ulustan oluşan tümü ata binmiş büyük bir kalabalık, güçlü bir ordu uzak kuzeyden geleceksiniz. 16. Ülkeyi kaplayan bir bulut gibi halkım İsrail'in üzerine yürüyeceksiniz. Gelecekte, ey Gog, seni ülkeme saldırtacağım. Öyle ki, ulusların gözü önünde kutsallığımı senin aracılığıyla gösterdiğim zaman beni tanıyabilsinler. 17. Rab Yahve şöyle diyor: Eski günlerde kullarım İsrail peygamberleri aracılığıyla hakkında konuştuğum kişi değil misin sen? O dönemde seni onlara saldırtacağıma ilişkin yıllarca peygamberlik ettiler. 18. Gog İsrail ülkesine saldırdığı gün öfkem alevlenecek. Rab Yahve böyle diyor. 19. Kıskançlığımla ve öfkemin şiddetiyle diyorum ki, o gün İsrail ülkesinde büyük bir yer sarsıntısı olacak. 20. Denizdeki balıklar, gökteki kuşlar, kırdaki hayvanlar, yerde sürünen bütün yaratıklar ve dünyadaki bütün insanlar önümde titreyecekler. Dağlar yerle bir edilecek, kayalıklar ufalanacak, her duvar çökecek. 21. Bütün dağlarımda Gog'a karşı kılıcı çağıracağım. Rab Yahve böyle diyor. Herkes birbirine kılıç çekecek. 22. Onu salgın hastalıkla, kanla cezalandıracağım; onun, ordusunun, ondan yana olan birçok ulusun üzerine sağanak yağmur, dolu, ateşli kükürt yağdıracağım. 23. Böylece büyüklüğümü, kutsallığımı gösterecek, birçok ulusun gözünde kendimi tanıttığım. O zaman benim RAB olduğumu anlayacaklar.” Tevrat, Hezekiel, 38: 14-23. (<https://kutsal-kitap.net/bible/tr/index.php?id=869&mc=1&sc=831>, Erişim 11.03.2020)

⁴⁷ İncil'de geçen Armageddon sözcüğü iyi ile kötü arasında yapılacak olan evrensel final savaşının yerine atıfta bulunmaktadır. Bkz. GOPIN, Mark: Between Eden and Armageddon: The Future of World Religions, Violence, and Peacemaking, Oxford University Press, Oxford, 2000, s.10. “... 16. Üç kötü ruh, kralları İbrance Armagedon denilen yere topladılar. 17. Yedinci melek tasını havaya boşalttı. Tapındaki tahttan yükselen gür bir ses, ‘Tamam!’ dedi.

Kübra⁴⁸ savaşı gibi Tanrı'nın düşmanlarının yok edileceğini ve azınlıkta olan müminlerin kurtuluşa ereceğini vadeden savaşlar⁴⁹, kutsal savaşların tipik örnekleridir. Tanrısal iradenin açığa çıkmasını sağlamaya yönelik bu tür çatışmalar Tanrı'nın doğrudan ya da dolaylı emri olarak algılanır.⁵⁰ Teorik olarak dünyayı inananlar ve inanmayanlar olmak üzere ikiye bölen kutsal savaşlar⁵¹, tam da bu nedenle kati bir nitelik kazanır ve dehşet verici sonuçlar ortaya çıkarır. Tanrı'nın iradesi gereği şiddet uyguladığını düşünen kutsal savaşçı, aklı ve ahlakı aşarak kolaylıkla intihar eyleminde bulunabilir ve gelişigüzel katliam yapabilir.⁵² Bazı yazarlar tarafından kutsal savaşın bir görünümü olarak nitelendirilen⁵³ din savaşları ise Tanrı, "savaşın" dediği için değil, bir inancın propaganda-sını yapmak, inançla uyumlu bir düzen oluşturmak, dinde uyumu sağlayıp "sapkınları" cezalandırmak için gerçekleştirilen savaşlar olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴ Dünyanın her yerinde karşımıza çıkan mezhep savaşları buna örnek olarak verilebilir.

Görüldüğü üzere kutsal savaş ile din savaşı arasında, savaşa katılanların ortak saik ve amaçları esas alınarak bir ayırım yapılmaktadır. Ancak bu ayırımın merkezinde yer alan savaşçıların, aynı savaşta, aynı saik ve amaçla hareket ettiğini ileri sürmek çoğu zaman yanıltıcı olabilmektedir. Çünkü bir kişi için kutsal savaş niteliği taşıyan bir çatışma, onunla aynı tarafta yer alan bir başkası için din savaşı ya da seküler nitelikte bir savaş olabilir.

Bu ayırım dikkate alındığında Hıristiyan dünyanın mezhep savaşları olarak karşımıza çıkan Otuz Yıl Savaşları'nın kutsal savaştan ziyade din savaşı

18. O anda şimşekler çaktı, uğultular, gök gürlemeleri işitildi. Öyle büyük bir deprem oldu ki, yeryüzünde insan oldu olalı bu kadar büyük bir deprem olmamıştı. 19. Büyük kent üçe bölündü. Ulusların kentleri yerle bir oldu. Tanrı büyük Babil'i anımsadı, ona ateşli gazabının şarabını içeren kâseyi verdi. 20. Bütün adalar ortadan kalktı, dağlar yok oldu. 21. İnsanların üzerine gökten tanesi yaklaşık kırk kilo ağırlığında iri dolu yağdı. Dolu belası öyle korkunçtu ki, insanlar bu yüzden Tanrı'ya küfrettiler. (<https://incil.info/kitap/rev/16>, Erişim 11.03.2020).

⁴⁸ Mehdi ve Deccal arasında yaşanacak savaş için bkz. (<https://islamansiklopedisi.org.tr/mehdi>, Erişim 11.03.2020).

⁴⁹ GOPIN, Mark: s.10.

⁵⁰ WILSON, Peter H.: s.575.

⁵¹ JOHNSON, James Turner: s.48.

⁵² STEFFEN, Lloyd: Holy War, Just War: Exploring the Moral Meaning of Religious Violence, Rowman & Littlefield Publishers, Plymouth, 2007, s.182, 183.

⁵³ JOHNSON, James Turner: s.38, 39.

⁵⁴ WILSON, Peter H.: s.575.

özelliği gösterdiği anlaşılmaktadır. Nitekim ilk çatışma, evrensel inancı ve bu inançta teklik/birlik idealini savunanlar ile inançta çoğulculuğun ve ülkeselliğin hayata geçirilmesini isteyenlerin mücadelesinden kaynaklanmıştır. Gerçekten de hem Avrupa’da hem de Kutsal Roma İmparatorluğu’nda siyasi çoğunluğu elinde bulunduran Katolikler, Orta Çağ’ın “tek Hıristiyanlık” anlayışına yapışarak Protestanların da bu doğru inanca katılmalarını istemişlerdi. Siyasi anlamda azınlıkta bulunan, ancak İmparatorluk kurumlarında sayısal olarak üstün olan ve Augsburg Barışı ile belli başlı hakları güvence altına alınan Protestanlar ise farklı saiklerle hareket etmişlerdi. Bazıları Augsburg Barışı ile sağlanan ortamı daha fazla kazanım elde etmek için bir zemin olarak görürken, diğerleri bu duruma, verilen her tavizi kötülüğün yaşaması olarak kabul eden Katoliklere karşı temel bir savunma nazarıyla bakmaktaydı. Bununla birlikte söz konusu farklı bakış açısı Alman Protestanların, Avrupa’nın çeşitli yerlerinde yaşayan ve aynı inancı paylaşan insanlarla ittifak yapmalarına engel olmamıştı.⁵⁵

Savaş sürecinde yaşanan hanedanlık çıkarları ile devletlerin seküler menfaatlerinin Katolik Fransa ile Lüterci İsviçre’nin ittifak yapmasına neden olması ve bazı Lüterci prenslerin savaşın büyük bir kısmında İmparatorluğu desteklemesi söz konusu çatışmaların din savaşı olmadığı yönündeki iddiaya delil olarak gösterilmektedir. Ancak şurası unutulmamalıdır ki XVII. yüzyıl Avrupa’sında dini ve siyasi motivasyonları birbirinden ayırmak neredeyse olanaksızdı. Bu durumun nedenlerinden biri kısa vadeli ve nihai hedefler arasında yapılan ayrımıdır. Protestanlık ve diğer “sapkın” hareketlerin etkisiyle yok edilen Hıristiyan birliğinin yeniden sağlanması ve Tanrı’nın koyunlarının Katolik ağıla yeniden koyulması⁵⁶, taraflardan biri için elbette dini bir amaçtı. Bununla birlikte bu dini amaç, dindar insanların seküler kaygılarıyla ayrılmaz bir bütün oluşturmaktaydı. Hanedanlık meseleleri, toprakları genişletme ve tehditleri bertaraf etme gibi seküler kaygıların öncelikli olması uzun vadeli dini hedeflerin unutulmuş olduğunu göstermiyordu. Bu anlamda dini argümanlara dayanan uzun vadeli hedefler, çıplak dünyevi ihtirasların haklılaştırılmasını sağlıyordu. Dini ve dünyevi meseleler iç içe geçmiş olsa da ılımlı ile radikal birbirinden ayrılabilirdi. Her ikisi de dindardı; ama ikincisi acil nitelikteki dünyevi meseleleri kolayca gözden çıkarabilmekteydi. Bu da hemen hemen tüm taraflar için büyük oranda din savaşı olan Otuz Yıl Savaşları’nı en azından bazı taraflar için bunun da öte-

⁵⁵ WILSON, Peter H.: s. 576.

⁵⁶ “Bu ağıldan olmayan başka koyunlarım var. Onları da getirmeliyim. Benim sesimi işitecekler ve tek sürü, tek çoban olacak.” Bkz. YUHANNA, 10:16, (<https://incil.info/arama/Yuhanna+10>, Erişim 12.03.2020).

sinde kutsal bir savaşa dönüştürmekteydi.⁵⁷ İsveç Kralı Custavus Adolphus'un Brandenburg Prensi'ne yazdığı mektup, o dönemde bazılarının dünyayı ikiye ayırarak baktığını ve en azından bazıları için söz konusu savaşın din savaşının da ötesinde bir kutsal savaş niteliğinde olduğunu göstermekteydi:

“...Tarafsızlık diye bir şey duymak istemiyorum. Brandenburg Prensi ya dostum ya da düşmanımdır. Onun önüne vardığımda kendisinin sıcak mı soğuk mu olduğunu ortaya koyması gerekir. Bu Tanrı ile şeytan arasında bir savaştır. Eğer siz Tanrı'nın yanındaysanız bana katılacaksınız. Eğer şeytanın yanındaysanız, benimle savaşmak zorundasınız. Üçüncü yol yok...”⁵⁸

B) Antlaşmaların Dini Karakteri

Westphalia Barışı'nın en önemli özelliklerinden biri olarak, onun seküler ve laik niteliği haiz olması gösterilmektedir. Bu görüşün en önemli dayanaklarından biri Müzakerelerde Papalık kurumunun temsil edilmemesi ve Papa'nın antlaşmalarda taraf olmamasıdır⁵⁹. Dönemin Papası X. Innocent'in Westphalia antlaşmalarında yer alan dini-politik hükümlere karşı ilan ettiği “Zelo Domus Dei” başlıklı kısa protesto metni de barışın dini karakterinin zayıf olduğuna bir işaret olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten de X. Innocent söz konusu protesto metninde Protestanlığın tanınmasına yönelik hoşgörü anlayışına karşı çıkmış, Westphalia'da alınan kararların; dinin, Papalığın ve Kilisenin haklarını büyük ölçüde ihlal ettiğine ve bunlara zarar verdiğine ilişkin üzüntüsünü sert bir dille ifade etmiştir.⁶⁰ Westphalia Barışı'nın çekirdeği olan hoşgörüyü ve hükümlerini “boş, hükümsüz, geçersiz, adaletsiz, haksız, kınanan, sefil, önemsiz, kuvveti veya etkisi olmayan” şeklinde nitelendirmiştir.⁶¹

⁵⁷ WILSON, Peter H.: s. 577, 578.

⁵⁸ WILSON, Peter H.: *The Thirty Years War: A Sourcebook*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010, s. 136; Almanca metni için bkz. JESSEN, Hans: *Der Dreißigjährige Krieg in Augenzeugenberichten*, Düsseldorf, 1963, s.242.

⁵⁹ SANDER, Oral: s.100.

⁶⁰ RYAN, E. A.: “Catholics and the Peace of Westphalia”, *Theological Studies*, Vol. 9, No:4, 1948, s.597.

⁶¹ SHAH, Timothy Samuel/PHILPOTT, Daniel: “The Fall and Rise of Religion in International Relations: History and Theory”, [içinde (s.24-59), *Religion and International Relations Theory*, Edited by Jack Snyder, Columbia University Press, New York, 2011.]

Bununla birlikte müzakerelerde Papalık kurumunun temsil edilmemesi ve X. Innocent'in barışı protesto etmesi tek başına, söz konusu antlaşmaların dini niteliğinin baskın olmadığını ve laik niteliği haiz olduğunu göstermez. Luther tarafından “şeytanın ortaya attığı Roma'daki cahil”⁶² olarak görülen Papa'nın müzakerelerde temsil edilmemesi, laik niteliği haiz bir antlaşma yapma kaygısından çok, Luther'in takipçileri olan Protestanlar için Papalık müessesesinin kabul edilmemesinden ve Papalığın da Protestanları “sapkın” olarak görmesinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında müzakerelerde Papalığın temsil edilmemesinin nedeninin laikliğe ilişkin kaygılar değil, dini kaygılar olduğu anlaşılır. Nitekim Antlaşma metinleri incelendiğinde, antlaşmaların dini niteliğinin baskın olmadığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı, Otuz Yıl Savaşları'nın dini karakterinin ve söz konusu dini kaygıların savaşı sona erdiren antlaşmalara açık bir biçimde yansıdığı görülür.

Her şeyden önce gerek Osnabrück, gerekse Münster Antlaşması “Kutsal ve bölünemez üçlü (teslis) adına (in nomine sacrosanctae et individuae trinitatis⁶³/ in the name of the most holy an individual trinity⁶⁴)” ifadesiyle başlar. Aynı şekilde her iki antlaşmanın birinci maddesi din savaşını bitiren bu barışın “Hristiyan ve evrensel bir barış (pax sit Christiana, universalis / there shall be a Christian and universal peace)” olduğunu ilan eder.

Barışın dini niteliği bu ifadelerden ibaret değildir. Münster ve Osnabrück antlaşmalarında “piskopos (bishop)”, “piskoposluk (bishopruck)”, “başpiskoposluk (archbishopruck)” sözcüğünün yüz altmış dört, “din (religion)” sözcüğünün yüz otuz dokuz, “Katolik (Catholic)” sözcüğünün doksan bir, “Hristiyan (Christian)” sözcüğünün elli üç, “kilise (church)” sözcüğünün yirmi dört ve “Protestan (Protestation)” sözcüğünün altı kez kullanılması savaşın ve savaşı sona erdiren barışın dini niteliğini ortaya koyan bir başka göstergedir. Antlaşma metinlerinin her yanını saran bu terminoloji, aynı zamanda antlaşmaların içeriğinin de büyük oranda dinsel sorunlara ilişkin olduğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten de antlaşmalara bakıldığında üzerinde en çok durulan konuların kilselere, piskoposluklara, dini mülklere, inanç ve ibadet özgürlüğüne ilişkin oldu-

⁶² LUTHER, Martin: The Ninety-Five Theses and Three Primary Works, Edited by Henry Wace-C. A. Buchheim, Lutheran Publication Society, Philadelphia, 1885, s.26.

⁶³ Latince metinler için bkz. (<http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/>, Erişim 19.02.2020).

⁶⁴ İngilizce metin için bkz. (http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/o_1732en-treatys.pdf, Erişim:19.02.2020) ve (http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/m_1710en-treatys.pdf, Erişim:19.02.2019).

ğu görülür. Söz konusu düzenlemelerin hayata geçirilmesi konusunda birtakım yükümlülüklerin öngörülmesi ise dini meselelerin antlaşmaların çekirdeğini oluşturduğunu ve antlaşmalarda yer alan dini meseleler ile kamu düzeni arasında bir ilişki olduğunun taraflarca da kabul ve taahhüt edildiğini göstermektedir.⁶⁵ Nitekim Münster ve Osnabrück antlaşmalarında yer alan bu özel taahhüde göre, tüm tarafların, mezhep ayrımı gözetmeksizin söz konusu maddeleri savunmak ve korumak yükümlülüğü vardır.⁶⁶

C) Westphalia Barışı İle Gelen Düzen: Elde Edilen Kazanımlarla Eski Düzenin Devamı

Otuz Yıl Savaşları'nı sona erdiren Westphalia Barışı keskin bir dönüm noktası olarak görülmüş, modern devletlerin ortaya çıkışı ve yeni bir uluslararası düzenin kuruluşuyla ilişkilendirilmiştir. Westphalia Modeli olarak adlandırılan ve egemenlik alanına giren her konuda, bir dış müdahale olmaksızın tek başına yetkili olan devletlerin eşitliğine dayanan bu düzenin, barış antlaşmalarının imzalandığı 1648 yılından II. Dünya Savaşı'nın sona erdiği 1945 yılına kadar geçen yaklaşık üç yüz yıl geçerli olduğu iddia edilmiştir.⁶⁷

Bununla birlikte üç yüz elli yıl önce, dünyanın küçük bir bölgesinde, Fransa, İsveç ve Kutsal Roma İmparatorluğu arasında yapılan bir barışa böyle bir anlamın yüklenerek sembolleştirilmesi büyük oranda yanıltıcıdır. Gerçekten de gerek antlaşmalarda kullanılan terminoloji, gerek antlaşmaların tarafları ve antlaşmalara yansıyan egemenlik anlayışı, gerekse barış sonrası dönemde yaşanan devlet ve uluslararası ilişkiler pratiği yeni bir düzenin kurulmadığını, eski düzenin elde edilen kazanımlarla devam ettirilmek istendiğini ortaya koymaktadır.

a) “Yeni düzen”in kodlarını ele veren terminoloji ve içerik

Antlaşmaların terminolojisine bakıldığında “restorasyon”, “iade”, “yeni-den kurma”, “eski duruma getirme” gibi ifadelerin her yeri sardığı görülür. Osnabrück ve Münster Antlaşmalarında elliden fazla kullanılan bu ifadelerin içer-

⁶⁵ CHRISTENSON, Gordon A.: s.743.

⁶⁶ Bkz. IPO, XVII/5; IPM, § 115.

⁶⁷ GROSS, Leo: s.20, 28; NOWAK, Manfred: s.35; TESCHKE, Benno: s.20; WILSON, Peter H.: “The Causes of the Thirty Years War 1618-48”, s.554; MOITA, Luis: s.18; CHRISTENSON, Gordon A.: s.737; SANDLER, Oral: s.100, 101; UYGUN, Oktay: s.571, 572.

diği anlamlar tarafların Otuz Yıl Savaşları'nın patlak vermesinden önce yararlandıkları “eski hak ve özgürlükleri” yeniden onaylamak ve “savaş öncesi durumun (status quo ante bellum)” geri gelmesini hükme bağlamak istediklerini ortaya koymaktadır. Başka bir ifadeyle Osnabrück ve Münster Antlaşmalarında kullanılan bu dil, tarafların yeni bir devlet anlayışı ortaya koymak ya da yeni bir uluslararası ilişkiler düzeni öngörmek niyetinde olmadıklarını, Otuz Yıl Savaşları'ndan önceki devlet ve uluslararası düzeni, elde edilen kazanımlarla canlandırmak istediklerini göstermektedir.⁶⁸

Elde edilen yeni kazanımlarla eski düzeni devam ettirme arzusu antlaşmaların içeriğinde de açık bir biçimde kendini hissettirmektedir. Orta Çağ'ın kavram ve müesseseleriyle dolu olan⁶⁹ Osnabrück ve Münster Antlaşmalarının büyük oranda eskiye dönüş isteğini ifade eden restorasyoncu bir içeriğe sahip olması, sürekli depresen istikrarsızlıkların kökeninde yer alan hanedanlığın ortadan kaldırılmaması, bunun yerine, getirilen sıkı tahta çıkma kurallarıyla⁷⁰ elde edilen kazanımların istikrarlı bir biçimde aktarılmasının güvence altına alınması, modern olarak nitelendirilebilecek yeni bir devletler düzeni kurulmak istenmediğini ve kurulmadığını ortaya koymaktadır.⁷¹

Aynı şekilde antlaşmaların dinsel sorunlara yaklaşımının büyük oranda 1555 tarihli Augsburg Barışı ile uyumlu olması, Westphalia'nın din-devlet ilişkileri konusunda yeni bir şey söylemediğini, restorasyoncu eğilimin bir yansıması olarak, bu konuda da elde edilen kazanımlarla eski düzenin devam ettirilmek istendiğini göstermektedir. Nitekim 1555 tarihli Augsburg Barışı'nın “kimin bölgesi onun dini” ilkesinin bazı değişikliklerle benimsenmesi, Westphalia'nın önceki barış antlaşmalarından farklı olarak, seküler ve laik nitelikte olduğuna değil, tam tersine eskiden olduğu gibi din ve devletin birlikteliğine işaret etmektedir. Söz konusu ilkede yapılan değişiklikle, Augsburg Barışı'nda prensin dinini benimsemek ya da göç etmek zorunda olan halkın, Westphalia Barışı ile bu yükümlülükten kurtulması, prensin dinini değiştirmesi durumunda tebaanın buna zorlanamaması, ibadet ve dini eğitim özgürlüğünün bölgenin Protestan ya da Katolik olup olmadığına bakılmaksızın herkese tanınması ve

⁶⁸ TESCHKE, Benno: s.343-344.

⁶⁹ KRASNER, Stephen D.: “Westphalia and All That”, [içinde (s. 235-264), *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*, edited by Judith Goldstein and Robert O. Keohane, Cornell University Press, Ithaca, 1993, s.236.]

⁷⁰ Bkz. IPO, XV/15 ve IPO, § 60.

⁷¹ TESCHKE, Benno: s.342.

dini meselelerin bir başlangıç noktası olarak kabul edilen 1 Ocak 1624 tarihindeki haliyle kalması⁷² söz konusu prensliklerde din ve devlet işlerinin ayrıldığını değil, Katolik, Lüterci ve Kalvenciler için belli oranda din ve ibadet özgürlüğü tanındığını, ama aynı zamanda prensliklerin değişmeyen bir resmi dini olduğunu ve eski düzenin bu konuda da devam ettirilmek istendiğini göstermektedir.⁷³

b) Antlaşmaların tarafları

Dönemin siyasal oyuncularını, yukarıdan aşağıya doğru bir merdivene yerleştirilebilen çeşitli rütbelere sahip oluşturmaktaydı. Merdivenin en başında Alman prensliklerinden oluşan bir siyasal topluluk niteliğindeki Kutsal Roma İmparatoru yer almaktaydı. Kutsal Roma İmparatoru'ndan sonra "En Hıristiyan Kral" olan Fransa Kralı gelmekteydi. Onları feodal toplumun dokusunu oluşturan ve şövalyeden başlayıp kont, marki, prens, dük ve kral gibi her biri çeşitli yönetim alanları üzerinde kişiliklerinde toplanmış bir yığın yetkiyi ifade eden unvanlar taşıyan bölgesel hükümdarlar takip ediyordu. Genel kural olarak verasetle görev gelen monarklar, seçilmişlerin üstünde ve cumhuriyetler de monarşilerin altında yer almaktaydı. Kraliyetten olmayan aristokratlar ve özgür şehirler ise bu merdivenin en alt basamağında yer alıyordu⁷⁴.

Bu yapının doğal sonucu olarak mülkiyetle ilişkilendirilen siyasal iktidar, ahalinin çobanı olarak görülen hükümdardan bağımsız soyut bir kişiliğe sahip değildi. Devletten değil dukalıktan, prenslikten, taçtan ya da kraliyetten söz ediliyor, yaşanan yükseliş ve düşüşler şahıslarla irtibatlandırılıyordu.⁷⁵ Yine bu yapının bir uzantısı olarak Orta Çağ'ın sonlarında hükümdarların idari, mali, askeri, hukuki ve dini yetkileri sınırları belli bir toprak parçasında toplanmamış-

⁷² KRASNER, Stephen D.: *Power, the State, and Sovereignty*, s. 21; LEE, Stephen J.: s. 91 vd; MILTON, Patrick/AXWORTHY, Michael/SIMMS, Brendan: s.73-74.

⁷³ ASCH, Ronald G.: "Estates and Princes after 1648: The Consequences of the Thirty Years War", *German History*, V. 6, No. 2, 1988, s.124; TESCHKE, Benno: s.345.

⁷⁴ TESCHKE, Benno: s.322.

⁷⁵ KOÇDEMİR, Ömer: *Milli Devlet ve Küreselleşme: Anlamı Değişen Sınırlar*, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2004, s.101, 102. Machiavelli'nin "Prens" isimli eserinin Birinci Bölümünün son cümlesi bu anlayışı yansıtan önemli bir örnektir: "Bu yolla ele geçirilen devletler, ya bir prensin yönetimi altında yaşamaya ya özgür olmaya alışkındırlar ve kişi bunları ya başkalarının silahlarıyla ya kendi silahlarıyla ya talihin sayesinde ya yeteneğiyle (o per fortuna o per virtù) ele geçirir." Bkz. MACHIAVELLİ, Niccolò: *Prens*, Çeviren: Kemal Atakay, Can Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2012 s.39.

tı. Yetki alanlarının birbiriyle kesiştiği bu dönemde bir toprak parçası ekonomik olarak birine, siyasi olarak başka birine ait olabiliyordu.⁷⁶

Peki, Westphalia Barış antlaşmaları ile bu düzen değiştirilmek istenmiş miydi? Tek başına, Münster ve Osnabrück Antlaşmalarının *Giriş* bölümlerinde yer alan ana imza koyucuların, modern olmayan nitelikleri ile takdim edilmesi bile böyle bir niyetin olmadığını, önceki yönetim anlayışının onaylandığını ve devam ettirilmek istendiği göstermektedir.

“... seçilmiş Roma İmparatoru, Almanya, Macaristan, Bohemya, Dalmaçya, Hırvatistan, Slovenya Kralı, Avusturya Arşidükü, Burgundy, Brabant, Styria, Carinthia, Carniola Dükü, Moravia Markisi, Lüksemburg, Aşağı ve Yukarı Silesia, Wirttemberg ve Teck Dükü, Suabia Prensi, Hapsburg, Tirol, Kyburg ve Goritia Kontu, Kutsal Roma İmparatorluğu, Burgovia, Yukarı ve Aşağı Lusace Markisi, Sclovania Markiliği, Port Noan ve Salines Markiliği Lordu yüce ve kudretli Prens ve Lord III. Ferdinand ve müttefikleri bir tarafta, Fransa ve Navarre'nin Hristiyan Kralı yüce ve kudretli XIV. Louis ve müttefikleri diğer tarafta...”⁷⁷

Bu unvan listesi, süresi sınırlı bir onur ve temsil algılamasının bulgularından ziyade, söz konusu hükümdarların yönetim alanları üzerinde kişiliklerinde toplanmış birbiriyle kesişen bir yığın yetkinin varlığını ve bunların barış antlaşmaları ile onaylandığını göstermektedir. Bu yönüyle antlaşmalar devletler arasında değil, kendi yönetim alanlarının malikleri olan bireyler ve bireylerin birleşimleri arasında imzalanmıştır.⁷⁸ Oysa modern devleti kendinden önceki yapılardan ayıran yanı siyasal iktidar ile mülkiyet arasındaki bağın kesilmesi, siyasal iktidarın onu kullananlardan bağımsız bir kişilik kazanarak soyut bir varlık olarak ortaya çıkması ve egemenliğin göstergesi olan yetkilerin sınırları belli bir toprak parçası üzerinde kullanılmasıdır.⁷⁹ Bu açıdan bakıldığında ne Westphalia Barış antlaşmalarına imza koyanların herhangi biri bir modern dev-

⁷⁶ KOÇDEMİR, Ömer: s.101.

⁷⁷ Bkz. IPM, Giriş.

⁷⁸ TESCHKE, Benno: s.342.

⁷⁹ KOÇDEMİR, Ömer: s.101, 102; ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.215, 241, 242.

letin başıydı ne de antlaşmalara taraf herhangi bir yönetim yapısı Westphalia Barışı'nın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştı.⁸⁰

c) Antlaşmalara yansıyan egemenlik anlayışı

Robert Redslob, 1923 yılında kaleme aldığı “Histoire des Grands Principes du Droit des Gens” isimli eserinde Westphalia Barışı'nı “eski dünyadan yeni dünyaya açılan görkemli bir kapı” olarak nitelendirmiştir.⁸¹ Westphalia Barışı'nın 300. yılında konuya ilişkin önemli bir makale yazan Leo Gross da yeni düzeni tarif ederken Redslob'un bu ifadesini kullanmıştır:⁸²

“Westphalia Barışı iyi ya da kötü bir dönemi kapatan ve yenisini açan bir dönüm noktasıdır. O, ‘eski dünya’dan ‘yeni dünya’ya açılan görkemli bir kapıyı temsil eder. Eski dünya, bize söylendiği gibi, Papa ve İmparator tarafından temsil edilen ruhani ve dünyevi iktidarın uyum içinde hareket ederek yönettiği bir dünyadaki Hıristiyan toplum (Christian Commonwealth) ideali üzerine kurulmuştu. Söz konusu Orta Çağ dünyası bir tarafta İmparatorun, öteki tarafta diğer siyasi aktörlerin bulunduğu hiyerarşik bir ilişkiler ağı olarak karakterize edilmekteydi... Westphalia Barışı, dini anlamda, Papalığın uluslararası otoritesinin göz ardı edildiğinin, siyasi anlamda ise, toplumdaki hiyerarşik yapı fikrinin çöktüğünün ve kendi toprakları üzerinde egemen, birbirine eşit ve herhangi bir dış dünyevi otoriteden bağımsız, çok sayıda devletin bir arada bulunduğu yeni bir sisteme geçildiğini göstermektedir...”⁸³

Bahsedilen görkemli kapıyla girilen yeni dünyada, daha sonra modern devlet olarak nitelendirilecek olan, her biri kendi toprakları üzerinde egemen, belirli kurallara göre hareket eden, birbirine eşit, çok sayıda devletin oluşturduğu bir uluslararası sistemin söz konusu olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁴ Söz konusu

⁸⁰ TESCHKE, Benno: s.342.

⁸¹ REDSLOB, Robert. Histoire Des Grands Principes Du Droit Des Gens Depuis L'Antiquité Jusqu'à La Veille De La Grande Guerre, Librairie Arthur Rousseau: Rousseau & cie, éditeurs, Paris, 1923, s.223

⁸² GROSS, Leo: s.28.

⁸³ GROSS, Leo: s.28-29.

⁸⁴ SHEEHAN, Michael: The Balance of Power: History&Theory, Routledge, London, 1996, s.38; SPRUYT, Hendrik: The Sovereign State and Its Competitors: An Analysis of Systems Change, Princeton University Press, New Jersey, 1994, s. 27; PARKINSON, F.: The Philo-

barışa bu anlamı yükleyenlerin ve onu yeni bir dönemin başlangıcı olarak görenlerin dayanaklarından biri, modern devletin ayırt edici özellikleri arasında sayılan yasa yapma, vergi toplama, askere alma, savaş açma, ittifak kurma gibi yetki ve ayrıcalıkların Westphalia ile güvence altına alınmasıdır.⁸⁵ Ancak modernite savı yandaşlarının, savlarını ispatlamak üzere ileri sürdüğü bu yetki ve ayrıcalıklar Westphalia öncesinde de söz konusu siyasal yapılar tarafından kullanılmaktaydı ve Kutsal Roma İmparatorluğu'nun yerleşik uygulamalarıyla uyumluydu.⁸⁶ Ayrıca Avrupa'nın ve dünyanın birçok yerinde bu yetki ve ayrıcalıklar egemen ve egemenliğin ayırt edici özellikleri olarak bilinmekteydi. Nitekim Westphalia Barışı'ndan yaklaşık 270 yıl önce İbn Haldun'un "Mukaddime" isimli eserinde "hükümdarlığın" ayırt edici özellikleri arasında saydığı bu yetki ve ayrıcalıklar⁸⁷, yine Westphalia'dan 72 sene önce Jean Bodin tarafından "Devletin Altı Kitabı" adlı eserde, "egemenliğin kapsamı" belirtilirken sıralanmıştı.⁸⁸ Bununla birlikte, Westphalia'nın birçok siyasal aktörü tarafından çok eskiden beri kullanılan bu yetki ve ayrıcalıkların söz konusu barışla onaylandığı ve açıklığa kavuşturulduğu söylenebilir. Ancak bu onay modern devlet anlayışıyla örtüşmeyen bir nitelik arz ediyordu. Nitekim bir taraftan antlaşmalarda yer alan bazı maddelerle bu yetki ve ayrıcalıklar güvence altına alınırken, diğer taraftan yine aynı antlaşmalarda yer alan başka maddelerle önemli biçimde sınırlandırılıyordu.⁸⁹ Özellikle, aynı hükme yer veren Osnabrück Antlaşması'nın VIII/2. maddesi ve Münster Antlaşmasınının 63. paragrafı bu yetkilerin

sophy of International Relations: A Study in the History of Thought, Sage Publication, 1977, Beverly Hills, s.33; CHRISTENSON, Gordon A., s.737; UYGUN, Oktay: s.581; GROSS, Leo: s.20, 28-29; WILSON, Peter H.: "The Causes of the Thirty Years War 1618-48", s.554; SANDER, Oral: s. 100, 101.

⁸⁵ İPM § 63; İPO VIII/II.

⁸⁶ Bkz. OSANDER, Andreas: The States System of Europe, 1640-1990: Peacemaking and the Conditions of International Stability, Clarendon Press, Oxford, 1994, s.47; TESCHKE, Benno: s.346, 347.

⁸⁷ "Her asabiyet devlet ve hükümdarlık değildir. Gerçekte devlet ve hükümdarlığa sahip olan asabiyet, halka hakim olup onları kendilerine boyun eğdiren, vergileri toplayan, ordu ve elçiler gönderen, sınırları koruyan ve kendisinin üzerinde boyun egeceği başka bir güç olmayandır" İBN HALDUN: Mukaddime, I. Cilt, Yayına Hazırlayan: Arslan T , İlgü Kültür Sanat, İstanbul, 2015, s.401.

⁸⁸ Bkz. BODIN, Jean: The Six Bookes of A Commonweale, A Facsimile Reprint of the English Translation of 1606, Corrected and Supplemented in the Light of a New Comparison with the French and Latin Texts, Edited by Kenneth Douglas McRae, London, 1606, s. 153 vd.; KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş, 13. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2001, s. 58; GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Bası, Bursa, 2011, s.435; ANAYURT: s. 238.

⁸⁹ TESCHKE, Benno: s.346, 347.

hiçbirinin İmparatora ve İmparatorluğa karşı kullanılamayacağını ifade etmesi bu konuda çok önemli bir sınır oluşturmaktaydı.⁹⁰ Pratikte bu hükümlerin çiğnenmesi ise Westphalia ile modern devletler düzeninin kurulduğuna değil, toplumsal ve siyasal süreçlere işaret ediyordu.⁹¹

Yukarıda bahsi geçen sınırlamalar eski dünyanın çok katmanlı, düalist yönetim anlayışını yansıtan⁹² ve Antlaşma metinlerinde “landeshoheit” kavramı ile ifade edilen⁹³ yapıyla uyum içerisindeydi. Bazı yönleriyle egemenliğe yaklaşırsa da egemenlikten farklı bir kavram olan landeshoheit “bölgesel üstünlük (superioritas territorialis)” anlamına gelmekteydi.⁹⁴ Nitekim biri iç diğeri dış olmak üzere iki yüzü olan bu yetki, bir yüzüyle egemenliğe yaklaşırken, diğer yüzüyle ondan uzaklaşmaktaydı. Landeshoheit iç yüzüyle, sahibine uyrukları ve bölgesi üzerinde doğrudan yönetici olabilme, dış yüzüyle ise sadece “bazı meselelerde” İmparatorluk otoritesinden bağımsız hareket edebilme olanağı vermekteydi. Bu yönüyle Westphalia Barışı ile tasdiklenmiş olan söz konusu otorite, yöneticiye istediği her şeyi yapma yetkisi değil, bazı şeyleri yapma izni ve bazı şeyleri yapma mecburiyeti veriyordu.⁹⁵ Bu ise egemenlik alanına giren her konuda, bir dış müdahale olmaksızın, en üstün ve sınırsız güce sahip olma şeklinde tanımlanan modern devletin egemenlik anlayışından⁹⁶ henüz uzak bir noktaydı.⁹⁷

⁹⁰ Bkz. İPM § 63; İPO, VIII/2.

⁹¹ TESCHKE, Benno: s.347.

⁹² POGGI, Gianfranco: Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2012, s.64 vd.

⁹³ Bkz. İPO, V/30, VIII/1, XIV/1; İPM, § 70, 72, 74, 78, 80, 85.

⁹⁴ ELDEN, Stuart: The Birth of Territory, The University of Chicago Press, Chicago, 2013, s.286; DUHAMELLE, Christophe: “Les Noblesses Du Saint-Empire Du Milieu Du XVIIe Au Milieu Du XVIIIe Siècle”, *Revue D'histoire Moderne Et Contemporaine* (1954-), Vol. 46, No. 1, 1999, s.149; BÉLY, Lucien: “Westphalie, Pyrénées, Utrecht : trois traités pour redessiner l'Europe”, dans Oscar Jané (dir.), *Del Tractat dels Pirineus [1659] a l'Europa del segle XXI : un model en construcció ?*, Barcelona, Museu d'Història de Catalunya, 2010, s.16; FULBROOK, Mary: s.62.

⁹⁵ WALKER, Mack: Johann Jakob Moser and the Holy Roman Empire of the German Nation, UNC Press, Carolina, 1981, § 29; WILSON, Peter H.: War, State and Society in Württemberg, 1677-1793, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, s.11.

⁹⁶ OKANDAN, Recai Galip: Umumi Amme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1966, s.780; SAYGILI, Abdurrahman: Kutsal Canavar Devlet, 4. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018, s.143, 147-150.

⁹⁷ WILSON, Peter H.: War, State and Society in Württemberg, 1677- 1793, s. 11; TATAR, Dilara Buket: Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradig-

Tarihsel koşulların, Westphalia Barışının uluslararası hukukun ve uluslararası ilişkilerin oluşmasındaki temel dayanak olduğu yönündeki geleneksel görüşü de bütünüyle desteklemediği görülmektedir⁹⁸. Westphalia sonrası, Orta Çağ'ın iki ulus-üstü kurumundan biri olan Kutsal Roma İmparatorluğu'nun yaklaşık olarak yüz elli yıl daha ayakta kalması bu ilişkinin eskisinden farklı ve zayıf olsa da devam ettiğini göstermektedir.⁹⁹ Aynı coğrafyada hem İmparatorluğun, hem prensliklerin, hem de eski etkinliklerini kaybetmeler de "estate"lerin¹⁰⁰ varlığını sürdürmesi gerçeği karşısında prensliklerin, Westphalia sonrasında egemen devletlerin eşitliği prensibine uygun sülhler olarak ortaya çıktığını iddia etmek gerçekçi değildir. Böyle bir iddia aynı anda çok sayıda yönetimin "egemen" olduğu anlamına gelir ki bu da bazılarının ötekilerden daha az egemen olduğunu gösterir.¹⁰¹

Son olarak yukarıda ifade edildiği üzere Münster ve Osnabrück antlaşmaları devletler arasında değil feodal toplumun uzantısı olan uzun unvanlı yöneticiler arasında imza edilmiştir. Bunun doğal sonucu olarak kentler, piskoposluklar, manastırlar, lordluklar, limanlar ve çeşitli mülkler üzerinde kurulan "ayrıştırılmış egemenlik alanları üzerindeki hakimiyet hakları" kümeleri ortaya çıkmıştır. Feodal dönemin özelliklerini yansıtan bu durum "idari yönden yeknesak bir coğrafi uzamda" kendini gösteren modern devletin egemenlik anlayışı ile hiç de uyumlu değildir.¹⁰² Bremen ile Verden başpiskoposluklarının, Wismar'ın, Pomeranya Dukalığının batı bölümünün İmparatorluk tımarı olarak İsveç'e bırakılması¹⁰³ ve böylece İsveç tahtının İmparatorluğun bir vassalı olması, aynı şekilde İsveç krallarına İmparatorluk Meclisinde Bremen Dükü ola-

ma Ekseninde Bir Değerlendirme, AHBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019, s.53.

⁹⁸ EIDE, Asbjørn: "National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights", [içinde (s. 3-30), Human Rights in Perspective: A Global Assessment, Ed. Asbjørn Eide, Bernt Hagtvet, Blackwell Publishers, Oxford, 1992, s.13.]

⁹⁹ KRASNER, Stephen D.: "Westphalia and All That", s.236, 247, 251.

¹⁰⁰ Almanca "stand" ile aynı anlama gelen "estate" terimi, belirli bir tür tabakalaşmayı ifade eder. "Estate" dendiğinde aynı statüye sahip bir grup insan kastedilir. "Estate"ler daha çok kendi üyelerinin hak ve sorumluluklarına ilişkin kurallar oluşturabilmek, bu kuralları yürürlüğe koyabilmek ve kendilerine tanınan ayrıcalıklara müdahale edilmesini önlemek amacıyla güç kazanma çabasındaydı. Döneme ve bölgeye özgün bir yönetim sistemi olan "Ständestaat"da, "Estates" ya da "Stände" denen ve hükümdar ile işbirliği yapmak amacıyla oluşmuş kurumlar bulunmaktaydı. POGGI, Gianfranco: s.60, 61.

¹⁰¹ TESCHKE, Benno: s 322.

¹⁰² TESCHKE, Benno: s.342-343

¹⁰³ IPO, 10/7.

rak oy kullanma hakkı tanınması¹⁰⁴, Metz Toul, Verdun piskoposluklarının, Ren boyundaki Breisach kalesinin ve Alsas'ın Fransa'ya bırakılması¹⁰⁵ bu konuda verilebilecek birçok örnekten sadece birkaçıdır. Antlaşmalar tek başına bu yönüyle bile uluslararası ilişkilerin temel aktörlerinin, eşit egemen devletler değil, kendi topraklarının ve yönetim alanlarının sahibi olan yöneticiler olduğunu göstermektedir.¹⁰⁶

SONUÇ

Görüldüğü üzere Westphalia Barışı modern devletin ortaya çıkışı ve egemen devletlerin eşitliğine dayanan yeni bir uluslararası düzen kuruluşu bakımından geçmişten net bir kopuşu ifade etmemektedir. 1648'den sonra modern anlamda egemen devlet olmanın unsurları uzun yıllar boyunca gelişimini sürdürmüştür. Bu durum Westphalia'nın modern devletler sistemin "ex nihilo"¹⁰⁷ yaratıcısı olmadığını göstermektedir¹⁰⁸. Nitekim Avrupa'nın hiçbir bölgesinde Orta Çağ kurumları aniden modern kurumlara dönüşmemiştir. Feodal kurumların ortadan kalkması, Westphalia'dan çok, uluslararası ticaret ve askeri teknolojide yaşanan gelişmeler ve bu ticareti güvence altına alma çabasıyla ilgilidir.¹⁰⁹ Bununla birlikte özellikle Avrupa için Westphalia'nın eski dünyadan yeni dünyaya geçişte "bir kırılma noktası" olduğu söylenebilir. Ancak bu kırılmanın merkezinde egemenliğe ve uluslararası ilişkilere dair yeni bir düzen meydana getirmesi değil; eski dünyanın "Respublica Christiana" idealini büyük oranda sona erdirmesi¹¹⁰ yer almaktadır.

Latince "res publica" ve "Christiana" sözcüklerinin birleşiminden oluşan Respublica Christiana ibaresi, Orta Çağ'da, ruhani iktidarı temsil eden Papa ile dünyevi iktidarı temsil eden İmparatorun birlik ve uyum içinde hareket ederek Hristiyanların oluşturduğu toplumu koruma ve yönetme idealini ifade et-

¹⁰⁴ IPO, 10/9.

¹⁰⁵ IPM, § 70.

¹⁰⁶ TESCHKE, Benno: s.341-342.

¹⁰⁷ *Yoktan var etmek*

¹⁰⁸ PHILPOTT, Daniel: *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*, Princeton Studies in International History and Politics, Princeton University Press, Princeton N.J., 2001.s.77.

¹⁰⁹ KRASNER, Stephen D.: "Westphalia and All That", s. 246.

¹¹⁰ KRASNER, Stephen D.: *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, New Jersey, 1999, s. 82; EIDE, Asbjørn: s.8.

mekteydi.¹¹¹ İnanç birliğine ve İmparatorluk geçmişine dayanan bu ideali¹¹² korumak Papanın, İmparatorun, kralların, baronların, piskoposların, rahiplerin ve her Hıristiyanın kutsal görevi olarak görülmekteydi.¹¹³ Söz konusu dini amaç refah, özgürlük, düzen, adalet ve hatta barış gibi tüm diğer amaçların üzerinde yer almaktaydı.¹¹⁴

Hiçbir zaman tam anlamıyla pratiğe geçirilemeyen *Respublica Christiana*'ya en büyük darbe Protestan Reformu ile vurulmuştu. Söz konusu idealin devletler üzerinde oluşturduğu baskı, Protestanlığın din-devlet ilişkilerine bakışı ile kırılmaya başlamıştı. İngiltere Kralı VIII. Henry, Catherine'den boşanırken ve 1634 yılında "Act of Supremacy"i onaylayıp kendisini kilisenin başı ilan ederken sadece Papanın yaptırımına meydan okumamış, aynı zamanda *Respublica Christiana*'yı da reddetmişti. Yine aynı sürecin bir uzantısı olarak Fransa'da yaşanan din savaşlarından canını zor kurtaran Bodin de Devletin Altı Kitabı isimli eserinde egemenlik kavramını sistematik şekilde ele alırken, *Respublica Christiana* idealini görmezden gelmişti.¹¹⁵ Nihayet Teschke'nin ifadesiyle din saatini 1624'e, din ve devlet arasındaki ilişkileri ise 1555'e geri alarak sınırlar içerisindeki mezhep statüsünü yeniden inşa eden Westphalia Barışı ile bu idealin sonra erdiği tescil edilmişti¹¹⁶.

Westphalia Barışı ile *Respublica Christiana* ideali, yerini "pax Christiana" idealine bırakmıştır. Bunun en açık göstergesi, her iki antlaşmanın 1. maddesinde yer alan "Hıristiyan ve evrensel bir barış" ifadesidir.¹¹⁷ Ancak en büyük iki muharip olan Fransa ve İspanya'nın on bir yıl boyunca savaşmaya devam etmiş olması, barış yapan devletlerin birçoğunun, Westphalia Barışı süre-

¹¹¹ JACKSON, Robert: *Classical and Modern Thought on International Relations: From Anarchy to Cosmopolis*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, s.80; D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin: "La Notion de l'État", [içinde (s. 193-211), *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Başak Baysal/Alişan Çapan, Dost, Ankara, 2000, s. 194].

¹¹² BRANCOURT, Jean-Pierre: "Estat'lardan Devlete: Bir Sözcüğün Evrimi", [içinde (s. 177-190), *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Beki Haleva/Pınar Güzelyürek, Dost, Ankara, 2000, s. 177].

¹¹³ JACKSON, Robert: s. 80.

¹¹⁴ JACKSON, Robert: *Sovereignty: The Evolution of an Idea*, Polity Press, Cambridge, 2007, s.34.

¹¹⁵ JACKSON, Robert: *Classical and Modern Thought on International Relations: From Anarchy to Cosmopolis*, s. 81.

¹¹⁶ TESCHKE, Benno: s. 346.

¹¹⁷ IPO, m. 1; IPM, § 1.

cinin tamamlanmasından kısa süre sonra ortaya çıkan bir başka büyük savaşa girişmiş olması¹¹⁸, “Dokuz Yıl Savaşları” olarak bilinen, Katolik Koalisyon ile XIV. Louis’in emellerine karşı çıkan Protestan devletler arasında yaşanan savaş ve 1697’de sona eren Dokuz Yıl Savaşları’nı takip eden, Avrupa’nın neredeyse her yerinde karşımıza çıkan “Veraset Savaşları” ve diğer kıtalara yönelik sömürgecilik gibi yeni çatışmalar¹¹⁹ bu idealin de esasında başarıya ulaşmadığını ortaya koymaktadır.¹²⁰

KAYNAKÇA

1. Kitap, Tez ve Makaleler

ALCOCK, Antony: *A Short History of Europe, From the Greeks and Romans to the Present Day, Revised and Updated Edition*, Palgrave Macmillan, New York, 2002.

ANAYURT, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım, Güncellenmiş 2. Baskı*, Seçkin, Ankara, 2019.

ASCH, Ronald G.: “Estates and Princes after 1648: The Consequences of the Thirty Years War”, *German History*, Vol. 6, No. 2, 1988, s. 113-132.

BAINTON, Ronald H.: *Here I Stand: A Life of Martin Luther*, Hendrickson, Massachusetts, 1950.

BÉLY, Lucien: « Westphalie, Pyrénées, Utrecht : trois traités pour redessiner l’Europe », dans Òscar Jané (dir.), *Del Tractat dels Pirineus [1659] a l’Europa del segle XXI : un model en construcció ?*, Barcelona, Museu d’Història de Catalunya, 2010, s. 13-16.

¹¹⁸ CROXTON, Derek: *Westphalia: The Last Christian Peace*, Palgrave Macmillan, New York, 2013, s.3.

¹¹⁹ MOITA, Luis: s.23.

¹²⁰ Bkz. CHILDS, John: *The Nine Years' War and the British Army, 1688-1697: The Operations in the Low Countries*, Manchester University Press, Manchester, 1991, s. 5. 1914 öncesinde Avrupa’da yaklaşık olarak yüz yıl süren savaşız bir dönemin yaşanması ise, Westphalia Barışı ile pax Christiana’nın hayata geçirilmiş olmasıyla değil, burjuvazinin çıkarları doğrultusunda çatışma alanlarının Avrupa’dan, dünyanın sömürgeleştirilen yeni bölgelerine kaymasıyla ilişkilidir. POGGI, Gianfranco: s.112.

BIRELEY, Robert: *The Jesuits and the Thirty Years War: Kings, Courts, and Confessors*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

BODIN, Jean: *The Six Bookes of A Commonweale*, A Facsimile Reprint of the English Translation of 1606, Corrected and Supplemented in the Light of a New Comparison with the French and Latin Texts, Edited by Kenneth Douglas McRae, London, 1606.

BONNEY, Richard: *The Thirty Years' War 1618-1648*, Osprey, Oxford, 2002.

BOWDEN, John. & RICHARDSON, Alan (Ed.): *The Westminster Dictionary of Christian Theology*, Westminster Press, Philadelphia, 1983.

BRANCOURT, Jean-Pierre: "Estat'lardan Devlete: Bir Sözcüğün Evrimi", [içinde (s. 177-190), *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Beki Haleva/Pınar Güzelyürek, Dost, Ankara, 2000.

CHILDS, John: *The Nine Years' War and the British Army, 1688-1697: The Operations in the Low Countries*, Manchester University Press, Manchester, 1991.

CHRISTENSON, Gordon A.: "Liberty of the Exercise of Religion in the Peace of Westphalia", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 21, Winter 2013, s. 721-761.

COWANS, Jon (Ed.): *Early Modern Spain: A Documentary History*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2003.

CROXTON, Derek: *Westphalia: The Last Christian Peace*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

D'ENTRÈVES, Alessandro Passerin: "La Notion de l'Etat", [içinde (s. 193-211), *Devlet Kuramı*, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Başak Baysal/Alişan Çapan, Dost, Ankara, 2000.

DUHAMELLE, Christophe: "Les Noblesses Du Saint-Empire Du Milieu Du XVIe Au Milieu Du XVIIIe Siècle", *Revue D'histoire Moderne Et Contemporaine* (1954-), Vol. 46, No. 1, 1999, s. 146-170.

EIDE, Asbjørn: “National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights”, [içinde (s. 3-30), *Human Rights in Perspective: A Global Assessment*, Ed. Asbjørn Eide, Bernt Hagtvet, Blackwell Publishers, Oxford, 1992, s.13.]

ELDEN, Stuart: *The Birth of Territory*, The University of Chicago Press, Chicago, 2013.

ELIADE, Mircea: *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi*, C. III, Muhammed'den Reform Çağına, Çev. Ali Berktaş, Üçüncü Baskı, Kabalcı, İstanbul, 2013.

ERASMUS, Desiderius/LUTHER, Martin: *Discourse on Free Will*, Translated and Edited by Ernst F. Winter, Bloomsbury, London, 2013.

ESTEP, William R.: *Renaissance and Reformation*, William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 1986.

FORELL, George Wolfgang: *The Protestant Fair*, Fortress Press, Philadelphia, 1975.

FORSTER, Greg: *The Contested Public Square: The Crisis of Christianity and Politics*, IVP Academic, Illinois, 2008.

FULBROOK, Mary: *A Concise History of Germany*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

GAGLIARDO, John G.: *Germany under the Old Regime 1600-1790*, Routledge, New York, 2013.

GANTET, Claire. « L'institutionnalisation d'une négociation. La ritualisation de la paix de Westphalie (1648) », *Hypothèses*, Vol. 4, No. 1, 2001, s. 181-187.

GONZÁLEZ, Justo L.: *A History of Christian Thought: From the Protestant Reformation to the Twentieth Century*, Volume:III, Revised Edition, Abingdon Press, Nashville, 1987.

GOPIN, Mark: *Between Eden and Armageddon: The Future of World Religions, Violence, and Peacemaking*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Bası, Bursa, 2011.

GROSS, Leo: “The Peace of Westphalia, 1648-1948”, *The American Journal of International Law*, Vol. 42, No. 1, (Jan., 1948), s. 20-41.

GUTHRIE, William P.: The Later Thirty Years War: From the Battle Wittstock to the Treaty of Westphalia, Greenwood Press, Westport, 2003.

HARMAN, Chris: Halkların Dünya Tarihi: Taş Çağından Yeni Binyıla, Çev. Uygur Kocabaşoğlu, Yordam Kitap, 5. Basım, İstanbul, 2016.

HILLERBRAND, Hans J.: A New History of Christianity, Abingdon Press, Nashville, 2012.

İBN HALDUN: Mukaddime, I. Cilt, Yayıma Hazırlayan: Arslan T , İlgi Kültür Sanat, İstanbul, 2015.

JACKSON, Robert: Classical and Modern Thought on International Relations: From Anarchy to Cosmopolis, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

JACKSON, Robert: Sovereignty: The Evolution of an Idea, Polity Press, Cambridge, 2007.

JESSEN, Hans: Der Dreißigjährige Krieg in Augenzeugenberichten, K. Rauch, Düsseldorf, 1963.

JOHNSON, James Turner: Holy War Idea in Western and Islamic Traditions, The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2002.

KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş, 13. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2001.

KOÇDEMİR, Ömer: Milli Devlet ve Küreselleşme: Anlamı Değişen Sınırlar, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2004.

KONNERT, Mark: Early Modern Europe: The Ages of Religious War, 1559-1715, University of Toronto Press, Toronto, 2008.

KRASNER, Stephen D.: “Westphalia and All That”, [içinde (s. 235-264), *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*, edited by Judith Goldstein and Robert O. Keohane, Cornell University Press, Ithaca, 1993.]

KRASNER, Stephen D.: *Power, the State, and Sovereignty*, Routledge, Oxon, 2009.

KRASNER, Stephen D.: *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, New Jersey, 1999.

KÜÇÜK, Abdurrahman/TÜMER, Günay/KÜÇÜK, Mehmet Alparslan: *Dinler Tarihi*, 3. Baskı, Berikan Yayınevi, Ankara, 2011.

LEE, Stephen J.: *Aspects of European History 1494-1789*, Routledge, London, 1992.

LINDER, Robert Dean: *The Reformation Era*, Greenwood Press, Westport, 2008.

LUTHER, Martin: *The Ninety-Five Theses and Three Primary Works*, Edited by Henry Wace-C. A. Buchheim, Lutheran Publication Society, Philadelphia, 1885.

MACHIAVELLİ, Niccolò: *Prens*, Çeviren: Kemal Atakay, Can Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2012.

MILTON, Patrick/AXWORTHY, Michael/SIMMS, Brendan: *Towards A Westphalia for the Middle East*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

MOITA, Luis: “A Critical Review on the Consensus Around the ‘Westphalian System’”, *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 3, No. 2, fall 2012, s. 17-42.

NEXON, Daniel H.: *The Struggle for Power in Early Modern Europe: Religious Conflict, Dynastic Empires, And International Change*, Princeton University Press, New Jersey, 2009.

NOWAK, Manfred: *Introduction to the International Human Rights Regime*, Brill Academic Publishers, Leiden, 2003.

OKANDAN, Recai Galip: Umumi Amme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1966.

OSIANDER, Andreas: “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, *International Organization*, Vol. 55, No. 2, s. 251-287.

OSIANDER, Andreas: The States System of Europe, 1640-1990: Peacemaking and the Conditions of International Stability, Clarendon Press, Oxford, 1994.

OWEN IV, John, M.: The Clash of Ideas in World Politics: Transnational Networks, States, and Regime Change, 1510-2010, Princeton University Press, New Jersey, 2010.

ÖKTEM, Akif Emre: Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte, Ankara, 2002.

PARKINSON, F.: The Philosophy of International Relations: A Study in the History of Thought, Sage Publication, Beverly Hills, 1977.

PHILPOTT, Daniel: Revolutions in Sovereignty : How Ideas Shaped Modern International Relations, Princeton Studies in International History and Politics, Princeton University Press, Princeton N.J., 2001.

POGGI, Gianfranco: Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2012.

REDSLOB, Robert. Histoire Des Grands Principes Du Droit Des Gens Depuis L'Antiquité Jusqu'à La Veille De La Grande Guerre, Librairie Arthur Rousseau: Rousseau & cie, éditeurs, Paris, 1923.

RYAN, E. A.: “Catholics and the Peace of Westphalia”, *Theological Studies*, Vol. 9, No:4, 1948, s. 590-599.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

SANDER, Oral: Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e, 15. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

SAYGILI, Abdurrahman: Kutsal Canavar Devlet, 4. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2018.

SHAH, Timothy Samuel/PHILPOTT, Daniel: “The Fall and Rise of Religion in International Relations: History and Theory”, [içinde (s. 24-59), Religion and International Relations Theory, Edited by Jack Snyder, Columbia University Press, New York, 2011.]

SHEEHAN, Michael: The Balance of Power: History & Theory, Routledge, London, 1996.

SPRUYT, Hendrik: The Sovereign State and Its Competitors: An Analysis of Systems Change, Princeton University Press, New Jersey, 1994.

STEFFEN, Lloyd: Holy War, Just War: Exploring the Moral Meaning of Religious Violence, Rowman & Littlefield Publishers, Plymouth, 2007.

TANİLLİ, Server: Uygarlık Tarihi, 29. Baskı, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul, 2013.

TANNENBAUM, Donald G./SCHULTZ, David: Siyasi Düşünceler Tarihi, Çev.Fatih Demirci, 7. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2011.

TATAR, Dilara Buket: Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme, AHBVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019.

TESCHKE, Benno: 1648 Söylencesi: Sınıf, Jeopolitik ve Modern Uluslararası İlişkilerin Kuruluşu, Çev. Bülent Şimşek, 1. Baskı, Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2017.

THIO, Li-ann: Managing Babel: The International Legal Protection of Minorities in the Twentieth Century, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005.

UYGUN, Oktay: Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

WALKER, Mack: Johann Jakob Moser and the Holy Roman Empire of the German Nation, UNC Press, Carolina, 1981.

WELCH, Ellen R.: A Theater of Diplomacy: International Relations and the Performing Arts in Early Modern France, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2017.

WILSON, Peter H. "The Causes of the Thirty Years War 1618-48", *The English Historical Review*, Vol. 123, No. 502, 2008, s. 554-586.

WILSON, Peter H.: The Thirty Years War: A Sourcebook, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010.

WILSON, Peter H.: War, State and Society in Württemberg, 1677-1793, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

YILDIZ, Yusuf: Osmanlı-Habsburg İlişkileri, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2013.

2. İnternet Kaynakları

(<http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/>, Erişim 19.02.2020)

(<https://incil.info/kitap/rev/16>, Erişim 11.03.2020)

(<https://islamansiklopedisi.org.tr/mehdi>, Erişim 11.03.2020)

(<https://incil.info/arama/Yuhanna+10>, Erişim 12.03.2020)

(<https://kutsal-kitap.net/bible/tr/index.php?id=869&mc=1&sc=831>, Erişim 11.03.2020)

(http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/o_1732en-treatys.pdf, Erişim:19.02.2020)

(http://www.pax-westphalica.de/ipmipo/pdf/m_1710en-treatys.pdf, Erişim:19.02.2019)

VERGİYE UYUMLU MÜKELLEFLERE UYGULANAN VERGİ İNDİRİMİ MÜESSESESİ

The Implementation of the Tax Reduction to the Tax-Compliant Taxpayers

*Dr. Öğr. Üyesi Orçun AVCI**

ÖZET

Vergisini zamanında ödeyen uyumlu mükellefler için getirilen müessese ile birlikte mükellefler % 5'lik vergi indiriminden faydalanabilmektedir. 2017 yılında çıkarılan 6824 sayılı Kanun ile getirilen uygulamadan, finans ve bankacılık sektörleri hariç ticari, zirai veya mesleki faaliyette bulunan gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri yararlanabilmektedir. Ancak vergi adaletini, vergisini düzenli ödeyen mükelleflerin lehine çeviren uygulamada Anayasa'ya aykırılık teşkil edebilecek bazı hususlar söz konusudur. Bu hususlara ilişkin değerlendirmeler de çalışmanın kapsamında yer almaktadır. Çalışmada, 2018 yılından itibaren uygulanmaya başlanılan bu müessesenin nasıl uygulandığı, uygulama konusunda ortaya çıkan zorluklar, mevcut eksiklikler ve yapılması gerekenler konusunda alana katkıda bulunulmaya çalışılmıştır. Bunlara ek olarak, tereddüt yaratan hususlara yönelik görüş ve değerlendirmeler yer alacaktır.

Anahtar Sözcükler: Mükellefler, Vergiye Uyumlu Mükellefler, Vergi İndirimi, Vergiye Gönüllü Uyum, Beyan ve Ödeme.

* Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, or-cun.avci@outlook.com, ORCID ID: 0000-0002-7917-9802

Makale Geliş Tarihi:21.08.2019

Makale Kabul Tarihi:28.02.2020

ABSTRACT

Tax-compliant taxpayers can benefit from the 5 % tax reduction by the new legislation. The income and corporate taxpayers engaged in commercial, agricultural or professional activities except for the finance and banking sectors can utilize from the tax reduction according to Law No. 6824, which was enacted in 2017. However, some issues may contradict to the Turkish Constitution in the context of the equal protection of the law and other aspects. The evaluations related to these issues are examined in the study. It is sought to be contributed to the field, in terms of existing deficiencies and the difficulties of the tax reduction implementation, also actions to be taken in the new law which has been implemented since 2018. Additionally, some opinions and assessments about the concerns on the new legislation will be included in the issues.

Keywords: Taxpayers, Tax-Compliant Taxpayers, Tax Reduction, Voluntary Tax Compliance, Tax Declaration and Tax Payment.

GİRİŞ

Vergi affi uygulamaları, vergisel yükümlülüklerini zamanında ve tam olarak yerine getirmeyen mükellefleri koruyucu bir rol oynamaktadır. Aynı zamanda bu durum, vergisel yükümlülüklerini kanuna uygun olarak yerine getiren mükelleflerin vergiye uyumlarını olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Vergi affi uygulaması ile vergisini düzenli ödeyen mükellefler nezdinde, herhangi bir avantaj sağlanamamaktaydı. Bu durum, yeni bir düzenlemeye olan ihtiyacı kaçınılmaz hale getirmiştir. 6824 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) mükerrer 121. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu madde ile birlikte, "vergiye uyumlu mükelleflere vergi indirim" başlığı altında düzenleme vergi sistemimize girmiştir. Vergi bilinci yüksek olan mükelleflerin ödüllendirilmesini amaçlayan müessese, 01.01.2018 tarihinden itibaren vergi indirimine yönelik yasal düzenleme ile uygulanmaya başlanmıştır. Son çıkarılan 7194 sayılı Kanun ile birlikte uygulamada bazı değişiklikler yapılmıştır. Esas amacın uygulamanın kolaylaştırılmasının sağlanması olması oldukça önemlidir.

Çalışmanın amacı, vergi mevzuatımıza yeni gelen bu müessesenin ortaya çıkış amacının sorgulanması, şartlarının istenen sonuca ulaşmada ne denli etkin olduğunun ve uygulamadaki eksik yönlerinin ortaya konmasıdır. Çalışmada, bu müessesenin yapısı ve öneminden bahsedilerek, uygulamadan faydalanabilecek mükellefler hususunda gerekli açıklamalar yapılacaktır. Ayrıca, bu müesseseden faydalanma şartları ve ortaya çıkan sorunlar değerlendirilecektir. Özelgeler ışığında değerlendirilen sorunların akabinde son olarak müessesenin uygulanması ve şartların ihlali durumunda mükelleflerin karşılaşacağı yaptırımlar ele alınacaktır. Bu bağlamda bazı çözüm önerileri üzerinde de durulacaktır.

I. VERGİ İNDİRİMİ MÜESSESİNİN YAPISI VE ÖNEMİ

Vergi idarelerinin birincil önceliği ödenmesi gereken vergileri toplayabilmektir. Ancak, bazen mükelleflerden kaynaklanan nedenlerle (ihmalkârlık, dikkatsizlik, kasıt, kayıtdışı gibi) bazen de idareden kaynaklanan nedenlerle (kanunların anlaşılmaazlığı, bürokratik işlemler, verimsiz idari örgütlenme gibi) kanunların öngördüğü vergiler toplanamamaktadır. Vergisel yükümlülüklerini yerine getirmeyen (uyumsuz) mükelleflerle mücadele edebilmek için öncelikle uyumsuzluğun nedenlerini tespit etmek gerekir¹. Daha sonrasında ise, idare tarafından daha bütüncül bir yaklaşımla yaşanan soruna çeşitli çözüm önerileri geliştirmek gerekmektedir.

Bazı niteliklere sahip mükelleflerin vergilendirilebilir gelirleri üzerinden belli tutarlarda eksiltmeler yapılması vergi indirimi olarak kabul edilmektedir². Vergiye uyumlu mükelleflere vergi indirimi müessesesi bir anlamda halk arasında “vergi affı” tabiriyle bilinen matrah arttırımı ve yapılandırmaya ikame olarak düşünölmüş olsa da matrah arttırımı ve yapılandırma altında getirilen vergisel avantajlar çok daha fazla olarak karşımıza çıkmaktadır³.

Uyumlu mükelleflere vergi indirimi müessesesinin gerekli olup olmadığı hususunu daha somut bir biçimde ortaya koyabilmek adına son on yılda ülkemizde gerçekleşen genel bütçe vergi gelirlerine ilişkin toplam tahsilat/toplam tahakkuk oranlarından bahsetmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Tahakkuk eden vergilerin tahsilat oranları son on yılda Tablo 1’deki biçimde gerçekleşmiştir.

Tablo 1. Genel Bütçe Vergi Gelirleri Tahsilat Oranları (Toplam Tahsilat/Toplam Tahakkuk 2010-2019)

Yıllar	Tahsilat Oranları (%)
2010	86,2
2011	85,6
2012	86,4
2013	86,8

¹ Okan UÇANOK, “Uyumsuzlukla Mücadele”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı: 401, Ocak, 2015, s. 68.

² Bilal CAN / Veysel ÇİMAN, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndiriminde Tarhiyat Öncesi Uzlaşmanın Etkisi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 368, Mayıs, 2019, s. 60.

³ Kazım ALTINDAĞ, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi”, *Vergi Raporu Dergisi*, Sayı: 217, Ekim, 2017, s. 87.

2014	85,2
2015	84,7
2016	81,2
2017	82,3
2018	81,4
2019	81,0

Kaynak: Gelir İdaresi Başkanlığı, https://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/GBG/Tablo_17.xls.htm, (Erişim Tarihi: 16.02.2020).

Tablodan anlaşılacağı üzere, yıllar itibariyle vergi gelirlerinin tahsilat/tahakkuk oranlarında birkaç yıl haricinde bir düşüş söz konusu olmuştur. 2016 yılında tahsilat/tahakkuk oranlarının daha da geriye gitmesinin, mükelleflerin Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 6736 sayılı Kanun'dan yararlanması ve borçlarının ödenecek kısımlarının da vadesinin izleyen yıllara sarkmasından kaynaklandığı yorumunu yapmak mümkündür⁴. Vergi gelirlerinin tahsilat oranlarının artırılabilmesi için mükelleflerin vergisel yükümlülüklerini yerine getirmeleri hususunda teşvik etmek oldukça önem arz etmektedir.

Vergisini düzenli ödeyen mükellefler için getirilen müessese, vergiye gönüllü uyumu yüksek olan mükellefler açısından bir bakıma ödüllendirme mahiyetindedir. Vergi borçları hususunda söz konusu müessese öncesi süreç değerlendirildiğinde, borcunu ödemeyen mükelleflere yönelik vergi aflarının uygulandığı görülmektedir. Ancak bu durum, vergisel yükümlülüğünü zamanında ve eksiksiz bir şekilde yerine getiren mükellefler açısından herhangi bir ekonomik avantaj sağlamadığı düşüncesiyle mükellefleri negatif bir hissiyata sürüklemektedir.

Konu kapsamında, süresinde sosyal güvenlik primini ödeyen mükelleflere tanınan indirim hakkı gibi bir düzenlemenin tahakkuk eden vergilere de uygulanmasının tartışılmasıyla mükellefler açısından bir beklenti oluşmaya başlamıştır. Daha sonra konu ile ilgili 08.03.2017 tarih ve 30001 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6824 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılanması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 193 sayılı GVK'nın yeniden düzenlenen mülga mükerrer 121. mad-

⁴ Mehmet CİVAKLI, "Uyumlu Mükelleflere Vergi Avantajı", **Vergi Raporu Dergisi**, Sayı: 214, Temmuz, 2017, s. 72.

desinde⁵ vergisini tam ve zamanında ödeyen mükelleflere vergi indirimi uygulaması getirilmiştir. Vergiye uyumlu mükelleflere getirilen vergi indirimi müessesesine ilişkin usul ve esaslar belirlenerek şartları taşıyanlar yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan verginin % 5'ini, ödemesi gereken gelir veya kurumlar vergisinden düşürebilme şansına kavuşmuştur⁶.

Müessesenin özüne baktığımızda; gelir idaresinin mükellef odaklı yaklaşım ile, kaliteli hizmet sunma anlayışından ödün vermeden mükellef memnuniyeti, vergi bilinci ile gönüllü uyumu arttırmayı, vergi tahsilatında etkinliği ve kayıtlı ekonomiyi teşvik etmeyi amaçlamasının bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. Bu kapsamda vergi bilinci ve vergiye gönüllü uyumun arttırılması adına çıkarılan müessese ile ayrıca mükellef arasında vergisini zamanında ve tam ödeyenler için eşitsizlik duygusunun giderilmesi hedeflenmiştir. Bu sebeple de müessese, büyük önem arz etmektedir.

Mükerrer 121. maddenin genel gerekçesinde vergiye gönüllü uyumun arttırılması adına uyumlu gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin yıllık beyanname ile beyan ettikleri gelir ve kurumlar vergisinin belli bir kısmına kadar indirim uygulanması yönünde düzenleme yapıldığı ifade edilmiştir⁸. Gelir İdaresi Başkanlığı, vergi indirimi uygulamasına ilişkin açıklamaların yer aldığı “*Vergiye Uyumlu Mükelleflere % 5 Vergi İndirimi*” broşürü⁹ hazırlayarak, mükelleflerin konuya ilişkin daha kolay ve açıklayıcı bilgi almasını sağlamıştır. Söz konusu broşüre 05.03.2019 tarihinden bu yana erişim sağlanabilmektedir.

⁵ Bu madde başlığı “Ücretlilerde vergi indirimi” iken, 23.02.2017 tarihli ve 6824 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle “Vergiye uyumlu mükelleflere vergi indirimi” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

⁶ Mustafa ŞAHİN, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi”, **E-Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 319, Temmuz, 2019, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33239>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

⁷ Mehmet YÜCEL, “Vergiye Uyumlu Mükelleflerin Borçlarının Tecili Uygulamasının Usul ve Esasları-I”, **E-Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 307, Temmuz, 2018, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=31258>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

⁸ Teklifin 1. maddesi olan maddenin madde gerekçesi şöyledir: “*Yapılan düzenleme ile ticari, zirai veya mesleki faaliyeti nedeniyle gelir vergisi mükellefi olanlar ile finans, bankacılık ve sigortacılık sektörlerinde faaliyet gösterenler hariç olmak üzere, kurumlar vergisi mükelleflerinden, maddede yer alan şartları taşıyanların verecekleri yıllık gelir ve kurumlar vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan verginin %5’inin, ödemesi gereken vergiden indirilmesi, indirilemeyen tutarların ise yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken tarihi izleyen bir tam yıl içinde mükellefin beyanı üzerine tahakkuk eden diğer vergilerinden mahsup edilmesi imkânı sağlanmakta, mahsup edilemeyen tutarların ise iade edilmemesi öngörülmektedir*”....(CAN / ÇİMAN, **a.g.m.**, s. 61).

⁹ Söz konusu broşür için bkz. https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/beyanname-rehberi/vergi_indirimi_brosuru.pdf, (Erişim Tarihi: 02.08.2019).

Ayrıca interaktif vergi dairesi¹⁰ uygulamasından, vergiye uyumlu mükelleflere tanınan vergi indirimi müessesesine ilişkin durum sorgulama şansı tanınmaktadır. Bu kapsamda gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri, beyannamelerini vermeden evvel “sorgulamalar” sekmesinden durumlarını sorgulayabilirler. Uygulama ile mükelleflere ciddi bir kolaylık sağlanmaktadır.

II. VERGİ İNDİRİMİ MÜESSESESİNDEN FAYDALANABİLECEK MÜKELLEFLER

GVK'nın mükerrer 121. maddesinin birinci fıkrası uyarınca indirimden yararlanacak ve yararlanamayacak mükellefler aşağıdaki gibidir¹¹:

- Ticari, zirai veya mesleki faaliyeti nedeniyle gelir vergisi mükellefi olanlar bu indirimden istifade edebilir. Ancak bu unsurların dışındaki gelir unsurları (ücret, menkul sermaye iradı, gayrimenkul sermaye iradı ve diğer kazanç ve iratlar) nedeniyle yıllık gelir vergisi beyannamesi veren mükellefler indirimden faydalanamayacaktır. Diğer taraftan, ticari, zirai veya mesleki faaliyeti nedeniyle yıllık gelir vergisi beyannamesi veren mükelleflerin beyannamelerinde yer alan diğer gelir unsurları için indirimden faydalanması mümkün değildir. Bu unsurlara tekabül eden gelir vergisi, indirim tutarının hesaplanmasında dikkate alınmaz.
- Finans ve bankacılık sektörlerinde faaliyet gösterenler, sigorta ve reasürans şirketleri, emeklilik şirketleri ve emeklilik yatırım fonları hariç olmak üzere kurumlar vergisi mükellefleri indirimden faydalanabilir.

Fıkra hükmünde, finans ve bankacılık sektörlerinde faaliyette bulunan kurumlar vergisi mükellefleri ile onların ilişkili oldukları sigorta, reasürans ve emeklilik sektörlerinde faaliyette bulunan kurumlar vergisi mükellefleri için de bir ayırım gözetilerek bu gibi mükellefler de indirimden faydalandırılmıştır. Bu sektörlerde faaliyette bulunan mükelleflerin ekonomik büyüme içerisinde önemli bir yerde konumlandığı bilinmektedir. Zira, reel sektörün fonlanması, bunun sonucunda kurumların üretim kapasitelerini arttırmaları ve gayri safi yurtiçi hasılaya katkıda bulunmaları noktasında, bankacılık ve finans sektöründen aktarılan kaynağın da önemli rolü bulunmaktadır¹².

¹⁰ İlgili uygulama için bkz. https://ivd.gib.gov.tr/tvd_side/, (Erişim Tarihi: 19.02.2020).

¹¹ İlyas MERİÇ, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 452, Nisan, 2019, s. 131-132.

¹² Mustafa Baturhan GENÇASLAN, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere % 5'lik Vergi İndirimi Uygulaması Üzerine Görüşler”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 455, Temmuz, 2019, s. 128.

Kanun maddesinde tam-dar mükellef ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla yıllık gelir vergisi ve kurumlar vergisi beyannamesi veren tam/dar gerçek kişi mükellef ve tam/dar mükellef kurum bu indirimden yararlanabilecektir¹³.

III. VERGİ İNDİRİMİ MÜESSESESİNDEN FAYDALANMA ŞARTLARI VE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin vergi indiriminden yararlanabilmeleri için aşağıda belirtilen dört şartı aynı anda sağlamaları gerekmektedir¹⁴:

- **Birinci Şart: İlgili dönem vergi beyannamelerinin¹⁵ kanuni süresi içerisinde verilmiş ve bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin de kanuni süresi içerisinde ödenmiş olması gerekmektedir.**

İndirimden faydalanılabilmesi için mükelleflerin, indirimin hesaplanacağı beyannamenin ait olduğu yıl ile bu beyannamenin ait olduğu yıldan önceki son iki yıla ilişkin olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bağlı vergi dairelerine verilmesi gereken gelir veya kurumlar vergisi, katma değer vergisi, muhtasar gibi tüm vergi beyannamelerini kanuni süresi içerisinde vermiş ve bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerini de kanuni süresi içerisinde ödemiş olmaları gerekmektedir. Diğer taraftan, kanuni süresi içerisinde verilen bir beyannameye ilişkin olarak, kanuni süresinden sonra düzeltme amacıyla veya pişmanlıkla verilen beyannameler vergi indiriminden yararlanılmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak, indirimden yararlanılabilmesi için bu beyannameler üzerine tahakkuk eden vergilerin de kanuni süresi içerisinde ödenmiş olması gerekmektedir¹⁶.

¹³ MERİÇ, a.g.m., s. 132.

¹⁴ Tezcan ATAY, "Vergiye Uyumlu Mükelleflere Sağlanan % 5'lik İndirim Müessesesi-I", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 315, Mart, 2019, https://uye.yaklasim.com/Magazin_eContent.aspx?ID=32901, (Erişim Tarihi: 21.07.2019).

¹⁵ 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 07.12.2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 7194 sayılı Kanun'un 18. maddesi gereğince, "Bu maddede geçen vergi beyannameleri ibaresi, yıllık gelir vergisi ve kurumlar vergisi beyannameleri, geçici vergi beyannameleri, muhtasar, muhtasar ve prim hizmet beyannameleri ile Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine verilmesi gereken katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi beyannamelerini; vergi ibaresi, anılan Bakanlığa bağlı vergi dairelerine verilmesi gereken beyannameler üzerine tahakkuk eden vergileri ifade eder" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

¹⁶ 301 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin 4.1 bölümü.

- **İkinci Şart: İlgili dönemlere ilişkin olarak beyana tabi vergi türleri itibariyle ikmalen, re'sen veya idarece yapılmış bir tarhiyat bulunmaması gerekmektedir.**

Gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin vergi indiriminden yararlanabilmeleri için, indirimin hesaplanacağı beyannamenin ait olduğu yıl ile bu yıldan önceki son iki yıl içerisinde haklarında beyana tabi vergi türleri itibariyle ikmalen, re'sen veya idarece yapılmış bir tarhiyat bulunmaması gerekmektedir. Bahsi geçen dönemler için haklarında ikmalen, re'sen veya idarece yapılmış bir tarhiyat bulunan mükellefler, tarhiyatın kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın, indirimden yararlanamayacaktır. Diğer taraftan, söz konusu dönemlere ilişkin olarak ikmalen, re'sen veya idarece yapılan tarhiyatların indirimin hesaplanacağı gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken süreden önce kesinleşmiş yargı kararlarıyla veya Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) uzlaşma ya da düzeltme hükümlerine göre tamamen ortadan kaldırılmış olması ve diğer şartların da sağlanması kaydıyla vergi indiriminden yararlanılması mümkün olacaktır. Ancak, yapılan tarhiyatların kesinleşmiş yargı kararları, uzlaşma veya düzeltme hükümleri ile kısmen ortadan kaldırılması durumunda ise indirimden yararlanılamayacaktır¹⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus tarh edilen verginin tamamen ortadan kaldırılmış olması gerektiğidir. Konuyla ilgili verilen iki özelve baktığımızda¹⁸:

“...Bağlı olduğunuz Vergi Dairesi Müdürlüğünün 2013 yılı indirimli orana tabi KDV iadesi tutarlarını fazla ve yersiz olarak iade aldığınız yönündeki tespiti üzerine, anılan Müdürlük tarafından şirketiniz adına yapılan tarhiyatların, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 121 inci maddesinde belirtilen indirimin hesaplanacağı beyannamenin ait olduğu yıl ile bu yıldan önceki son iki yıl (2015-2016-2017) içerisinde (10.05.2017 tarihinde) yapılmış olması ve kesinleşmiş yargı kararlarıyla veya Vergi Usul Kanununun uzlaşma ya da düzeltme hükümlerine göre tamamen ortadan kaldırılmayıp, uzlaşmaya gidilmek suretiyle ödenmiş olması nedeniyle, anılan Kanun maddesinde belirtilen %5 kurumlar vergisi indiriminden yararlanmanız mümkün bulunmamaktadır¹⁹.”

“...2013 hesap dönemine ilişkin olarak 2016 yılında düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden tarh edilen vergilerin

¹⁷ 301 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin 4.2 bölümü.

¹⁸ MERİÇ, a.g.m., s. 134.

¹⁹ Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 10.05.2018 tarih ve 84098128-125[32-2018/4] E.204105 sayılı Özelgesi.

ve kesilen cezaların, Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 121 inci maddesi kapsamında kesinleşmiş yargı kararlarıyla veya 213 sayılı Vergi Usul Kanununun uzlaşma ya da düzeltme hükümlerine göre tamamen ortadan kaldırılmaksızın, 6736 sayılı Kanundan faydalanılarak ödenmiş olması nedeniyle, ilgili dönemlerde vergiye uyumlu mükelleflere sağlanan %5'lik vergi indiriminden yararlanmanız mümkün bulunmamaktadır²⁰."

Vergi indiriminin bu koşulunu sağlayabilmek mükellefler açısından oldukça zor görünmektedir. Mükellefler çok yüksek olmayan bir tutardan dolayı uzlaşmış olmalarına rağmen indirim hakkını kaybedeceklerdir. Mükellefin uzlaşmayı yargı yolunu seçmesi halinde de, indirimin hesaplanacağı hesap dönemine ait kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken süreden sonraki bir tarihte yargı kararının kesinleşmesi durumunda da (mükellef haklı çıksa bile) mükellefin söz konusu indirimden yararlanması mümkün olmayacaktır. Ülkemizdeki yargı sürecinin sonuçlanma süresi göz önüne alındığında, indirimin hesaplanacağı hesap dönemine ait kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken süreden önce ihtilafın sonuçlanma ihtimali çok yüksek değildir. Herhangi bir yargı kararı beklenmeksizin mükellef haklarının askıya alınması hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Bu sebeple konu ile ilgili mükelleflerin mağduriyetini giderici yasal bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır²¹.

- **Üçüncü Şart: Vergi indiriminin hesaplanacağı beyannamenin verildiği tarih itibariyle vergi aslı (vergi cezaları ile fer'i alacaklar dâhil) 1.000 TL'nin üzerinde vadesi geçmiş borcunun bulunmaması gerekmektedir.**

7194 sayılı Kanun'un 18. maddesi kapsamında yapılan değişiklik ile birlikte söz konusu şarta esneklik getirilmiştir. Şayet ödeme, iade alacaklarından mahsuben yapılmışsa (ilgili bilgi ve belgelerin tam ve eksiksiz olarak ibraz edilmiş olması koşuluyla) ve indirimden yararlanıldıktan sonra söz konusu iade alacağı tutarı mahsuben ödemesi talep edilen vergi borcu tutarının altına düşmüş ise, eksik ödenmiş duruma gelen vergilerin mahsuben ödenmek istenilen tutarın % 10'unu aşmaması durumunda, indirimden faydalanılması mümkün olacaktır. "*Mükelleflerin, vergi indiriminden yararlanabilmeleri için, indirimin*

²⁰ Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 21.11.2018 tarih ve 62030549-120[Mük.121-2018/504]-E.1043218 sayılı Özelgesi.

²¹ Burak DEMİRKAN, "Örneklerle Vergiye Uyumlu Mükelleflere Uygulanan Vergi İndirimi Müessesesinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Vergi Raporu Dergisi**, Sayı: 234, Mart, 2019, s. 64.

hesaplanacağı beyannamenin verildiği tarih itibarıyla vergi aslı (vergi cezaları ile fer'i alacaklar dahil) 1.000 TL'nin üzerinde vadesi geçmiş borçlarının bulunmaması gerekmektedir. Söz konusu 1.000 TL'lik borcun hesabında Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bağlı vergi dairelerine verilmesi gereken vergi beyannameleri üzerine tahakkuk eden vergi asılları ile vergi cezalarının (vergi ziyat cezası, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları) toplamı dikkate alınacaktır. Söz konusu 1.000 TL'lik borcun hangi döneme ait olduğunun önemi bulunmamaktadır²²”.

Son yapılan düzenleme ile birlikte ayrıca, vergi kanunları gereğince, tecil edilerek belirlenen şartların gerçekleşmesine bağlı olarak terkin edilecek vergilerin, şartların sağlanamaması halinde kanunlarında belirlenen tecil süresinin sonunu takip eden 15. günün bitimine kadar ödenmesi şartıyla, indirimden faydalanılabilecektir.

- **Dördüncü Şart: Vergi indiriminin hesaplanacağı beyannamenin ait olduğu yıl ile önceki dört takvim yılında VUK'un 359. maddesinde sayılan fiillerin işlenmemiş olması gerekmektedir.**

Vergi indiriminin hesaplanacağı beyannamenin ait olduğu yıl ile önceki dört takvim yılında VUK'un kaçakçılık suçlarını düzenleyen 359. maddesinde sayılan fiilleri işlediği tespit edilen mükellefler vergi indiriminden yararlanamazlar²³. Burada kastedilen son 5 takvim yılında 359. maddede sayılan fiillerin işlenmemesidir. Bu kapsamda, 2010 hesap döneminde kaçakçılık suçu işlendiğinin tespitinin 2015 yılında yapılmış olması, 2017 yılındaki indirim uygulamasına zarar getirmeyecektir. Tersine, 2014 yılına ilişkin kaçakçılık suçunun tespitinin 2018 yılında yapılmış olması halinde, 2017 yılında yersiz yararlanılan indirim sebebiyle ödenmeyen vergi aranacaktır. Tespitin 2018 yılında yapılmış olması fiilin 2014 yılında işlendiği gerçeğini değiştirmemektedir²⁴.

Bu bölüme ilişkin bir diğer tartışma yaratabilecek husus, VUK'un 359. maddesinde sayılan fiillerin işlendiğinin tespiti için vergi inceleme elemanlarının tanzim edeceği vergi suçu raporlarının yeterli olup olmadığıdır. Zira vergi suçu raporu, adli süreç açısından savcılığa yapılan suç duyurusu mahiyetinde yer almaktadır. Öyle ki, VUK'un 367. maddesinde, “yaptıkları inceleme sırasında 359. maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden” inceleme elemanlarının keyfiyeti Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirmesinin mecburi olduğu belirtilmiş-

²² 301 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin 4.3 bölümü.

²³ 301 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin 4.4 bölümü.

²⁴ Okan COŞGUN, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirim Teşviki”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 430, Haziran, 2017, s. 88.

tir. Dolayısıyla, ceza hukuku bağlamında mükellefin kaçakçılık suçunu işlediğinin tespiti ve cezası ancak adli yargılamanın tamamlanmasıyla söz konusu olacaktır. Öte yandan, VUK'un 367. maddesinin son fıkrasında; ceza mahkemesi kararlarının, vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, vergi inceleme elemanının vergi suçu raporuyla birlikte vergi hukuku bağlamında kaçakçılık suçunun vergisel yaptırımları uygulanabilecektir. Adli yargılama neticesinde mükellefin kaçakçılık suçunu işlemediğine hükmedilse bile, bu durumun vergisel yaptırımlara etkisi olmayacaktır. Hakkında vergi suçu raporu bulunan mükellef nezdinde kaçakçılık fiili sebebiyle herhangi bir vergi tarhiyatı yapılamamış olması da durumu değiştirmeyecektir. Buna göre, vergi suçu raporunda kaçakçılık suçunun işlendiğinin tespitinin yapılması indirim uygulamasından faydalanılmasına engel olacaktır²⁵.

IV. VERGİ İNDİRİMİ MÜESSESİNİN UYGULANMASI VE ŞARTLARIN İHLALİ DURUMUNDA KARŞILAŞILACAK YAPTIRIMLAR

Bu uygulama, 01.01.2018 tarihinden sonra verilecek yani 2017 takvim yılı gelir ve kurumlar vergisi beyannameleri için geçerlidir. Vergi indirimine ilişkin şartları haiz mükellefler, yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir veya kurumlar vergisinin % 5'i oranında vergi indirimi tutarını hesaplayacaktır. Vergi indirimi tutarı, her hal ve takdirde 1.400.000 TL²⁶'den fazla olamayacaktır. Bu suretle hesaplanan vergi indirimi tutarı, öncelikle bu beyannameler üzerinden ödenmesi gereken gelir veya kurumlar vergisinden indirilebilecektir. Vergi indirim tutarının ödenmesi gereken vergiden fazla olması durumunda ise kalan tutar, yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken tarihi izleyen bir tam yıl içinde mükellefin beyanı üzerine tahakkuk eden diğer vergilerinden mahsup edilebilecektir. Bu süre içerisinde mahsup edilemeyen tutarlar red ve iade edilmeyecektir. Buna göre, mükelleflerin yıl içinde ödedikleri geçici vergi veya kendilerinden yapılan tevkifatlar dolayısıyla beyannamede ödenmesi gereken gelir veya kurumlar vergisi yoksa bir yıl süreyle söz konusu indirim tutarları için mahsup hakkı doğmaktadır. Belirtilen mahsup hakkı GVK'nın mükerrer 120. maddesi ve 121.

²⁵ COŞGUN, **a.g.m.**, s. 88.

²⁶ 31.12.2018 tarihli ve 30642 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 305 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile 1.000.000 TL olan sınır, 01.01.2019 tarihinden itibaren verilmesi gereken yıllık gelir ve kurumlar vergisi beyannamelerinde uygulanmak üzere 1.200.000 TL olarak tespit edilmiştir. 27.12.2019 tarihli ve 30991 (2. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın (Gelir İdaresi Başkanlığı) 310 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne göre 2020 takvim yılında uygulanmak üzere miktar güncellemesi yapılmıştır.

maddesi ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen mahsup hakkında farklı olarak iade hakkına dönüşemeyecektir²⁷.

Gelir vergisi mükellefleri tarafından indirimden yararlanılacak yıla ait gelir vergisi beyannamesinde ticari, zirai veya mesleki kazancın diğer gelir unsurları ile birlikte beyan edilmesi halinde, mükellefin istifade edeceği indirim tutarı, ticari, zirai veya mesleki faaliyet nedeniyle beyan edilen kazançların toplam gelir vergisi matrahı içerisindeki payı gözetilmek suretiyle hesaplanan gelir vergisi esas alınarak belirlenir²⁸.

Şartların ihlali halinde yapılacak işlemler konusu, GVK'nın mükerrer 121. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, indirimden faydalanan mükellefin, öngörülen şartları taşımadığının sonradan tespiti halinde, indirim uygulaması dolayısıyla ödenmemiş olan vergiler, mükellef adına vergi ziyai cezası uygulanmaksızın tarh edilir. Söz konusu müessesenin en önemli eksikliklerinden birisi, indirim hakkı koşullarını taşımadığı halde, gerçekleşen işlem sebebiyle vergi kaybına sebep olan mükelleflere yönelik herhangi bir yaptırım öngörülmemesidir. Örneğin, indirimden yararlanan yıla ait gelir vergisi beyannamesi üzerine tahakkuk eden verginin taksitlerinin kanuni süresinde ödenmemiş olması durumunda, indirimden yararlanan tutar mükellef adına tarh edilir. Diğer taraftan, indirimin hesaplandığı beyannamenin ait olduğu yıl ile bu yıldan önceki iki yılda herhangi bir vergiye ilişkin beyanın mükellefin gerçek durumunu yansıtmadığı tespit edilirse, indirim tutarı vergi yine mükellef adına tarh edilir. Örneğin, 2018 yılı beyannamesinde indirim tutarından yararlanan mükellef nezdinde 2020 yılında yürütülen vergi incelemesi neticesinde, mükellef adına 2016 yılının Mayıs ayı vergilendirme dönemine ilişkin olarak re'sen katma değer vergisi tarh edilmiş ve bu tarhiyatın da kesinleşmiş olması durumunda, indirimden faydalanılmış bulunan tutar mükellef adına vergi ziyai cezası uygulanmaksızın tarh edilir. Bu halde, indirim sebebiyle ödenmeyen vergiler açısından zamanaşımı, yapılan tarhiyatın kesinleştiği tarihi takip eden takvim yılından itibaren başlayacaktır. Örnekte incelemeye istinaden tarh edilen verginin 2020 yılında kesinleştiğini varsaydığımız takdirde, zamanaşımı süresi 31.12.2025 tarihinde dolacaktır²⁹.

Yukarıda bahsedildiği üzere, indirim müessesesi sebebiyle ödenmeyen vergiler açısından zamanaşımı, yapılan tarhiyatın kesinleştiği tarihi takip eden takvim yılının başından itibaren başlayacak olup, vergi indirimi teşviğindeki

²⁷ Kamuran ÇAĞLAR, "Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi", **E-Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 320, Ağustos, 2019, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33316>, (Erişim Tarihi: 08.08.2019).

²⁸ MERİÇ, **a.g.m.**, s. 135.

²⁹ MERİÇ, **a.g.m.**, s. 135-136.

kesinleşmeden maksat ise tarh edilen vergi ile kesilen cezaların idari yargı mercileri nezdinde dava konusu yapılmaması veya dava konusu edilmesi neticesinde tüm olağan kanun yollarının tüketilmesidir³⁰.

SONUÇ

Çeşitli sebepler gerekçe gösterilerek belirli aralıklarla çıkarılan vergi affları nedeniyle, vergisini zamanında beyan eden ve ödeyen mükellefler olumsuz düşüncelere kapılabilmektedir. Vergisini zamanında ödeyen mükelleflerin girmiş olduğu bu olumsuz psikolojiyi bir nebze olsun kırabilmek adına gelen müessese ile esasen cezalandırıldığını düşünen mükellef grubu için makul bir vergi indirimi söz konusu olmaktadır.

Çağdaş vergilendirme anlayışının neticesi olarak gelen, vergiye uyumlu mükelleflere vergi indirimi müessesesiyle vergiye gönüllü uyumun artırılması hedeflenmiştir. Uyumlu mükelleflerin daha az vergi ödemesini sağlayan müessese ile birlikte mükelleflerin vergi sistemine olan güvenlerinin artırılması da hedefler arasında yer almaktadır. Ayrıca mükelleflere, interaktif vergi dairesi uygulamasından da sorgulama şansı tanınarak vergi indirimi müessesesinden kolay bir şekilde yararlanma şansı tanınmaktadır. Bu durum, vergi idaresinin mükellef odaklı uygulamalarının temel bir göstergesi niteliğindedir. Ancak, mükellef odaklı vergilendirme anlayışının da bir parçası olan bu uygulamada birtakım eksiklikler bulunmaktadır. Uygulama kapsamının darlığı, beyannamelerin verilme aşamasında herhangi bir esneklik bulunmaması temel eksiklikler arasında yer almaktadır. Ayrıca, mükellefler çok yüksek olmayan bir tutardan dolayı uzlaşmış oldukları durumda indirim hakkını kaybedeceklerdir. Mükellefin uzlaşmayıp yargı yolunu seçmesi halinde ise, indirimin hesaplanacağı hesap dönemine ait gelir/kurumlar beyannamesinin verilmesi gereken süreden sonraki bir tarihte yargı kararının kesinleşmesi durumunda mükellefin söz konusu indirimden yararlanması mümkün olmayacaktır.

Müesseseden faydalanabilecek mükellef grubu konusunda da bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. % 5'lik vergi indiriminden; ticari, zirai veya mesleki faaliyeti nedeniyle gelir vergisi mükellefi olanların yararlanma iken, GVK'nın 2. maddesinde sayılan diğer gelir unsurlarını elde eden mükellef grupları yararlanamamaktadır. Bu durumda da, diğer kazanç ve iratları elde eden mükellefler açısından sorun teşkil etmektedir. Bu mükellef grubunun söz konusu uygulamadan faydalanamaması durumunun, Anayasa'nın eşitliği düzenleyen 10. maddesi ve vergi ödevi konusunu hükme bağlayan 73. maddesi ile tam anlamıyla bağdaşmadığı düşünülmektedir. Türk vergi sisteminde bu tip ayrıcalıklı uygulamalar olmakla birlikte, müessesenin gelir vergisindeki diğer kazanç ve iratları kap-

³⁰ ŞAHİN, a.g.m., <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33239>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

samama sebebi anlaşılmamaktadır. Kurumlar vergisi mükellefleri yönünden de müesseseden faydalanamayacak olan, finans ve bankacılık sektöründe faaliyet gösteren mükellef grubu ile, sigorta ve reasürans şirketleri ile bireysel emeklilik şirketleri ve emeklilik yatırım fonları mükellef grubu açısından da Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerini tam olarak karşılamadığı düşünülmektedir. Ticari ve zirai faaliyet yönünden herhangi bir kısıtlamaya gidilmediği için bu kazançları gerçek usule veya basit usule göre beyan eden tüm mükellefler bu uygulamadan yararlanabileceklerdir. Kanun kapsamı dışında bırakılan mükelleflerin de bir an önce kanun kapsamına dahil edilmesi, sistemin daha sağlıklı işleyebilmesi ve eşitlik ilkesinin de göz ardı edilmediğinin gösterilmesi adına önemlidir.

Bir diğer sorun olarak, ticari kazançta sahip olan gerçek kişi mükellefin, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 32/A maddesini dikkate alarak hesaplayacağı, ticari kazancına ilişkin indirimli gelir vergisi uygulamasından da yararlanması halinde hesaplamaların daha da belirsiz ve karmaşık hale geleceği düşünülmektedir. Bilindiği üzere, indirimli gelir/kurumlar vergisi uygulamasında temelde yatırım teşvik belgesi kapsamında elde edilen kazançlar üzerinden yatırıma katkı tutarına ulaşmaya kadar indirimli vergi oranı uygulanmaktadır. Doğal olarak indirimli oran uygulanması neticesinde hesaplanan vergi, normal oran uygulanması neticesinde hesaplanan vergiden daha düşük olacaktır. Böylece, daha az tutarda vergi indirimi miktarı hesaplanacaktır. Mükelleflerin, hem vergiye gönüllü uyum sergileyip hem de indirimli gelir/kurumlar vergisi uygulamasından faydalanması durumunda ortaya bir kayıp çıkmaktadır. Bu yüzden, hem daha adil bir vergilendirme hem de belirsizlik içeren matematiksel hesaplamaları minimize edebilmek adına, bütün gelir unsurlarını hesaplanan vergi üzerinden % 5'lik indirimden yararlandırmak daha uygun bir yaklaşım olabilecektir. Bu eksiklikler, idare tarafından yeniden gözden geçirildiği takdirde daha iyi bir uygulamadan bahsedebilmek mümkün olabilecektir. Ancak tüm bunlara rağmen, uygulama mükelleflerin ödeme alışkanlığı kazanması açısından önem arz etmektedir.

Son çıkarılan 7194 sayılı Kanun ve 310 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ışığında vergi indirimi müessesesi konusunda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Müessesenin bazı şartları esnetilerek, mükelleflerin yararına olabilecek değişiklikler getirilmiştir. Bu kapsamda, eksik ödenmiş vergilerin mahsuben ödenmek istenilen tutarın % 10'unu aşmaması durumunda, vergi indiriminden faydalanılması mümkün olacaktır. Ayrıca bazı muğlaklıkların giderilebilmesi adına son çıkarılan kanun kapsamında maddede geçen vergi beyannameleri ifadesi açıklanarak netlik kazandırılmıştır. Hangi beyannamelerin bu kapsamda olduğu tek tek sayılarak konuya açıklık kazandırılmıştır. Bu tip düzenlemeler ışığında, müessesenin ilk çıktığı döneme kıyasla önemli bir ilerleme kaydettiğini söyleyebilmek mümkündür. Ancak, bu müessesenin ilerleyen zamanlarda,

gerekli revizelerle birlikte vergiye uyumlu mükellefleri çok daha etkin bir biçimde koruyacağı ve vergi uyumuna teşvik sağlayacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

ALTINDAĞ, Kazım, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi”, **Vergi Raporu Dergisi**, Sayı: 217, Ekim, 2017, ss. 82-87.

ATAY, Tezcan, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Sağlanan % 5’lik İndirim Müessesesi-I”, **Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 315, Mart, 2019, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=32901>, (Erişim Tarihi: 21.07.2019).

CAN, Bilal/ÇİMAN, Veysel, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndiriminde Tarhiyat Öncesi Uzlaşmanın Etkisi”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı: 368, Mayıs, 2019, ss. 59-66.

CİVAKLI, Mehmet, “Uyumlu Mükelleflere Vergi Avantajı”, **Vergi Raporu Dergisi**, Sayı: 214, Temmuz, 2017, ss. 70-74.

COŞGUN, Okan, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirim Teşviki”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 430, Haziran, 2017, ss. 84-90.

ÇAĞLAR, Kamuran, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi”, **E-Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 320, Ağustos, 2019, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33316>, (Erişim Tarihi: 08.08.2019).

DEMİRKAN, Burak, “Örneklerle Vergiye Uyumlu Mükelleflere Uygulanan Vergi İndirimi Müessesesinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Vergi Raporu Dergisi**, Sayı: 234, Mart, 2019, ss. 57-65.

Gelir İdaresi Başkanlığı, https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/beyannamerehberi/vergi_indirimi_brosuru.pdf, (Erişim Tarihi: 02.08.2019).

Gelir İdaresi Başkanlığı, https://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/GBG/Tablo_17.xls.htm, (Erişim Tarihi: 16.02.2020).

Gelir İdaresi Başkanlığı, İnteraktif Vergi Dairesi, https://ivd.gib.gov.tr/tvd_side/, (Erişim Tarihi: 19.02.2020).

- GENÇASLAN, Mustafa Baturhan, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere % 5’lik Vergi İndirimi Uygulaması Üzerine Görüşler”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 455, Temmuz, 2019, ss. 127-136.
- MERİÇ, İlyas, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 452, Nisan, 2019, ss. 131-136.
- ŞAHİN, Mustafa, “Vergiye Uyumlu Mükelleflere Vergi İndirimi”, **E-Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 319, Temmuz, 2019, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33239>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).
- UÇANOK, Okan, “Uyumsuzlukla Mücadele”, **Vergi Dünyası Dergisi**, Sayı: 401, Ocak, 2015, ss. 68-72.
- YÜCEL, Mehmet, “Vergiye Uyumlu Mükelleflerin Borçlarının Tecili Uygulamasının Usul ve Esasları-I”, **E-Yaklaşım Dergisi**, Sayı: 307, Temmuz, 2018, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=31258>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA ÖRGÜTLÜ SUÇLULUK VE SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜ

*Organized Guilt Armed Terrorist
Organization in Turkish Criminal Law*

*Av. Kadri İnce**

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde 'suç işlemek amacıyla örgüt kurma' suçu düzenlenmiştir. Aynı kanunun 314. Maddesinde ise 'silahlı örgüt' suçu düzenlenmiştir. Ayrıca, Terörle Mücadele Kanunu'nda da terör örgütlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Temel olarak suç işlemek amacıyla kurulan tüm örgütler Türk Ceza Kanunu'nun 220. Maddesinde yer alan unsurlar çerçevesinde incelenmekle beraber, kanunda sayılan belli suçları işleme amacı güden ve silahlı olan örgütler 'silahlı örgüt' olarak adlandırılmıştır. Bu doğrultuda terör örgütü, diğer suç örgütlerinden siyasi amaçları benimsemiş olmaları nedeniyle ayrılmaktadır. Yasa koyucu da bu ayrıma göre kanunda iki ayrı suça yer vermiştir. Bu makalenin amacı hem kavramsal hem de pozitivist bir yaklaşımla Türk Ceza Hukuku'nda suç örgütü ve terör örgütü kavramına ışık tutmaktır.

Anahtar Kelimeler: Örgütlü Suç, Terör Örgütü, Silahlı Örgüt, Örgüte Üye Olma, Terör

* Süleyman Demirel Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, Avukat, İzmir Barosu, İzmir/Türkiye, kadrince@gmail.com, (ORCID-ID: 0000-0003-3450-2781)

Makale Geliş Tarihi:17.12.2019

Makale Kabul Tarihi:19.03.2020

ABSTRACT

The crime of establishing an organization for the purpose of committing crimes” is regulated by the 220 th article of the Turkish Criminal Law No.5237. Article 314 of the same law regulates the offense of ‘armed organization’. In addition, regulations on terrorist organizations are included in the Anti-Terrorism Law. Although all the organizations established to commit crimes are examined within the framework of Article 220 of the Turkish Penal Code, the organizations aiming to commit certain crimes listed in the law are called as ‘armed organizations’. In this respect, the terrorist organization is separated from other criminal organizations because of their political aims. The aim of this article is to enlighten, conceptually as well from a positivist law perspective, the concept of criminal organization and concept of terrorist organization in Turkish Criminal Law.

Keywords: Organized Crime, Terrorist Organization, Armed Organization, Being a Member of an Organization, Terror

GİRİŞ

Suçlar bireysel işlenebileceği gibi, birden fazla kişiyle de işlenebilir. Gerçekten de, bireylerin tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri yahut gerçekleştirmesinin zor olacağı türde suçların işlenmesi noktasında bireylerin işbirliğine ve dayanışmaya girdikleri görülmektedir. İşte bu noktada ‘örgütlü suç’ kavramı devreye girmektedir.

Türk ceza hukukunda da suç işlemek için bir araya gelen kişilerin, belli koşulların bulunması halinde cezalandırılması öngörülmüştür. 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 313. Maddesi, “cürüm işlemek amacıyla teşekkül meydana getirme” suçunu düzenlemiştir. Bu maddeye göre “...Her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya bu teşekküllere katılanlar...” cezalandırılmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, liderliği ve belirli inisiyatifleri alması hatta bazen kişileri suça teşvik etmesi öngörülen örgüt kuruculuğu-yöneticiliği, örgüt üyeliği ile eşdeğer tutulmuştur.

Ayrıca yine hükme bakıldığında kapsamının genel nitelikte kaldığı, çağın teknolojik, ekonomik ve siyasi eğilimleriyle birlikte farklı suç tiplerinin de

oluşmasıyla maddenin örgütlü suçlar noktasında yeterli olamadığı, kamu güvenliğini yeterince sağlayamadığı anlaşılmıştır.¹

Ardından, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu yürürlüğe konulmuş, 1412 Sayılı CMUK'a örgütlü suçlara özgü yeni koruma tedbirleri getirilmiştir. Bu tedbirler iletişimin dinlenmesi veya tespiti, gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi, gizli görevli kullanılması, yurt dışına çıkış yasağı gibi örneklenebilir.²

Her ne kadar örgütlü suçlara yönelik düzenleme ile korunan hukuki yarar kamu huzuru ve güvenliği olsa da değinilmesi gereken bir diğer husus, devletin bağımsızlık ve bölünmezliğine karşı doğrudan işlenebilecek suçlardır. 765 Sayılı mülga TCK'nın 168. Maddesinde "silahlı çete" hükmüne yer verilmiş, ancak bu hükmün yeterli olmadığı görülmüş ve 1991 yılında 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiştir.³ TCK'ya göre özel nitelikte olan bu kanun, terör kavramını açıklamış, terör örgütü yönetici ve üyelerine özgü yaptırımlara yer vermiştir. Bu yasa yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile de etkinliğini korumuştur. Çalışmamızda öncelikle Türk Ceza Kanunu'nun 220. Maddesinde yer verilen "suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu açıklanacak, bu madde perspektifinden yine aynı kanunun 314. Maddesinde yer alan "silahlı örgüt" ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'ndaki terör örgütü kavramı Yargıtay kararlarıyla birlikte yorumlanmaya çalışılacaktır.

I) SUÇ İŞLEMENİN AMACIYLA ÖRGÜT KURMA

a) Örgütlü Suçluluk

Örgüt, belli ölçüde ast-üst ilişkisinin ve devamlılığın olduğu, somut bir birleşme olarak tanımlanmaktadır.⁴ Genel olarak bakıldığında ise, birden fazla

¹ **Tozman**, Önder, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, 2017, s.55-56.

² **Tozman**, s.59.

³ 3713 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde "Terörizm, her zaman devlet ve hükümetlerin gündeminde olması gereken, her an acil ve kısa sürede alınması gerekli tedbirleri kapsayan bir konudur. Çünkü terörizm zaman ve sınır tanımadan gelişmesine uygun zeminleri değerlendirerek hareket sahnesine çıkmaktadır. Bu da terörizme karşı her dönemde etkili, akılcı ve kararlı bir mücadele programı ve araçlarının ön planda ve hazır bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır." İfadeleriyle terörle mücadelede yeni bir mücadele programına ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır.

⁴ **Bozlak**, Ayhan, "Çıkar Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukuki Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler", Polis Bilimleri Dergisi. Cilt XI, Sayı: 3, 2009, s.63-64.

kişinin sürekli, kamu düzenini bozan ortak amaca yönelik fiilleri işlemek için oluşturduğu örgüt faaliyeti çerçevesindeki suçları ifade eden⁵ ve daha geniş bir anlama sahip olan organize suç kavramının aksine, örgütlü suçluluk, belli birtakım suçların ortak bir bilinç ve iş birliği içinde gerçekleştirilmesidir.⁶ Bazı yazarlara göre örgütlü suçluluk, suç işlemek amacıyla örgütlenmeyi de kapsamaktadır.⁷ Ülkemizin de imzaladığı 2000 tarihli ‘Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne göre "örgütlü suç grubu" doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir. Yargıtay da bir kararında örgütü tanımlarken şu cümlelere yer vermiştir: “...Soyut bir birleşmeden ziyade bünyesinde organik ve hiyerarşik yapı ve dolayısıyla alt üst ilişkisi, emir komuta zincirinin hakim olduğu bir yapılanma olup, bu ilişki nedeniyle mensupları üzerinde hakimiyet kuran güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır. Altlık üstlük ilişkisi, emir ve talimat yetkisini içerir basit de olsa hiyerarşinin mevcudiyeti ve belirsiz sayıda suçlar işlemek için bir araya gelmenin devamlılığını gösteren dış emarelerin varlığı ve amaçlanan suçlar için örgütsel yapı, üye, araç gereç bakımından elverişli olması gereklidir. Örgütün amaçlarına ulaşmak bakımından bu niteliklere sahip olup olmadığı somut olaya göre belirlenmelidir.”⁸ Tüm bu açıklamalar bağlamında, örgütlü suçluluğun maddi ceza hukuku ile ilişkili bir kavram olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.

Bireysel suçlar bakımından uygulama alanı bulamayan bazı soruşturma ve delil toplama yöntemlerinin, suçun örgütlü suçluluk çerçevesinde işlenmiş olması halinde rahatlıkla uygulama alanı bulabileceği göz önüne alındığında, örgütlü suçluluğun ceza muhakemesiyle de bağlantılı olduğunu söylemek mümkündür.⁹

⁵ **Özek**, Çetin "Organize Suç", Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998, s.195

⁶ **Evik**, Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul, 2004, s.6.

⁷ **Yenidünya**, A. Caner - **İçer**, Zafer, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, İstanbul, 2013, Cilt:19, Sayı:2, s. 799 vd. ; **Yaşar**, Osman – **Gökcan**, Hasan Tahsin - **Artuç**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:5 (Madde 205-256), Ankara 2010, s.6229.

⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T: 21.04.2016, E:2015/4672, K:2016/2330.

⁹ **Özgenç**, İzzet, Suç Örgütleri, Ankara, 2017, s.11.

Ayrıca örgüt mensubu suçlunun mahkum olduğu cezanın infazı diğer suçlulara göre daha ağır şartlar öngörülmesi de, infaz hukukuyla da ilişkili olduğunu göstermektedir.

b) Korunan Hukuki Değer

TCK'nın 220. maddesi, birden fazla suçu işlemek amacıyla bir araya gelen kişilerin cezalandırılması amacıyla düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, suç işlemek amacıyla kişilerin örgütsel bir yapılanma içerisine girmeleri, aslında işlenmesi amaçlanan suçların bir hazırlığıdır.¹⁰ Ancak, kişilerin örgütsel mahiyetteki birliktelikleri, henüz amaçlanan suçlar işlenmemiş olsa bile, toplumsal barışı tehlikeye attığı gibi, suç işlenmesinin önlenmesiyle yükümlü kamu otoritesini de zedeleyici bir niteliktedir. Bu anlamda suçla korunan hukuki değer, kamu güvenliği ve kamu barışı olduğu ifade edilmelidir.¹¹

Yapısı gereği çok faili suçlar kategorisinde, birden fazla failin suçla korunan aynı hukuksal yarara yöneldiği birleşme suçları kapsamında Türk Ceza Hukuku'nda üç farklı suç örgütü tipinin varlığından söz edilebilir¹²:

a-Genel suç örgütü

b-Belli Suçları İşlemek Amacıyla örgütlenme: Silahlı Örgüt

c-Siyasi Amaçlı Örgütlenme: Terör örgütü

c) Maddi Unsurları

1. Örgüt Kurmak

Örgüt kurmak, var olmayan bir örgütün oluşturulması ve meydana getirilmesidir.¹³ Kurucunun veya kurucuların, örgütün oluşturulması için gerekli ve

¹⁰ **Yenidünya-İçer**, s.799.

¹¹ **Öztürk**, Bahri – **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.316-317; **Yenidünya-İçer**, s.799; **Evik**, Vesile Sonay, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 2013, İstanbul, Cilt:19, Sayı:2, s. 670.

¹² **Ersan**, Aykut, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Yayınları, 2013, Cilt: 71, Sayı 1, s 383.

¹³ **Yenidünya-İçer**, s.800 vd.

belirleyici birtakım davranışlarda bulunması gerekmektedir. Örgütün yönetici kadrosunu tayin etmek, örgütün merkezini ve amblemini belirlemek, suç organizasyonunu oluşturmak, amaç suçları belirlemek ve bu suçları işlemek için gerekli araçları temin etmek gibi fiiller bu davranışlara örnek olarak gösterilebilir.

TCK'nın 220. maddesine göre, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranların cezalandırılacağı belirlenmiştir. Bu noktada kanun koyucunun suçun oluşumu açısından yalnızca örgütün kurulmasını, yani fiili birleşmeyi yeterli gördüğünü ifade etmemiz mümkündür. Kuruluşun herhangi bir şekli yoktur, zımnı ya da açık bir şekilde örgüt kurulmuş olabilir.

Suç örgütü, örgütün yapısı, üye sayısı, işlemeyi amaçladığı suç bakımından elverişli araçlara sahip olması gibi objektif şartlar arandığından somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.¹⁴ Nitekim kanun koyucu da madde gerekçesinde bu hususu açıkça belirtmiştir.¹⁵

Hukuka uygun şekilde kurulmuş olan veya hukuka uygun amaçlar çerçevesinde faaliyet gösteren kuruluşlar veya oluşumlar bünyesinde işlenmiş münferit suçları "suç örgütü" saymak mümkün değildir. Bir kısım kişilerin suç işlemek için bir araya gelmeleri her zaman için organize suçluluğun varlığını göstermeyebilir. Bu bakımdan dikkat edilecek husus, örgütün kanunda sayılan unsurları barındırıp barındırmamasıdır.¹⁶ Yargıtay da bir kararında bu hususa yer vermiştir: "*Bir suç örgütü, baştan itibaren suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Bu kapsamda... örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri;*

¹⁴ **Gören**, Sami, En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2012, s. 1216. **Evik**, "*Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu*", s.669. **Ersan**, s. 385. **Yenidünya-İçer**, s.800.

¹⁵ Gerekçede şu ifadeler yer almaktadır: "*Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur. Her ne kadar en az iki kişinin belli amaç etrafında suç işlemek üzere devamlı surette fiilen birleşmesi suretiyle örgüt meydana gelebilirse de; kurulan örgüt, güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşturmayabilir. Bu nedenle, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Bu bakımdan, örneğin sadece üç kişinin bir araya gelmesi, devletin ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suçları işleme açısından somut bir tehlike taşımayabilir; buna karşılık, ekonomik çıkar sağlamaya yönelik suçlar açısından elverişli olabilir.*"

¹⁶ **Gökpinar**, Mahmut, "*Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Organize Suç*" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2005, Sayı:60, s.219.

kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından sorumlu olacaklardır."¹⁷

i. Elverişlilik Unsuru

Bir örgütün amaç suçları işlemeye elverişli olup olmadığı hususunu değerlendirebilmek için bahse konu örgütün işlemeyi amaçladığı suçların bilinmesi gerekir.¹⁸ Basit suçları işlemeye elverişli hale getiren unsurlar, ağır suçları elverişli hale getirmeye yetmeyebilir. Örgüt mensuplarının, işlemeyi amaçladıkları suçların daha hafif suçlar olmasına rağmen, ağır suçlar olarak gösterip, örgütlerinin bu ağır suçları işlemek için gerekli elverişliliği sağlayamadığı kanısını uyandırmaları mümkündür.¹⁹ Yargıtay da bir kararında suç teşkil eden her fiilin amaç suçu oluşturmak için yeterli-elverişli olmayacağını vurgulamıştır.²⁰ Bu noktada, önleme dinlemesi sonucu elde edilen delillerin bu suçun ispatında kullanılmaya elverişli olmayacağını belirtmekte de yarar vardır.²¹ Örgütün birden fazla ve çeşitli ağırlıktaki suçları amaç suç olarak tayin etmeleri durumunda, örgütün elverişliliği, en basit amaç suça göre tayin edilecektir ve bu durum dahi cezalandırılma için yeterli olacaktır.²²

ii. Hiyerarşik Yapı

Suç işlemek amacıyla kurulan örgütün sahip olması gereken unsurlardan biri de hiyerarşik yapının olmasıdır. Bu doğrultuda, Kanun'un 220. maddesinin 7. fıkrasında "*örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte*

¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:26.09.2017, E:2017/16-956, K:2017/370.

¹⁸ **Donay**, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007, s. 317.

¹⁹ **Dursun**, İsmail, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 21.

²⁰ Yargıtay 16.Ceza Dairesi, T:05.07.2019, E:2019/ 521, K: 2019 / 4769 kararında "...suç teşkil eden her fiilin de amaç suçu oluşturmak için yeterli/elverişli olmadığı açıktır. Fiilin bu niteliği taşıyıp taşımadığı ise her olayın özelliğine göre; fiilin niteliği, işleniş biçimi, işlenme zamanı, toplumda meydana getirdiği etki, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı, faaliyet alanı, ülke genelindeki organik bütünlüğü gibi ölçütler değerlendirilerek takdir edilecektir. Toplumda kaos ve tedirginlik oluşturacak, devlet otoritesine olan güveni sarsacak, kamu düzenini, toplum barışını bozarak devletin anayasal düzeni bakımından somut tehlike meydana getirecek yoğunluk ve ciddiyetteki eylemlerin amaç suç yönünden elverişli olduğu kabul edilmektedir. Güdülen amacın gereği olarak bu eylemlerin belli bir kişi ya da kitleye tevcih edilmesi gerekmez. Amaç tedhiş ortamı oluşturmak olduğuna göre hedefin muayyen veya gayrimuayyen olmasının da bir önemi yoktur..."

²¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T: 17.5.2011 E:2011/93 K:2011/95.

²² **Dursun**, s. 21.

örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiler” demek suretiyle örgütte hiyerarşik bir yapının var olması gerektiği dile getirilmiştir. Yine aynı maddenin gerekçesinde hiyerarşiden “örgüt, soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hâkimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır” cümleleriyle söz edilmiştir.

Yargıtay bir kararında “...belli bir organizasyon dahilinde ve gizlilik içerisinde hareket ederek diğer şahıslarla irtibata geçip onların örgütün kırsal kadrolarına katılmalarına yönelik faaliyette bulunan ve kod adı kullandığı anlaşılan sanığın eyleminin, hiyerarşik yapısına dahil olmak suretiyle örgüte üye olma suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği...” ifadeleriyle örgüte üyelik unsurlarını sayarken organizasyon unsuruna yer vermiştir.²³

Kurulmuş bir örgütten bahsedebilmek için, üyeler arasında soyut bir birleşme olması yeterli değildir, gevşek düzeyde bile olsa hiyerarşik bir ilişkinin bulunması gerekir. Yatay ilişkiler bir örgütün varlığı sonucunu vermez. Keza kişiler arasındaki akrabalık ilişkisi, iş yerindeki olağan çalışma konumlarından kaynaklanan ilişkiler, örgüt suçundaki hiyerarşik yapılanma olarak görülmemelidir.²⁴

Yargıtay, bir örgütün var olup olmadığı hususunu incelerken, failerin aralarında önceden anlaşılıp işbölümü ve hiyerarşik bir yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmemiş sayıdaki suçları işlemek amacı etrafında birleşip-birleşmediklerini, başka bir deyişle suç işlemek için teşekkül oluşturup oluşturmadıklarının tartışılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁵ Ayrıca kişinin örgüt üyeliğinden cezalandırılmasının-

²³ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T:11.04.2017, E:2017/130, K:2017/3946.

²⁴ **Yenidünya-İçer**, s. 802.

²⁵ Yargıtay 8. Ceza Dairesi T:10.07.2000 E:2000/10810, K:2000/13581.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi T:19.04.2017, E:2017/903 K:2017/928 sayılı benzer bir kararında: “Suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçundan hakkında hükümlülük kararı verilen sanıklar ... ile ...’ın, devamlılık içeren kanunun suç saydığı fiilleri işlemek (suç işleme programı altında) amacı ile bir araya gelip aralarında sıkı veya gevşek hiyerarşik bir bağın bulunduğuna, hiyerarşik yapılanmayı gösteren emir komuta zinciri ile altlık üstlük ilişkisinin varlığına ve adı geçen sanıkların faaliyetleri ile örgütün doğmasına veya üst pozisyonda kolektif faaliyeti kısmen veya tamamen düzenleyip koordine ettiklerine ilişkin kesin, inandırıcı kanıtlar karar yerinde açıklanıp tartışılmadan, genel, soyut ve geçişli ifadelerle yer verilmek

da da hiyerarşik yapıdaki konumunun tespit edilmesi gerektiği de vurgulanmıştır.²⁶

iii. Süreklilik Unsuru

Suçların örgüt kapsamında işlendiğinin tespiti için belirleyici kıstaslarından biri, birleşmenin geçici olmayan ve sürekli bir yapılanma sergilemesidir.²⁷ Zira suçun yapısı irdelendiğinde, kişiler sayısı belirsiz suçu işleme amacıyla birleşmektedirler. Bu bağlamda suç, kesintisiz (mütemadi) bir suçtur.²⁸ Amaç suçları işlemek üzere bir araya gelen örgüt üyeleri, bu suçları işlemeyi belirli olmayan bir süreye yaymış olmaları gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, sürekliliğin işlenecek suçlar bakımından değil, örgütün bizatihi kendi yapılanması bakımından aranması gerektiğidir.²⁹

Kişilerin belirli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi durumunda örgüt ilişkisinden ziyade iştirak ilişkisinden bahsetmek mümkündür.³⁰ Yargıtay da

suretiyle sanıklar hakkında 220/2-3. maddeleri uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş..." şeklinde hüküm kurmuştur.

²⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T:21.04.2016, E:2015/4672, K:2016/2330 kararında "...örgüt hiyerarşisinde konumları somut olarak ortaya konulmadığı gibi, kabul edilen şekliyle departman/hücreler arasındaki köprü elemanları ve irtibatın ne suretle sağlandığının da ortaya konulmadığı; örgüt hiyerarşisinin ve köprü elemanların ortaya konulmamasının henüz örgüt hiyerarşisinde yer alan kişiler ile köprü elemanlarının belirlenememiş olması gerekçesi ile açıklanamayacağı..." şeklinde hüküm kurularak örgüt içi hiyerarşi tespitinin önemi vurgulanmıştır.

²⁷ TCK m. 220 gerekçesi: "...örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiili birleşme yeterlidir. Örgüt, niteliği itibarıyla, devamlılık arz eder. Bu itibarla, kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgüt değil, iştirak ilişkisi mevcuttur. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, su; ortakları nezdinde suçun konu veya mağdur bakımından somutlaştırılmas gerekir. Buna karşılık, Örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu değildir."

²⁸ **Kavlak**, Cihan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, 2013, s. 346; **Hafızoğulları**, Zeki - **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 215.

²⁹ **Kavlak**, s. 369.

³⁰ **Şen**, Ersan - **Eryıldız**, H. Sefa, Suç Örgütü, Ankara, 2018, s.60.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:14.02.2012 E:2011/10-212, K: 2012/42 Kararında "...Sanıkların suç işleme amacıyla kurulmuş örgüt faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu madde ticareti suçu yönünden elverişli sayısal çoğunluk, araç ve gerece sahip bulunduğu saptanmış ise de; her olayda yakalanan sanıkların farklı olması, B.T. dışındaki sanıkların yakalandıkları olay dışındaki diğer olaylarla bağlantılarının belirlenememesi, bir kısım sanıklar arasında hiyerarşik bir bağ olduğu ve suç işleme iradelerinin devamlılık arz ettiği hususlarının kuşku-kalması karşısında; şüphenin sanık lehine yorumlanmasını gerektiren evrensel hukuk ilkesi de göz önüne alındığında, sanıkların üzerlerine atılı suç işlemek için örgüt kurma, yönet-

bir kararında suç örgütünün amacının bir suç programını gerçekleştirmek, yani belirsiz sayıda suç işlemek olduğunu ifade etmiştir.³¹

Evik'e göre örgütün bütün mensuplarının, suçları işlemek için irade birliğinde olmaları gerekir. Örgütün varlığını ve işlevini gerçekleştirmesi açısından zorunlu olan suç faaliyetlerinin yapılması için sürekli bir örgütsel bağ, bir anlaşma, bir birliktelik söz konusudur.³² Yargıtay da bir kararında devamlılık unsuruna ilişkin şu hususları belirtmiştir: "TCK'nın 220. maddesinde tanımlanan "örgütün" varlığının kabul edilebilmesi için hiyerarşik ilişki içinde olan en az üç kişiden teşekkül etmesi, örgütün yapısının sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan belirsiz sayıda suçları işlemeye elverişli bulunması, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme ile işbirliği, eylemleri paylaşım anlayışı içinde hareket etmesi ve bu amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunup, "devamlılık" göstermesi gerekir.

Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek amacı için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil iştirak iradesinden söz edilebilecektir. Ancak, amaçlanan suçları işlemeye kolaylık sağladığı için işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan örgütün varlığı için, amaç suçları işleme zorunluluğu olmadığı da dikkate alındığında, devamlılığın belirlenmesi noktasında yalnız amaç suçların sürekli bir şekilde işlenmesi değil, öncelikli olarak, amaç suçları sürekli biçimde işleme kararlılığının mevcut olup olmadığının araştırılması zorunludur."³³

Benzer nitelikteki bir kararda da şu ifadeler yer almaktadır: "...Oluş ve dosya kapsamına göre, silahlı terör örgütünün amaçları doğrultusunda yayın yapan internet sitelerinin eylem çağrısı üzerine yapılan yasadışı gösteriye katılarak polise taş ve molotof ile saldıran sanığın eyleminin örgüt üyeliğinden mahkumiyetini gerektirecek şekilde süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk göstermesi karşısında eylemin silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt

me, örgüte üye olma ve yardım etme suçlarından cezalandırılmalarını gerektirir her türlü kuşku dan uzak, kesin ve yeterli delil bulunmadığının ve yüklenen suçların sabit olmadığının kabulünde zorunluluk bulunmaktadır" denilmek suretiyle, örgütün varlığı için gerekli şartlardan biri olarak süreklilik unsuru vurgulanmıştır.

³¹ Yargıtay 6.Ceza Dairesi, T:16.06.2016, E:2013/ 5246, K:2016 / 5163.

³² Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", s. 680.

³³ Yargıtay 18.Ceza Dairesi, T:15.02.2017, E:2015/ 31219, K:2017 / 1740.

*adına suç işleme suçu kapsamında kalacağı düşünülmeden suç vasfında yanılı-
ğıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir... ”³⁴*

Sonuç olarak TCK'nın 220. maddesine göre örgütü; sürekliliğe sahip, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, iş bölümü ve dayanışma bulunan, başında bir lider olan ve en az üç kişiden oluşan suç işlemek için kurulmuş ve devamlılığa sahip bir yapılanma olarak ifade etmemiz mümkündür.³⁵

2. Örgüt Yönetmek

TCK m. 220/1, yapısı itibarıyla seçimlik hareketli bir suçtur. Cezalandırılma için kişinin örgütü kurması veya yönetmesi aranır. Örgütü yönetmek, örgüt içindeki hiyerarşik yapılanmada üst sıralarda bulunup, karar almak, uygulamak, organizasyon ve koordinasyonu sağlamak, gerektiği zamanlarda örgüt adına inisiyatif almak, emir vermek, yönlendirmek ve idare etmek şeklinde algılanmalıdır.³⁶ Bir kimsenin yönetici olup olmadığı, somut olayda hiyerarşik yapı

³⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T:12.04.2018, E:2018/30, K:2018/1176 Benzer nitelikte bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, T:09.11.2010, E:2008/15381, K:2010/2917

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T:27.03.2018, E:2017/3407, K:2018/1288 kararında : “İş bölümüne vurgu yapan bir Yargıtay kararında: “...sanık ...'ın yönetiminde hiyerarşik bir ilişki içinde bulunan sanıklar arasında işbölümü olduğu, suç işleme iradelerinde devamlılık bulunduğu ve amaçlanan suçun işlenmesine elverişli araç ve gereçlere sahip oldukları anlaşıldığından; sanık ...'ın "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma"; sanıklar ..., ... ve ...'in "Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma" suçunu işlediklerinin sabit olduğu...” ifadelerine yer verilmiştir.

Bu konuda dikkate değer bir başka kararda ise: “...Sanıkların sahte kimlik ile oto kiralama adı altında açtıkları işyeri aracılığı ile araçlarını kiraladıkları müşterilere ait sahte nüfus cüzdanları çıkartıp bu araçların noterden satışlarını yaparak, dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarını işleyip haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla sanık I.L. liderliğinde bir araya gelen ve yakalanmaları ile eylemleri son bulan sanıkların, araçların müşterilerden kiralanması, sahte nüfus cüzdanlarının çıkartılması ve araçların noterden satımı noktasında tam bir işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı içinde hareket edip, amaçları doğrultusunda süreklilik gösterir biçimde faaliyette buldukları, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olduğu anlaşılmakla...” ifadeleri yer almaktadır. (Yargıtay 8.Ceza Dairesi, T:05.04.2010, E:2009/17318, K:2010/5231)

³⁵ **Dursun**, s. 124 vd.

³⁶ **Evik**, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 684; **Kavlak**, s 383. Yargıtay örgüt yöneticiliği konusuna bir kararında şöyle yer vermiştir: “Örgüt yönetmek; örgütün amaçları doğrultusunda örgütü idare etmeyi, emir ve direktif vermeyi, örgüt içinde inisiyatif ve karar verme gücüne sahip olmayı gerektirir. Örgütün varlığının, etkinliğinin ve gelişiminin sağlanması, hedeflerinin belirlenmesi, program ve stratejilerinin saptanmasını ifade eder. Ancak örgütün faaliyetleri çerçevesinde sadece belirli bir suçun işlenmesini organize edenler bu suçun işlenmesini planlayıp, yönetenler örgüt yöneticisi olarak kabul edilemez.” (Yargıtay 16.Ceza Dairesi, T:18.07.2017, E:2016/ 7162, K:2017 / 4786)

içinde aldığı görevlere ve konumuna, diğer örgüt üyeleri üzerindeki etkisine göre belirlenir.³⁷ Kurulmamış bir örgütü yönetmeden söz edilemeyeceği gibi, örgütü kuran kişi örgütün yöneticisi olmayabilir. Ayrıca kurucu ve yönetici sıfatının aynı kişide birleşmesi de mümkündür.³⁸ Yukarıda da bahsedildiği üzere suç yapısı itibarıyla seçimlik hareketli olduğu için kişinin kurucu, yönetici yahut hem kurucu hem yönetici olması önemli değildir.

Fail, hiyerarşik olarak örgüt üyeleri üzerinde bulunuyor, geniş bir alanda iş bölümü yapıyor, örgüt üyeleri üzerinde sevk ve idarede bulunabiliyor, örgütsel faaliyetlerin organizasyonunda, icrasında, harekete geçiren, engelleyen veya durduran olarak rol üstlenebiliyor, bu faaliyetleri denetleyebiliyor ise yönetici olarak kabul edilebilecektir.

Örgüt yöneticiliği hakkında değinilmesi gereken bir husus da TCK'nın 220/5. maddesidir. Hükme göre örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır. Bu hüküm bazı yazarlar tarafından haklı olarak 'cezaların şahsiliği' ilkesine aykırı bulunmuş ve aşırı sınırlayıcı bulunmuştur.³⁹ Tulay da düzenlemede dolaylı faillik kuramının hiçbir şart belirtilmeksizin kabul edilmiş olmasını, böylece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen eylemlerde örgüt liderini somut olayın özelliklerinden bağımsız şekilde fail olarak kabul etmesini eleştirmiştir.⁴⁰

3. Örgüte Üye Olmak

TCK m. 220/2'ye göre, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olanlar da cezalandırılır. Örgüte üye olmak, genel anlamıyla var olan bir örgüte fiilen katılmak, örgütün hiyerarşik yapısında yer almaktır.⁴¹ Örgütlü suçluluğun süreklilik unsuru göz önüne alındığında, örgüt üyeliğinden bahsedebilmek için kişinin örgüt içinde yer almaya dönük iradesinin de süreklilik göstermesi gere-

³⁷ "... faillerin örgütteki konumlarına göre, yönetici veya üye olarak nitelendirilerek örgütü sevk ve idare eden failin yönetici, örgütün amaçları doğrultusunda hiyerarşik yapısına dahil olan failin ise doğrudan örgüt üyesi olarak kabul edileceği nazara alındığında..." (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, T:09.04.2015, E:2015/4, K:2015/108)

³⁸ **Yenidünya-İçer**, s.806.

³⁹ **Şen-Eryıldız**, s.162. **Yenidünya-İçer**, s.808.

⁴⁰ **Tulay**, Muhammed Emre, "Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, 2019, Sayı:38, s.99-100.

⁴¹ **Yenidünya-İçer**, s.807.

kir. Süreklilik unsuru örgüt üyeliğinin tespitinde belirleyici nitelikte olup, bu nedenle örgüte belli süreliğine üye olmanın mümkün olmayacağını belirtmekte yarar vardır. Ayrıca bu iradenin karşılıklı olması gerekir. Diğer bir deyimle salt örgüt üyesinin örgüte katılım iradesi göstermesi yeterli olmayacaktır. Örgütün hiyerarşik yapısı içinde yer alan diğer fertlerinin, yani örgüt kurucu veya yöneticilerinin de o kişinin örgüte katılımına dönük açık ya da örtülü bir iradesi bulunmalıdır.⁴²

Örgütün amaçlarını bilerek ve bu amaçları özümsemiş bir şekilde örgüt faaliyetlerine maddi veya manevi katkı sağlayan ve bu yolda kendi iradesini örgütün üstün iradesine teslim eden kişi örgüt üyesi sayılmalıdır.⁴³ Yargıtay örgüt üyesini şu şekilde tanımlamıştır: “...örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç islemede de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir...” Aynı kararda şu ifadeler de yer verilmiştir: “..Örgüt üyesinin bu suçtan cezalandırılması için örgüt faaliyeti kapsamında ve amacı doğrultusunda bir suç işlemesi gerekmez ise de, örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel bir bağ taşıyan maddi ya da manevi somut bir katkısının bulunması gerekir. Üyelik mütemadi bir suç olması nedeniyle de eylemlerde bir süre devam eden yoğunluk aranır...”⁴⁴

Tüm bu açıklamalar ışığında örgüte üyelikten bahsedebilmek için, kişinin hiyerarşik yapıda yer alması ve örgütün amaçlarını gerçekleştirme iradesinin olması gerekmektedir, bu iradenin süreklilik arz etmesi de gerekir.

Ayrıca Yargıtay yukarıda bahsedilen kararında “...TMK ve TCK kapsa-

⁴² **Yenidünya-İçer**, s.809.

⁴³ **Evik**, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, s. 684.

⁴⁴ Yargıtay 16.Ceza Dairesi, T:24.04.2017, E:2015/3, K:2017/3.

mında, bir oluşumun örgüt niteliğinde bulunup bulunmadığının ve niteliğinin belirlenmesi hususunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargılama safahatında dava ya da soruşturmaya konu oluşumun nerede, ne zaman, kimler tarafından kurulduğu, ülke genelinde amaca elverişli eylem ve faaliyetlerine ilişkin bilgiler ilgili devlet kurumlarından dosyaya getirtilmek suretiyle dosyada mevcut olay ve deliller doğrultusunda yargılama makamlarınca belirlenmekte ve yargı kararının kesinleşmesi ile oluşumun suç, terör ya da silahlı terör örgütü niteliğinde bulunup bulunmadığı tespit edilmektedir...” ifadelerine yer vererek bir oluşumun suç örgütü, silahlı örgüt veya terör örgütü olarak belirlenmesinin ancak kesinleşmiş bir vargı kararına bağlı olduğu ifade etmiştir.⁴⁵ Dolayısıyla bir kişinin örgüt üyeliği ile suçlanıp hakkında ceza soruşturması başlatılabilmesi için öncelikle örgütün varlığının gösterilmesi gerekir. Bunun için de bahse konu örgütün varlığı kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile ispatlanmış olmalı ya da objektif gözlemcileri ikna edebilecek ölçüde, asgari yeterli şüphenin varlığını gösteren ve ‘toplumu dehşete düşürecek türden şiddet eylemlerine’ ilişkin kanıtlar ortaya konmalıdır. Daha sonra da bu terör örgütü ile suçlanan kişi arasındaki bağı gösteren somut kanıtlar gösterilmelidir.

4. Örgüte Yardım Etmek

TCK’nın 220/7. maddesinde suç örgütüne yardım suçu düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle failin örgüte üye olmaması gerekir. Eğer fail örgütün içinde yer alıyorsa örgüt kuruculuğu, yöneticiliği veya üyeliğinden söz edilecektir. Failin eyleminin ‘suç örgütüne yardım’ kapsamında değerlendirilmesinde asıl ölçüt, gerçekleştirilen eylemin örgütün devamlılığını veya amaçlanan suçların işlenmesini destekleyen, kolaylaştıran ya da garantileyen bir nitelikte olup olmadığıdır.⁴⁶

Örgüte yardım eden kişiyle örgüt üyesi arasındaki en büyük fark bağıllık iradesidir. Örgüt üyesi örgüt ile organik bir bağ kurmakta, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmaktadır. Örgüte yardım eden kişinin ise örgütle böyle bir bağı yoktur.⁴⁷ Fıkıradaki geçen “bilerek” ibaresi, failin bu suçu ancak doğrudan kast ile işleyebileceğini ifade eder. Öyleyse fail örgütün amacını bilerek ve isteyerek yardım eylemini gerçekleştirmelidir. Ayrıca failin eyleminin süreklilik içermesi

⁴⁵ Yargıtay 16.Ceza Dairesi, T:24.04.2017, E:2015/3, K:2017/3.

⁴⁶ **Tulay**, M. Emre, “Suç Örgütüne Yardım Etme Suçunun Özel Görünümlü İştirak Olarak Kabul Edilmesi”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara, 2018, s. 676.

⁴⁷ **Tozman**, s. 324.

mesi gerekir. Destek mahiyetinde gerçekleşen eylemin sayısından ziyade süreklilik içerip içermediği irdelenmelidir. Gerçekleşen eylemle doğrudan örgüte değil de örgüt mensuplarına yardım ediliyorsa, failin cezalandırılabilmesi için yardım ettiği kişilerin suç örgütüne mensup olduklarını bilmesi gerekir.⁴⁸ Failin gerçekleştirdiği eylem sonrasında örgüt nezdinde beklenen neticeye ulaşması şart değildir ve bu suça teşebbüs mümkündür.⁴⁹ Yardımdan fiilen yararlanmak zorunlu değildir. Örgütün istifadesine sunulmuş olması ve üzerinde tasarruf imkanının bulunması suçun tamamlanması için yeterlidir.⁵⁰ Yardım eyleminin başka bir suç oluşturması ve yardım edilen örgütün 'silahlı örgüt' olması durumunda, TCK'nın 220/6. maddesi uygulanacaktır.

5. Örgütün Propagandasını Yapmak

Yasa koyucu TCK'nın 220/8. maddesinde suç örgütünün propagandasını yapma fiilini suç olarak düzenlemiştir. Sözlükteki karşılığı "bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma, yaymaca" olarak ifade edilir.⁵¹ Maddeye göre "örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır".

İlgili hüküm 11.04.2013 tarihli 6459 Sayılı Kanun ile mevcut halini almıştır. Önceki düzenlemede "örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi" cezalandırılmaktaydı. Bu bağlamda yapılan düzenlemenin eski haline nazaran daha olumlu olduğunu söylemek mümkündür. Mevcut düzenleme ile örgütün amacının propagandasını yapmak suç olmaktan çıkarılmış, örgütün propagandasını yapmak bazı şartlara tabi tutularak suç sayılmıştır.⁵² Buna göre propagandanın;

- Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru

⁴⁸ Özgenç, Suç Örgütleri, s.38.

⁴⁹ Tulay, "Suç Örgütüne Yardım Etme Suçunun Özel Görünümlü İştirak Olarak Kabul Edilmesi", s.676.

⁵⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T: 15.10.2019, E: 2019/ 1396, K: 2019 / 6105.

⁵¹ Güncel Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:11.03.2020).

⁵² Tozman, s. 343.

göstermesi veya övmesi ya da

- Bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde

yapılması gerekir. Bu nedenle suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir, özel bir kastın varlığı aranır.⁵³

Anayasa Mahkemesi güncel tarihli bir kararında örgüt propagandası-ifade özgürlüğü dengesini kurarken şu ifadelerle yer vermiştir: “...İçinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ve terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan düşünce açıklamaları sırf terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşlerine benzerlik gösterdiğinden bahisle terörizmin propagandası olarak kabul edilemez.

Toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin -daha önce ifade edildiği gibi devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün korunması altındadır...’’⁵⁴

d) Manevi Unsur

Örgüt kurma ve yönetme suçu doğrudan kast ile işlenebilir ve bu kast suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütü kurma-yönetme kastının varlığı aranır. TCK m. 220/2 yönünden de kişinin üye olma kastı aranır. Maddenin gerekçesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır: “Bu suç, bir amaç suç niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, söz konusu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir”. Özgenç de bu doğrultuda kanuni tanımında ‘bilerek’, ‘bildiği halde’, ‘bilmesine rağmen’ gibi ifadelerle açıkça yer verilen suçların olası kastla işlenemeyeceğini ifade etmiştir.⁵⁵

⁵³ Benzer görüşler için bkz. **Tozman**, s. 347. **Kavlak**, s. 433 vd. karşıt görüş için bkz. **Şen-Eryıldız**, s.241 vd.

⁵⁴ Sırrı Süreyya Önder Başvurusu [GK] B. No: 2018/38143 T:03.10.2019

⁵⁵ **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 2005, s.305.

Örgütlü suçlarda amaç ya da saikin yokluğu, suçun unsurunun yokluğu anlamına geleceğinden suç oluşmayacaktır.⁵⁶ Kişinin bu unsurlardaki bilgisizliği kastı ortadan kaldırır (TCK m.30/1). Örneğin meşru bir yapılanma olduğu düşüncesiyle örgüte katılan kişinin, suç işlemek amacıyla kurutmuş bir örgüte üye olma iradesinin bulunduğu söylenemez. Yargıtay da bu görüşü biraz daha derinleştirerek tüm faillerin kastının suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte katılmak olması gerekirken hepsinin de aynı suçları işlemek amacıyla olması gerekmeyeceğini ifade etmiştir.⁵⁷ Yine Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin güncel bir kararında da örgüt üyesi tanımlanarak, faile ilişkin manevi unsur şu şekilde açıklanmıştır: “...Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hâkim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir. Silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. Ancak niteliği, işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibariyle süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özelliği olmasa da ancak örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olduğunun kabulü gerekir...”⁵⁸

Sonuç olarak, failin eylemlerinin örgüt üyesi olarak sayılmasını gerektirecek boyuta ulaşmış olup olmadığı değerlendirilmesinde; örgütün varlığını ve amacını benimsemesi kastını açığa vuran hareketlerinin, somut olay göz önünde bulundurularak bu iradenin sürekli olup olmadığı da değerlendirilerek belir-

⁵⁶ Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 359, 360; Yenidünya-İçer, s. 820.

⁵⁷ Yargıtay 16.Ceza Dairesi, T:24.04.2017, E:2015/3, K:2017/3.

⁵⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T:20.03.2018, E:2017/4012, K:2018/755.

lenmesi, bu surette kişinin örgüte üye olduğuna herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanması gerekir.

e) Hata

Suç teorisine göre hata kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere iki türdür.⁵⁹ Konumuza ilişkin olarak TCK'nın 30. maddenin 1. fıkrasının yani kastı kaldıran, suçun maddi unsurlarında yaşanan hata konusunun daha ayrıntılı ele alınmasında fayda bulunmaktadır. İlgili hükme göre; "Fii- lin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz."

Kast, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Suçun maddi unsurlarında hata, TCK gerekçesinde de açıklandığı üzere, failin suçun unsurlarına ilişkin bilgisizlik, eksik ya da yanlış bilgi sahibi olması durumunu ifade eder.⁶⁰ Böyle bir hata kastın varlığına engel teşkil eder. Bu doğrultuda, kanunun izin verdiği bir örgütü kurduklarını sanan failerin kaçınılmaz bir hataya düşerek suç işlemek için örgüt kurmuş veya yönetmiş olmaları halinde hatalarından yararlanırlar.⁶¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu son dönemlerde dikkat çeken bir kararında da silahlı terör örgütüne üye olma yönünden hata hükümlerinin uygulanabileceğini vurgulamıştır:

"...Bir suç örgütü, baştan itibaren suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Bu kapsamda önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından varlığı bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri; kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kuruluş daha sonra suç

⁵⁹ **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 457.

⁶⁰ Örneğin, kişi vestiyerden kendisinininki zannederek başkasının paltosunu alır. Benzer şekilde, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata halinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir."

⁶¹ **Hafızoğulları-Kurşun**, s.39.

örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından sorumlu olacaklardır.

Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun doğrudan kastla işlenebildiği gözetilerek, hukuki zeminde faaliyet gösteren ve nihai amacını gizli tutması nedeniyle açıkça bilinmeyen yapılara dahil olan örgüt mensuplarından bir kısmının, oluşumun bir terör örgütü olduğunu bilmediklerini iddia etmeleri durumunda, TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hata hükmü uyarınca değerlendirme yapmak gerekecektir... ”⁶²

Örgüte yardım etme hususunda da, failin bu suçu ancak doğrudan kast ile işleyebileceğini ifade etmiştik. Bu doğrultuda TCK m.220/7 yönünden de hata hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

f) Teşebbüs, İştirak ve İctima

TCK m.220'ye teşebbüs konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, suç yapısı itibarıyla tehlike suçu olduğundan bu suça teşebbüs mümkün değildir.⁶³ Diğer bir görüşe göre ise örgütlenmeye ilişkin şüpheye yer vermeyecek şekilde uygun hareketlere başlanması halinde teşebbüsten söz etmek mümkündür.⁶⁴

Kanaatimizce örgütün varlığından bahsedebilmek için herhangi bir suçun işlenmiş olmasına gerek yoktur. Hiyerarşik yapının olması ve amaç suçların işlenmesi için birtakım hazırlık faaliyetlerine girişilmesi örgütün kurulduğunun tespiti için yeterlidir. Bu nedenle kanaatimizce bu suç, -örgüte yardım suçu haricinde- teşebbüse elverişli değildir.

Örgüt suçları yönünden iştirak iki yönlü olarak incelenmelidir. Eğer fail, örgütün varlığını bilerek ve hiyerarşik yapısına tabi olarak, devamlı bir şekilde örgütün eylemlerine dahil olma iradesi gösteriyorsa, burada iştiraktan değil örgüte üye olma suçundan söz edilebilecektir. İkinci olarak fail, örgütün

⁶² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T:26.09.2017, E:2017/16-956, K:2017/370.

⁶³ **Hafızoğulları**, Zeki - **Kurşun**, Günal, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2007, Sayı:71, s.30-32. **Yenidünya-İçer**, s.821.

⁶⁴ **Evik**, s.686. **Ersan**, s.392. Örneğin, bir örgütün kurulmasına rağmen henüz silahlanmanın gerçekleşmediği, sadece silahların sağlanmasına yönelik hareketlerin yapıldığı, ancak silahlar sağlanmadan örgütün polisler tarafından tespit edilerek faaliyetlerine son verildiği durumlarda suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. (**Evik**, s.686-687.)

hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiler yönünden TCK m. 220/7 kendisine uygulama alanı bulacaktır. Eğer kişi silahlı bir örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemişse, TCK m. 220/6 uyarınca ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır.

TCK m. 220 kapsamında suçun oluşması için amaç suçların işlenmesi şartı bulunmamaktadır. Eğer örgüt çerçevesinde amaç suçlar da işlenirse TCK'nın m.220/4 hükmü gereğince hem TCK m.220'den hem de amaç suçtan muhakeme yapılmalıdır.

II) SİLAHLI ÖRGÜT

Kanun koyucu yaratacağı etki ve önemine binaen, kanunda sınırlı olarak sayılı bazı suçları işlemek amacıyla silahlı bir örgüt kurma veya kurulmuş bu örgütü yönetme ya da bu örgüte üye olma fiillerini ayrı suçlar olarak tanımlamıştır.⁶⁵ Esasen silah kullanan suç örgütleri TCK m.220/3 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak silahlı örgüt TCK'nın ikinci kitap dördüncü ve beşinci kısım altında yer alan suçları işlemeyi amaç edinmelidir. Bu suçlar ise "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölümde yer alan; Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK m. 302), düşmanla işbirliği yapmak (TCK m. 303), devlete karşı savaşa tahrik (TCK m. 304), temel milli yararları karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama (TCK m. 305), yabancı devlet aleyhine asker toplama (TCK m. 306), askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma (TCK m. 307), düşman devlete maddi ve mali yardım (TCK m. 308) ile "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölümde yer alan; anayasayı ihlal (TCK m. 309), cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı (TCK m. 310), yasama organına karşı suç (TCK m. 311), hükümete karşı suç (TCK m. 312) ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan (TCK m. 313) suçlarıdır. Kanunda atıf yapılan bölümlerde yer alan suç tipleri "amaç suç" niteliğinde olup silahlı örgüt oluşturulması ise belirlenen bu amaca yönelik ve Devlete karşı "ağır ve yakın zarar tehlikesi" yaratacak nitelikte hazırlık hareketleri olması nedeniyle "araç suç" niteliğinde sayılmıştır.⁶⁶

Tüm mensuplarının silahlı olması zorunlu olmasa da, örgütün amaç suçları işlemeye elverişli düzeyde silaha sahip olması gerekir. TCK m. 314/3 uyarınca,

⁶⁵ Özgenç, Suç Örgütleri, s.43.

⁶⁶ Parlar, Ali- Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007, s 2037.

suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümlerin, bu suç açısından da aynen uygulanacağı kabul edilmiştir. Öyleyse silahlı örgüt, suç örgütünün amaç ve araç bakımından özelini ifade etmesi nedeniyle TCK m. 220 ile TCK m.314 arasında genel-özel norm ilişkisi olduğunu ifade etmemiz mümkündür.⁶⁷

İHAM, Türkiye aleyhine hükmettiği güncel tarihli bir kararında, örgütün henüz herhangi bir silahlı eyleme karışmadığı mahkemelerce tespit edilmesine rağmen; örgütün bu amaçla bir eylem planı ya da benzeri eylemsel tedbirler benimseyip benimsemediği hususunu değerlendirmemesini eleştirdiği gibi, bu örgütün belirli amaçların ilanının haricinde herhangi bir somut hazırlık hareketine ya da şiddet eylemlerinde bulunmak için herhangi bir eylem şekline giriştiğine dair bir emare olmaması nedeniyle silahlı terör örgütünden bahsetmenin mümkün olmayacağını vurgulamıştır.⁶⁸ Aynı kararda örgütün, nihayetinde fiziki bir şiddet seviyesine işaret eden güç ve şiddet yoluyla suç işlemeyi amaçlaması gerektiği gibi, bunu manevi unsurun örgütü terörizm aşamasına getirdiği sonucunu haklı kılacak şiddet ve ağırlık derecesi de dâhil olmak üzere suçu oluşturan unsurlarla nasıl ilgili olduğunun açıkça ortaya konması gerekliliğine de işaret edilmiştir.

Eklenmesi gereken bir husus silahlı örgüte yardım suçuyla ilgilidir. İHAM İmret/Türkiye kararında, TCK m.314 kapsamında örgüt üyesi olma suçundan ceza vermek için eylemin süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk içerip içermediğinin ve belli bir hiyerarşik yapı altında olup olmadığının denetlenmesi gerektiğini, ancak bu maddenin TCK m.220/7'yle bağlantılı olarak uygulanması durumunda mahkemelerin bu kriterleri denetlemek zorunda kalmadan, bu kriterleri aşırı geniş yorumlayarak ceza verdiğini vurgulamıştır.⁶⁹

⁶⁷ Hafizoğulları-Kurşun, s.44.

⁶⁸ Parmak ve Bakır/Türkiye T:03.12.2019 B. No. 22429/07 ve 25195/07.

⁶⁹ **Molu**, Benan, İHAM'ın İmret v. Türkiye ile Bakır ve Diğerleri v. Türkiye Kararlarının Özet Çevirisi: TCK'nin 220/7 Maddesi Öngörülebilir Değil

<https://anayasagundemi.com/2018/07/13/ihamin-imret-v-turkiye-ile-bakir-ve-digerleri-v-turkiye-kararlarinin-ozet-cevirisi-tcknin-220-7-maddesi-ongorulebilir-degil/> (Erişim Tarihi: 11.03.2020) İmret/Türkiye Kararı (no. 2), B.No. 57316/10, T:10.07.2018.

III) TERÖR ÖRGÜTÜ

a) Terör Kavramı

Örgütlü suçluluğun bir konusunu oluşturan terör örgütü kavramının anlaşılması, terör ve terörizm terimlerinin yanı sıra suç örgütü ve örgütlü suçluluğun incelenmesiyle mümkün olacaktır.

Latince "*büyük korku, dehşet, panik, korku kaynağı*" anlamındaki *terrorem* ismi ile "*korkmak, irkilmek*" anlamına gelen *terrere* fiilinden kaynağını alan terör (tedhiş, terror, terreur) kelimesi, XIV. yüzyıl Fransızcası'nda *terreur* şeklinde kullanılırken İngilizce'ye *terror* olarak geçmiştir. "*Ürpermek, titremek*" manasındaki *tremble* ile *terrible* (korkunç) kelimeleri de aynı kökendir.⁷⁰ Türkçemizde ise terörün sözlükteki karşılığı "*yıldırı*" olarak ifade edilmiştir.⁷¹

Milletler Cemiyeti'nin 1934 yılında terörizmin önlenmesiyle ilgili bir antlaşma hazırlama girişiminden bu yana terör ve terörizm uluslararası hukukun gündeminde yer almaktadır. Terörizm bazı ülkelerde özel bir kanunla hüküm altına alınırken (İngiltere, Avustralya ve Kanada gibi) bazı ülkelerde ise (Almanya, Fransa, İtalya gibi) genel ceza kanununda (*codice penale, code penal*) düzenlenmektedir.⁷²

Terör, -siyasal bir kavram olması dolayısıyla- çok farklı tanımları olan bir kavramdır. Öyle ki, 1936-1981 yılları arasında 109 farklı terör tanımı yapıldığı ifade edilmektedir.⁷³ İHAM kararları incelendiğinde de terörün doğrudan bir tanımının yapılmadığı, ancak terörle mücadele edilirken Sözleşme'ye aykırılık oluşturmamak adına alınması gereken tedbirleri örneklediği görülmektedir.⁷⁴

⁷⁰ **Turinay**, Faruk, "*Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2015, Sayı:116, s.40 vd.

⁷¹ Güncel Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi:11.03.2020).

⁷² **Osmanoğlu**, Bilal - **Kıdıl**, Fahrettin, "*Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:21 Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayısı, 2019, s.1154-1157.

⁷³ **Denker**, M. Sami, Uluslararası Terör, Türkiye ve PKK, İstanbul, 1997, s. 4.

⁷⁴ AİHM'in terör faaliyetleri – siyasal özgürlükler ve bunların sınırlanmasına ilişkin görüşleri için bkz. Sadak ve diğerleri v. Türkiye kararı

Terör faaliyetleri ve yasak sorgu usullerine ilişkin bkz. Aksoy v. Türkiye kararı

Terör faaliyetlerini önlemek adına alınacak önlemlere ilişkin bkz. A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararı.

Terörü tanımlamaya çalışan kurumlardan birisi de İslam Konferans Örgütü'dür. İKÖ'nün tanımına göre: "*Terörizm, saik ve kastına bakılmaksızın halkı terörize etmek veya ona zarar verme tehdidinde bulunmak veya halkın yaşamları, onurları, özgürlükleri, güvenlikleri veya haklarını tehlikeye atmak veya çevreyi, bir kamu hizmetini veya kamu veya özel mülkü zarara maruz bırakma veya onları işgal etme veya onlara el koyma, veya bir ulusal kaynağı veya uluslararası hizmetleri tehlikeye atma, ya da bağımsız devletlerin istikrar, ülke bütünlüğü, siyasal birliği veya egemenliklerini tehdit etme amacıyla bir bireysel veya toplu suç planını gerçekleştirmek için işlenen her türlü şiddet eylemi ile bu tür eylem tehdidinde bulunmadır*".⁷⁵

Terör konusunu özel bir kanunla düzenleme yoluna giden kanun koyucu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde terörü tanımlamıştır. Bu tanıma göre terör, "*cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek. Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir*."

Asıl amacı siyasi olan terör örgütü bu niteliğiyle diğer örgüt türlerinden ayrılır. Her ne kadar terör örgütlerinin ekonomik çıkar sağlamak amacıyla yürüttüğü faaliyetler olsa da bunlar siyasi amacın gerçekleştirilmesi için bir araç olarak kullanılır. Bu nedenle ekonomik çıkar güden faaliyetler siyasi amaca kıyasla ikincil niteliktedir.⁷⁶ Diğer suç örgütlerinden farklı olarak terör örgütleri, finansmanını yasal kaynaklardan, hatta devletler vasıtasıyla sağlayabilmektedir.⁷⁷ Genel itibariyle örgütlü suçluluk kavramı, terör örgütlerine, silah ticareti ya da maddi çıkar amaçlı diğer faaliyetler yoluyla temel oluşturmaktadır.⁷⁸

⁷⁵ **Kaya**, İbrahim, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Ankara, 2005, s.10.

⁷⁶ **Evik**, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, s.8.

⁷⁷ **Turinay**, s.52.

⁷⁸ **Turinay**, s.53.

b) Genel Olarak Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü

Terör örgütü kavramının Türk Ceza Hukukundaki konumunu tespit ederken, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kabulü öncesi ve sonrası iki kısımda ele almak yararlı olacaktır. Zira Terörle Mücadele Kanunu'ndan, yani 1991'den önce bu konuya ilişkin incelenecek yasal metin 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu iken, 1991'den sonraki dönemde, özel bir kanun niteliği taşıyan Terörle Mücadele Kanunu'dur.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, yeni yasaya uyum sağlaması amacıyla 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda da bazı değişikliklere gidilmiştir. Değişikliğin gerekçesi TCK m.220'nin yürürlüğe girmesi olarak gösterilmiştir. Bu durum dahi iki hüküm arasında genel-özel norm ilişkisi olduğunu gösteren bir durumdur.⁷⁹

3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinden hareketle terör örgütü "*cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla her türlü suç teşkil eden eylemleri işleyecek kişi veya kişilerin mensup olduğu örgüt, terör örgütüdür.*" şeklinde tanımlanabilir.

Yargıtay da terör kavramını tanımlarken siyasi bir amacının olması, cebir ve şiddet içermesi gerektiğini ifade etmiştir.⁸⁰ Bu tanımdan yola çıkarak bir eylemin terör eylemi olarak kabul edilebilmesi için; suç teşkil eden bir eylemin varlığı, suçun işleniş biçimi (yöntem), amaç ve örgütsel birliktelik olmak üzere

⁷⁹ Turinay, s.63 vd.

⁸⁰ "...Bir faaliyetin siyasi faaliyet-örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi ve Anayasa ile Sözleşmenin korumasından yararlanabilmesi için gerçekleştirilmekte olduğu bağlam ile birlikte cebir ve şiddet ile ilişkisi, kullanılan yöntem ve takip edilen amacın hukuk ve demokrasi kurallarına uygun olup olmadığı ve bir terör örgütü ile amaç veya yöntem bakımından ya da yapısal bir bağlantısının bulunup bulunmadığına bakılmalı..." (Yargıtay 9. Ceza Dairesi, T:22.01.2014, E:2013/7004, K:2014/632)

dört unsurun varlığı aranmaktadır.⁸¹

c) Terörizmin Unsurları

Yukarıda belirtildiği üzere bir eylemin terör eylemi olarak kabul edilebilmesi için, eylemin ceza yasasına göre suç olarak sayılması gerekir.⁸² Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. Maddesine göre, TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320'nci maddeleri ile 310'uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır. Bu suçlar mutlak terör suçları olarak adlandırılır.⁸³ TMK m.4'te ise nisbi terör suçları sayılmıştır.⁸⁴

TMK m.3 bir terör eyleminin varlığı için "eylemin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesini" bir koşul olarak aramamaktadır. Bu yönüyle, terör eylemi tanımının yapıldığı TMK m.1 den ayrılmaktadır.⁸⁵

Terör örgütüne mensup kişi ya da kişilerin suç fiillerini işlerken cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birini kullanması gerekmektedir.⁸⁶ Buna göre terör eyleminden söz edilmesi, cebir ve şiddetin kullanılmasına ve bunun yanında seçimlik hareketlerden en az birinin varlığına da bağlıdır.⁸⁷

TMK m.1 uyarınca örgüte mensup kişilerin Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devle-

⁸¹ **Osmanoğlu-Kıdıl**, s. 1158.

⁸² **Turinay**, s.64.

⁸³ **Turinay**, s.62.

⁸⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar TMK m.1 de belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır.

⁸⁵ **Akın**, Engin, Anayasa Mahkemesi - Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde Terör ve Terörün Finansmanı Suçu, Ankara, 2009, s. 126.

⁸⁶ Söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesi'sin bir kararında suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından incelenmiş ve terör tanımı kanunilik ilkesine uygun bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, T:31.03.1992, E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı Karar, Resmî Gazete 27.01.1993-2147S Mükerrer, s. 1 vd.

⁸⁷ **Osmanoğlu-Kıdıl**, s. 1162.

tinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak saiklerinden biriyle suç işlemesi gerekmektedir.⁸⁸

Terör fiilleri ancak bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenebilir. Yukarıda bahsedildiği üzere TCK m.220 ile TMK'da yer verilen terör örgütü arasında genel-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, örgütsel birlikteliğe ilişkin temel hususlar TCK m.220 ile benzer mahiyettedir. Doktrinde bu durum TMK'nın bireysel terör eylemlerini göz ardı ederek terör tanımında örgütün varlığını şart koşması eleştirilmiştir.⁸⁹

SONUÇ

TCK'nın 220. maddesi, birden fazla suçu işlemek amacıyla bir araya gelen kişilerin cezalandırılması amacıyla düzenlenmiştir. Örgüt kurmak, örgüt yöneticiliği yahut örgüt üyeliği suçundan bahsedilebilmesi için:

- Üç veya daha fazla kişinin örgüte üye olması gerekir.
- Bu üyeler suç işlemek amacıyla fiili olarak birleşmelidir.
- Örgütün işlemeyi amaçladığı suçlara ilişkin elverişli araç gereç ve üye sayısına sahip olunmalıdır.
- Üyeler arasında soyut bir birleşmeden ziyade, gevşek dahi olsa hiyerarşik bir ilişki olmalı ve örgüt içi organizasyon var olmalıdır.
- Örgüt devamlılığının olması gerekmektedir. Eğer kişiler bir suçu işlemek için bir araya gelmişlerse, burada örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz etmek mümkün olacaktır.

TCK m. 220/5 hükmüne göre örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır. Ancak bu hüküm kanaatimizce 'cezaların şahsiliği' ilkesine aykırıdır ve aşırı sınırlayıcıdır.

⁸⁸ Turinay, s.65.

⁸⁹ Turinay, s.44.

Örgütlü suçlara ilişkin eklenmesi gereken bir husus da örgüt propagandası yapmanın düzenlendiği TCK m. 220/8. hükmüdür. İlk düzenlendiği haliyle büyük bir kısıtlama alanına sahip olan hüküm, özellikle 2013 yılındaki değişiklikle hem seçimlik suç haline getirilmiş hem de örgütün amacının propagandasının yapılmasının suç sayılmaması, suçun işlenmesi için özel kast aranması gibi hususlarla basın, fikir ve ifade özgürlüğünün alanını arttırmıştır.

Kanun koyucu toplumda yaratacağı etki ve önemine binaen, kanunda sınırlı olarak sayılı bazı suçları işlemek amacıyla silahlı bir örgüt kurma veya kurulmuş bu örgütü yönetme ya da bu örgüte üye olma fiillerini TCK m.314'te ayrı suçlar olarak tanımlamıştır. Terör konusunda ise özel bir kanunla düzenleme yoluna giden kanun koyucu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde terörü tanımlamıştır. Bu madde uyarınca terör fiilleri ancak bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenebilir. Bu bağlamda bireysel terör eylemlerinin TMK'da düzenlenmemesi ciddi bir eksikliklerdir.

KAYNAKÇA

AKIN, Engin, Anayasa Mahkemesi - Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde Terör ve Terörün Finansmanı Suçu, Ankara, 2009.

ARTUK, Mehmet Emin - **GÖKÇEN**, Ahmet - **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

BOZLAK, Ayhan "Çıkar Amaçlı Organize Suçlarla Mücadeleye İlişkin Temel Hukuki Düzenlemeler ve Başlıca İlkeler", Polis Bilimleri Dergisi. Cilt XI, Sayı: 3, 2009.

DENKER, M. Sami, Uluslararası Terör, Türkiye ve PKK, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1997.

DURSUN, İsmail, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.

DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007.

ERSAN, Aykut, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Yayınları, 2013, Cilt: 71, Sayı 1.

EVİK, Vesile Sonay, “*Cürüm İşlemek Amacıyla Örgütlenme*”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, GSÜ Yayınları:32, İstanbul, 2004.

EVİK, Vesile Sonay, *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, İstanbul, 2004.

EVİK, Vesile Sonay, “*Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Nur Cenetel’e Armağan, 2013, İstanbul, Cilt:19, Sayı:2.

GÖKPINAR, Mahmut, “Sosyal ve Kriminal Boyutlarıyla Organize Suç” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2005, Sayı:60.

GÖREN, Sami, En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2012.

HAFIZOĞULLARI, Zeki - **KURŞUN**, Günal, “*Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2007, Sayı:71.

HAFIZOĞULLARI, Zeki - **ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2012.

KAVLAK, Cihan, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, 2013.

KAYA, İbrahim, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Ankara, 2005.

MOLU, Benan, İHAM’ın İmret v. Türkiye ile Bakır ve Diğerleri v. Türkiye Kararlarının Özet Çevirisi: TCK’nin 220/7 Maddesi Öngörülebilir Değil (<https://anayasagundemi.com/2018/07/13/ihamin-imret-v-turkiye-ile-bakir-ve-digerleri-v-turkiye-kararlarinin-ozet-cevirisi-tcknin-220-7-maddesi-ongorulebilir-degil/>)

OSMANOĞLU, Bilal - **KIDIL**, Fahrettin, “*Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:21 Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı, 2019.

ÖZEK, Çetin, “*Organize Suç*”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. İstanbul, 1998

ÖZGENÇ, İzzet, Suç Örgütleri, Ankara, 2017

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara, 2005.

ÖZTÜRK, Bahri - **ERDEM**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

PARLAR, Ali - **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2007.

ŞEN, Ersan – **ERYILDIZ**, H. Sefa, Suç Örgütü, Ankara, 2018.

TOZMAN, Önder, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara, 2017.

TULAY, M. Emre, “*Suç Örgütüne Yardım Etme Suçunun Özel Görünümlü İştirak Olarak Kabul Edilmesi*”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara, 2018.

TULAY, Muhammed Emre, “*Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, 2019, Sayı:38.

TURİNAY, Faruk, “*Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2015, Sayı:116.

YAŞAR, Osman – **GÖKCAN**, Hasan Tahsin - **ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt:5, Ankara, 2010.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner - **İÇER**, Zafer “*Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, İstanbul, 2013, Cilt:19, Sayı:2.

**MARTTI KOSKENNEMI İLE
ULUSLARARASI HUKUK VE AŞIRI SAĞIN
YÜKSELİŞİ ÜZERİNE MÜLÂKAT* ****

*Interview: Martti Koskeniemi on International Law and the Rise of the
Far-Right*

Dr. Öğr. Üyesi Selman ÖZDAN***

*There is a crack in everything
That's how the light gets in.¹
-Leonard Cohen-*

ÖZET

Profesör Martti Koskeniemi, T.M.C. Asser Enstitüsü'nün (Hague) düzenlediği geleneksel konferansların dördüncüsünde (29 Kasım 2018), “Uluslararası Hukuk ve Aşırı Sağın Yükselişi” hakkında bir konuşma yapmıştır. Konferans akabinde, T.M.C. Asser Enstitüsü'nde Uzlaştırma ve Yargılama alanında araştırmacı olan Dr. Dimitri van den Meerssche, konferans üzerine Koskeniemi ile bir mülâkat gerçekleştirmiştir. Bu mülâkat, küreselleşmeye karşı oluşan mevcut ters tepkiler, uluslararası hukukta ortaya çıkan sahte uzmanlar ve Kos-

* Bu mülâkat 10 Aralık 2018 tarihinde <http://opiniojuris.org/> sitesinde yayınlanmıştır. ME-ERSSCHE Dimitri van den, “Interview: Martti Koskeniemi on International Law and the Rise of the Far-Right”, 10 Aralık 2018, <http://opiniojuris.org/2018/12/10/interview-martti-koskeniemi-on-international-law-and-the-rise-of-the-far-right/> (Erişim tarihi: 14 Şubat 2020).

** Mülâkatın yayınlandığı Opinio Juris sitesinin editörlerine ve mülâkatı gerçekleştiren Dr. Dimitri van den Meerssche'ye bu çeviriyi yapmam hususunda verdikleri izinden ve süreci takip ederek verdikleri destekten dolayı teşekkür ederim. Ayrıca, metnin son okumasını yapan ve yapıcı eleştirileri ile katkı sunan kıymetli meslektaşım Dr. Abdulkadir Saka'ya teşekkür ederim.

*** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, The Society of Legal Scholars mensubu.

mail: selmanozdan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1002-0625

Makale Geliş Tarihi:20.02.2020

Makale Kabul Tarihi:24.03.2020

¹ “Bir çatlak var her şeyde. Işık böyle sızıyor içeriye”. Leonard Cohen.

kenniemi'nin dönem çalışmasında (*The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*) yoğunlaştığı ve araştırma hayatı boyunca bulmaya çalıştığı somut deliller üzerinedir. Koskenniemi bu mülâkatta, uluslararası hukukun çağımızdaki yerini tespit ederken, uluslararası hukuk alanındaki bürokratların ve uzmanların teknik açıdan kullandığı dilin, uluslararası hukuk söyleminin çok ötesinde olduğunu belirtmektedir. Koskenniemi, akademik bir disiplin olarak uluslararası hukuku sorgulamakta, uluslararası hukukun etkin bir hale gelmesiyle, eksiksiz bir adaleti tesis edeceğine ve savaşları ortadan kaldıracığına dair olan inanışı eleştirmektedir. Bu mülâkatta, Koskenniemi, uluslararası hukuka, onun enstitülerine ve aşırı sağın yükselişine karşı oluşan mevcut ters tepkiler hakkında analizlerini sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Hukuk, Uzmanlık, Ters Tepki, İktidar.

ABSTRACT

Prof. Martti Koskenniemi gave a lecture about international law and the rise of the far right at the Fourth Annual Lecture of the T.M.C. Asser Institute in The Hague on November 29, 2018. Following this Lecture, Dr. Dimitri van den Meerssche who is a researcher in the Dispute Settlement and Adjudication strand at the T.M.C. Asser Institute, had an interview with Koskenniemi on the backlash against globalism, fake expertise and the smoking gun in Koskenniemi's work (*The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*). He assigns international law a position in the contemporary world beyond mere technical approach taken by bureaucrats and experts of international law. He questions the discipline of international law and criticizes the belief that more international law will bring the people more justice and less war. In this interview, Koskenniemi analyses current backlash against international law, its institutions and the rise of far-right.

Key Words: International Law, Law, Expertise, Backlash, Power.

Giriş

Martti Koskenniemi Helsinki Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde uluslararası hukuk profesörü ve Eric Castrén Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Enstitüsü müdürüdür. Koskenniemi 1978-1994 yılları arasında Finlandiya Hariçye hizmetleri üyesi ve 2002-2006 yılları arasında da Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu üyesi olarak görev yapmıştır. Koskenniemi ayrıca Uluslararası Hukuk Enstitüsü (Institut de Droit International) ve İngiliz Akademi (British Academy) üyesidir. Koskenniemi Melbourne Hukuk Fakültesi'nin

ve Londra Siyaset ve Ekonomi Bilimleri Fakültesi'nin Centennial akademisi mensubudur. Koskenniemi New York, Cambridge, Utrecht, Columbia, Sao Paulo, Toronto ve Paris (I, II, X ve XVI) Üniversitelerinde ziyaretçi profesör unvanına sahiptir.

Koskenniemi, uluslararası hukuk alanında referans gösterilen birçok yayına sahiptir. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (1989), *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2001), *The Politics of International Law* (2011) ve *The Cambridge Companion to International Law* (2012, James Crawford editörlüğü ile birlikte) önde gelen çalışmalarından bazılarıdır. Uluslararası hukuk disiplini açısından çağımızın önde gelen akademisyenlerinden olan Koskenniemi, disipline eleştirel bakış açısıyla yaklaşması noktasında da öncü bir bilim insanı konumundadır. Bu cümleleri net bir şekilde ifade etmeme sebep olan kişi, Dördüncü Geleneksel Asser Konferansı'nın açılış konuşmasını yapan Prof. Dr. Janne Nijman (Asser Enstitüsü Akademi Müdürü) olmuştur. Nijman konuşmasında Koskenniemi için şu ifadeyi kullanıyor: “Son 30 yıl içerisinde, Koskenniemi'nin uluslararası hukuk disipliniyi yeniden tanımladığını söyleme cüretini kendimde buluyor ve onu uluslararası hukukun gerçek bir rock starı olarak görüyorum”.²

Koskenniemi bu mülâkatta, uluslararası hukukun genel durumunu yansıtan eleştirel bir değerlendirmede bulunur. Bu mülâkat, küreselleşmeye karşı ortaya çıkan ters tepkiler, uluslararası hukuk sahasında bulunan sahte uzmanlar ve Koskenniemi'nin dönem çalışmasında (*The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*) yoğunlaştığı ve araştırma hayatı boyunca bulmaya çalıştığı somut deliller üzerinedir. Bu mülâkatta, Koskenniemi, uluslararası hukuka, uluslararası hukukun enstitülerine ve aşırı sağın yükselişine karşı oluşan mevcut ters tepkiler ile ilgili eleştirel değerlendirmelerini sunmaktadır.

Mülâkat (Soru & Cevap)

S: Dördüncü Geleneksel Asser Konferansı'nda aşırı sağın yükselişine değinerek, uluslararası hukuka ve uluslararası hukukun birimlerine karşı ortaya çıkan mevcut ‘ters tepkiler’ üzerine konuşma yaptınız. Görünüşe göre, mevcut ters tepkilerin kaynağı ve mahiyeti ile ilgili kendinize ait bir değerlendirmeniz var.

² Prof. Dr. Janne Nijman'ın açılış konuşması için bkz. Asser Institute, “Annual T.M.C. Asser Lecture 2018”, 29 Kasım 2018, <https://www.asser.nl/annual-lecture/annual-tmc-asser-lecture-2018/> (Erişim tarihi: 14 Şubat 2020); ayrıca bkz. KOSKENNIEMI Martti, *International Law and The Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, Ed. Janne E. Nijman, Asser Press, The Hague, 2019.

C: Evet. Basmakalıp şekliyle, ‘Kaçınılmaz olan küreselleşme süreci’nde kaybolan ve ‘terkedildiği’ farz edilen insanlar ile sempatik bir ilişki kurma çabasındaki liberal anlayışa eleştirel bir şekilde yaklaşıyorum. Ekonomik ve sosyolojik unsurları içeren bu anlatım, bazı insanların, küreselleşmenin sağladığı ekonomik faydalara nasıl ulaşamadığı veya ulaşamayacağı sorusunu ele alır. ‘Terkedildiğini’ farz ettiğimiz bu insanlar, şehirlerdeki yaşamı ve seçkinleri eleştirerek kendi göreceli yoksunluklarına ters tepki gösterirlerdi. Bu tepki bazen BREXIT için destek ve onay vererek, bazen Donald Trump’a oy vererek ve bazen de yoksunluklarından ve marjinalleştirilmelerinden sorumlu tuttıkları insanların hakkından gelmeye çalışarak karşımıza çıktı.

Ekonomik ve sosyal gerçekleri göz ardı edemem; fakat “yoksun insanları kendi konumumuza getirince tüm sorunlar ortadan kalkacak” tarzı bir anlayışın da karşısındayım. Bu durumu sadece ve basitçe ekonomik, kurumsal ve sosyolojik bir sorun olarak görmek mutlak bir başarısızlığa mahkûm olmak demektir. Yapılan ekonomik reformların ise bu yoksun insanlarla hiçbir alakası yoktur. Daha fazla reform yapmaya çalıştıkça daha fazla umutsuz birer ahmak gibi görüneceksinizdir. *Bu insanlara kulak vermezseniz, gerçek hayatta insanlar arasındaki yaşam hakkında hiçbir fikri olmayan kişiler haline gelirsiniz.*

Bunun yerine, bu durumu politik açıdan değerlendirmeyi tercih ediyorum. “Kontrolü geri alma” fikri özellikle beyaz-adamın imtiyazının yeniden tesis edilmesini arzulayan gericilikle ilgili bir mevzu olduğu kanaatindeyim. “Kontrolü geri alma” fikri, beyaz-adam için 1960ların başlarına dönmek anlamına gelir. Bir başka deyişle, bu fikri; toplum içerisinde var olan azınlıkların (kozmpolitan elitistler, feministler, eşcinsel gazeteciler, Yahudi hayırseverler - George Soros gibi - ve Afrikalı mülteciler gibi) ne düşündüğümüze ve ne yapmamız gerektiğine müdahale edemediği dönemlerde, beyaz ırkın ve onların ailelerinin sistemi tekrar ele geçirmesi olarak ifade edebiliriz.³ Kültürel bir mesele olarak kabul edebileceğimiz bu durum, önceden var olan hiyerarşinin yeniden hortlamasına veya tesis edilmesine sebep olacaktır. Şimdi nihayetinde “hayatımızın kontrolünü geri aldık”. Kaygımız ekonomik yoksunluktan ziyade statümüzün kaybolmasıdır.

S: Uluslararası hukuk disiplinine ait mesleki inancın kaybolması ile ilgili düşüncelerinizden biraz bahseder misiniz? Siz, bu durumu “formalizm (gelecekselci) zihniyetinin yönetsel (idari) zihniyete evrilmesi” olarak ifade ediyorsunuz.

³ “Kontrolü geri alma” fikri hususunda Koskenniemi’nin analizi için bkz. KOSKENNIEMI Martti, *International Law and The Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, Ed. Janne E. Nijman, Asser Press, The Hague, 2019, ss. 7-10.

C: Evet. Uluslararası hukukun kendini anlamlandırmasında bir değişim meydana geldi. Bu değişim, 1870’lerde mutlak formal emperyalizm ile Avrupa’daki liberal yasaların yayılma çabalarının birleşmesine binaen kendisini, milliyetçi devlet inşasının ortaya çıkması olarak gösterdi. Bu durum devletçiliğin ne olduğu ve devletlerarası ilişkilerin nasıl olduğu hakkındaki anlayışın konsolide edilmesi üzerine ortaya çıkmıştır. Devletler, resmi diplomasi yolu ile aralarında ilişki tesis ederek kendilerini güçlendirirken, bir yandan da resmi diplomasi yolu ile kendileri için kimlikler yaratırlar. Bir devlet adamı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na hitap ettiğinde, hepimiz o kişinin bir devleti temsilen orada olduğunu ve konuşma yaptığını biliriz. Bir devletin devlet olma eylemini yalnızca uluslararası hukuk sahasında gerçekleştirebileceğine dair anlayış, modası geçmiş ve geçerliliğini yitirmiş bir anlayıştır. 1990’lara geldiğimizde, uluslararası hukukta var olan devlet merkezli bu sistemde bir değişim yaşandı. Uluslararası hukuk, devlet disiplini anlayışından, birtakım küresel konuları içinde barındıran devlet karşıtı bir disipline dönüştü. Kanaatimce, mevcut “*ters tepkiler*” tam olarak 1990’lara verilen bir reaksiyondur.

1990’larda uluslararası hukuk bir uzmanlık alanına dönüştü. “Mülteci sorunlarını”, “dünya çevresini” ve “dünya ticaretini” ilgilendiren çeşitli yönetsel projeler sürüsüne dâhil olan bir disiplin haline geldi.

Bu dönemlerde, uluslararası hukukçuların, kendilerini iyi hissetmek adına teknik ve yönetsel dili öğrenmeleri gerekiyordu ve ancak bu şekilde “küresel sorunların idaresinde kullanışlı bir araç olan” uluslararası hukuk disiplini hakkında konuşabilirlerdi. Bütün bunlar, 1990’larda ortaya çıkan artık “dünyayı yönetebiliriz” anlayışına dayanan liberal tasavvurun bir parçasıydı.

Ancak bu durum, esasında uluslararası hukukun tarihinde var olan fikirler ile çatışmıştır. Uluslararası hukuk, bir parça naif de olsa, adalet fikri üzerine inşa edilmiştir. Bu durumun örneği, kendi kaderini tayin eden ulusların barış ve eşitlik içerisinde yaşamasında gerçekleşebilir. Adalet ve barış kavramları, problemleri çözmek için oluşturulan yönetsel şekle kolayca dönüştürülemezdir. 1990’larda demokrasi veya adalet gibi konuların artık dile getirilmediği yönetsel dünya içerisinde, uluslararası hukukçular kaybolup gittiler. Serbest ticaret, insan hakları, güvenlik ve çevre gibi önem addettiğimiz konular hakkında konuşup duruyoruz, fakat bir bakıma bu konular, çoğu insanın çalıştığı ve yaşadığı bağlamdan tamamen uzak kalmaktadır. *Kemer sıkma durumu ile insan haklarının uzlaşmış olduğunu görüyoruz. Böylece eşitsizlik büyüyor ve kendini hissettiriyor. Nasıl olur da bu durum “sadece kendi imtiyazlarını güçlendiren seçkinlerin kendi aralarında konuşması veya anlaşması” gibi algılanmaz?*

“The Gentle Civilizer of Nations” adlı kitabımda “The Rise and Fall of International Law 1870-1960”⁴ adlı alt başlığında “fall” (düşüş) ifadesini 1960’lar için kullandım. Bunun bir sebebi, insan hakları hukukunun 1960’larda ortaya çıkmasıdır.⁵ Bu yaklaşım, insan hakları hukukunun bir eleştirisi değil; sadece insan hakları hukukunun uluslararası hukuktan farklı olmasının ifadesidir. İnsan haklarının devletleri bir düşman olarak görmesine karşılık, uluslararası hukuk, ancak devletler ve devletlerin desteği ile var olabilirdi. Ayrıca, 1960’larda ilk olarak GATT’da (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması) daha sonraları ise Dünya Ticaret Örgütü’nde ticaret hukukunun çok sağlam ve karmaşık bir biçimde ortaya çıktığını gördük. Dolayısıyla, ticaret hukukçuları dünya ve ticaret kavramları etrafında hareket etmeye başladı. Fakat adalet ve konforlu yaşam kavramları çoğunlukla devletler ve bölgeler gibi nispeten daha ufak topluluklar için oluşturulmuştur.

Küreselleşme ve milliyetçilik, esasında karmaşık ve birbiriyle çelişen fenomenlerdir. Fakat insanlar karmaşıklaktan uzak ve basit düşünmek isterler. Dolayısıyla burada çözüm, şüphesiz birbirlerine aşırı uç seçenekler olsa da ya ulus ya da dünya olurdu. Zaten 19. yüzyılın son dönemlerinde hukukçular, ulusların hem iyiyi hem de kötüyü yansıttığını biliyorlardı. Bu sebeple de diğer halkların milliyetçiliğini de takdir eden bir milliyetçilik anlamına gelen ve kıymetli bir yaklaşım olan “daha aydınlanmış bir vatanseverlik” anlayışına dem vurular.

Ancak bazı talihsiz sebeplerden ötürü uluslararası hukukçuların çoğu, devletleri düşman bellemek suretiyle “uluslararası olunca iyi, ulusal olunca kötüdür” ifadesini benimsediler. 1990’larda bir şekilde bu varsayım üzerinden hareket edebildiler ve “her şeyin uluslararası hale gelmesi gerektiğini ve ulusal olanın esasında tehlikeli ve zararlı olduğunu ve ayrıca milliyetçiliğin esasen kötü bir şey olduğunu” öne sürdüler. Siyasi açıdan düşünmek bu yüzden önemlidir, çünkü yapılacak seçim asla ulusalın mı uluslararasıının mı seçilip seçilmeyeceği hakkında değildir. Seçim şu şekilde olmalıdır: *Ne tür ulusal ve uluslararası sisteme sahip olacağız?* Kendimize şu soruyu sormalıyız: Bu seçim sonucunda kim kazanacak kim kaybedecek?

S: Siz bir yandan uluslararası hukukun her daim tarihi ve siyasi yapıda olan sözde evrenselci ve kozmopolit fikirlerle dolu olduğunu söylüyorsunuz. Ancak öte yandan da uluslararası hukuku, sizin deyiminizle, “daha iyi bir gelecek hayal etmek için kullanılan bir dil” olarak, eleştirel evrenselci yaklaşımın

⁴ KOSKENNIEMI Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

⁵ Bu konu için bkz. MOYN Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2018, s. 182.

bir sesi olabileceğine de inanıyorsunuz. Uluslararası hukuk karşısındaki manen ıslah edici olan bu tutumunuzu nasıl açıklarsınız?

C: Görünüşe göre neticede ben gizli bir liberal ve romantığım (gülüşme). Uluslararası hukukun özü itibarıyla diğer mesleki dillerden daha iyi veya daha kötü olduğunu düşünmüyorum. Bununla birlikte, uluslararası hukuk dili hâkim olduğum ve kullanabildiğim bir dildir. Hem sosyolojik hem de tarihsel açılardan uluslararası hukuka hâkim olduğumu düşünüyorum. Bence uluslararası hukuk, birçok insanın önem atfettiği değerleri ve hedefleri vurgulamak için bir potansiyele sahip. Ancak, uluslararası hukukun çok iyi bir durumda olmadığını görüyoruz. Üye sıfatıyla beş yıl boyunca çalıştığım Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda, mesaimizin herhangi bir insanın hayatına olumlu yönde etki edip etmediğini hep merak etmişimdir. David Kennedy'nin de sıklıkla işaret ettiği gibi, biz uluslararası hukukçular, görev yaptığımız kurumlar tarafından büyüleniyoruz. Uluslararası hukukçular için de tüm problemler uluslararası hukuk problemi gibi gözüküyor.⁶ Bir problem ile karşılaştığımızda BM'nin bu problemle ilgilenmesini tavsiye ediyoruz ve BM bu problemle ilgilendiğinde (mesela bir önergeyi onayladığında) bir şeylerin hâlihazırda “yapılmakta olduğunu” / “uğraşıldığını” ifade ediyoruz. Ancak, işin aslı böyle değildir. Bence bunun gerçekleşmesi, diğer küresel kurumlarda yönetsel çalışmaların ortaya çıkmasına sebep olur. Fakat bu durum yağmurdan kaçarken doluya tutulmaktan başka bir şey değildir. Uluslararası hukukçular bu yönetsel sürüye takılmakla, bir zamanlar BM'nin de üzerine tesis edildiği adalet ve barış konuları ile ilgilerini kaybettiler.

Öyle ise bana gizli bir liberal ve romantik diyebilirsin ancak ben optimist biri değilim. Ayrıntılı bir planım yok ve dünya nasıl daha iyi hale gelir onu da bilmiyorum. Eğer bir yönetici bana gelip “peki Martti! Benim yönetimime ilişkin alternatif bir yönetim tarzın yok” derse cevaben, “evet bu doğru ve sizin bu özgüveninize hayranım doğrusu” demeliyim. Ancak, sergilenen bu özgüvenin, sorunun bir parçası olduğunu düşünüyorum. Çünkü bu özgüven, mesnetsiz bir özgüvenden başka bir şey değildir. Sadece dünyadaki birçok insanın acı çekmesinin değil, birçok insanın idari uzmanlığına duyduğu inancın kaybolmasının da sebebi bu mesnetsiz özgüvendir. Sorun şu ki, dünyadaki problemlere çözüm getirilmesini isteyen birçok insan, benim gibi uzmanlara gelir. Daha sonra bu uzman, Orta Doğu krizinin, Euro Bölgesi krizinin, siber casusluk krizinin veya konut fiyatı krizinin nasıl çözüleceğini anlatmak için 35 saniyelik bir röportaj verir. Emin olmasak dahi eminmiş gibi konuşuruz. Medyanın tüm kaygısı, iyi uzmanların kendi alanlarının bilgisine az çok sahip olmasıdır (uzmanın

⁶ David Kennedy bu durumu bir makalesinde “eline çekiç alan kişi, tüm problemleri çivi olarak görür” ifadesi ile özetlemiştir. KENNEDY David, “One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream”, *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 31(3), 2007, ss. 647-8.

alanında uzmanmış gibi gözükmeye yeter). Halk bu özgüvenin bir aldatmaca olduğunu bilir ve bu özgüvenin mesnetsiz olduğunun farkındadır. Onların deneyimlerine göre, “uzmanlar ne söylerse söylesin, her zaman kaybeden halk oluyor”. Dolayısıyla, dünya sorunları ile ilgili çözümleri hâlihazırda bildiğini öne süren bu kültürün, siyasi itiraza ve tartışmaya ait anlamı yok ettiğini düşünüyorum. Bu uzmanlık kültürü tamamen küresel bir durumdur. Bu yüzden, sahte uzmanlığa karşı milliyetçi ve gerici tepkiler aynı anda ortaya çıkıyor.

S: O halde uluslararası hukukçular belki de daha az uzmanlaşmalı, daha aydın olmalı ve daha geniş bir bakış açısına sahip olmalıdır öyle mi?

C: Evet. Bence insanlar sanat filmleri izlemeli roman ve *bande dessinée* (çizgi roman) okumalı. Ben *bande dessinée* okumaya bayılırım. İyi bir şeyler yapmak için, romanlar size 500 sayfalık bir uluslararası hukuka giriş kitabından çok daha iyi gelecektir. Diğer insanların perspektifinden bakabilmek ve başkalarının duygularını paylaşmayı öğrenmek önemlidir. Calais ormanında⁷ bir mülteci olmak ne demektir? Diğer insanlar böyle bir durumda ne hisseder? Bunları anlaşma metinlerinden değil, romanlardan öğreniriz. Bu dediklerimin bir klişe olduğunun farkındayım ancak yönetsel dünyada bu klişeleri hatırlamak ve hatırlatmak gerektiğini düşünüyorum.

Uzmanlık konusundaki mevcut problemlerden biri, bildiğimiz çok sayıda önemli meseleyi bize unutturmasıdır. Komşunu incitmemen gerektiğini bilirsin. Zor durumda olan insanlara yardım etmen gerektiğini bilirsin. Hâlihazırda büyüklerimizden bize kadar gelen ve aşına olduğumuz bu basit tavsiyelere uymadığımızda, hayatlarımızın ve bize bağlı olanların yaşamlarının kötüye gideceğini de bilirsin. Bütün bunların farkında olmamıza rağmen, uzmanlar olarak bu durumu bu şekilde ifade edemeyiz. Uzmanlar sadece klişe olan gerçekleri dile getirmekle yetinmeyip daha fazlasını yapmaları gerekmektedir. Uzmanlar söylediklerinin içeriğini kanıt temelli verip net şekilde bilgiler sunmalıdırlar.

S: “The Gentle Civilizer of Nations” kitabında “kültürel formalizm” fikrini, stratejik bir tercihin uygulanacağı veya yapılacağı stratejik bir postür olarak değerlendiriyorsunuz. “Kültürel formalizm” düşüncesinin hala arkasında mısınız?

C: Bu kitabın sonunda “kültürel formalizm” fikrinden bahsetmenin iyi bir hamle olup olmadığını hep merak etmişimdir. Başlangıçta “ironik formalizm” terimini kurcaladım kullanmak için, fakat sonra kararımı değiştirdim. “Kültürel formalizm” terimini bir paradoks veya oksimoron olarak düşündüm. Bu iki kavramın, yani kültür ve formalizmin birbirlerine zıt kavramlar olduğu kanaatindeyim. Şöyle ki, kültür; maddi, tarihi ve sosyal yönden dolu bir kav-

⁷ Calais ormanı, Fransa Calais dolaylarında bulunan bir mülteci kampıydı.

ramdır. Formalizm ise soyut ve hassas bir kavramdır. Bu kavramları birlikte kullandığınızda, insanlar imâ ettiğiniz şeyin, içinde bulunulması imkânsız olabilecek konumu dolayısıyla, bir paradoks olduğunu anlayacaktır. Bu paradoksal formül ile mesleki uygulamalarımızın ne kadar kaygan bir zemin üzerinde durduğuna işaret etmek istedim. Bazı şeylerle başa çıkabilme kabiliyetine sahip olmak için, bir yanda gerçekten formalist olmak zorundasınız ve diğer yanda da kültürel olarak işin içinde olmalıyız.

Fakat bu hususta başarılı olduğumdan şüpheliyim. Meslektaşlarım bu deyim üzerine bir hayli kafa patlatıyorlar. Diğer yandan, bu deyim, belki de meslekteki bazı hastalıklara, bir takım çelişkili arzulara ve daha kolay kavranabilecek veya anlaşılabilir bir dille açıklanması zor olan bir deneyime işaret ediyor olabilir. Biz toplumla interaktif olmak istiyoruz, ayrıca hukukun ne için mücadele ettiğimizi ve kim olduğumuzu yansıtan anlamları içermesini istiyoruz. Fakat aynı zamanda da insanlara toplumda ne olduğunu söylemek yerine *ne olması gerektiğini* söylemek için hukukun, toplumda olup bitenden uzak durmasını istiyoruz. Belki de “formalizm kültürü” terimi, modern hukukta var olan eski bir gerilimin bir başka ifadesidir.

Belki de “formalizm kültürü” teriminde bulunan muğlaklığı, kendinden çok da emin olamayan ve kendi belirsizlikleri hakkında oldukça açık olan profesyonelliği ifade etme çabası olarak düşünebiliriz. Belki de o zaman hepimiz evimizde karanlıkta hissettiğimiz belirsizliklere daha da yaklaşabilirdik ki bu karanlıkta şunları düşünürüz: “Kendimi anlayamıyorum. Dün şunu söyledim şimdi bunu düşünüyorum. Bu nasıl mümkün olabilir?!” Yani demek istediğim, biz insanlar, karmaşık, paradoksal ve kendisiyle çelişen varlıklarız. Aslında hayatımızda hiç de yönetimsel değiliz. Belki de bu yüzden uluslararası hukuk; söylendiğinde gülmekten kendimizi alıkoyamayacağımız adalet, eşitlik, barış ve uyum hakkında konuşma ihtiyacımıza ait kırılğanlığın ve naifliğin en iyi ifade şeklidir.

Peter Sloterdijk, sinik aklın harika bir eleştirisini yapar.⁸ Bu eleştirinin merkezinde hangi ilkeleri ifade etmemize ve aynı zamanda bu ilkelerin eleştirilerini açık ve kesin olarak ifade etmemize olanak sağlayan, modernlik ile sinik bir mantalite tevarüs ettiğimiz bir fikir vardır. Bunun sonucu olarak, biz artık bu ilkelere inanmıyoruz ve bu ilkelerin hayatımızda nasıl davranacağımız konusunda hiçbir etkisi kalmıyor. Sloterdijk bu durumu trajik olarak nitelendiriyor. Sloterdijk kadar bu konuda keskin olmasam da onunla aynı fikirdeyim. Evet, bu trajik bir durumdur. Fakat trajedi o kadar da kötü olmayabilir, çünkü trajedi aynı zamanda bir hassasiyet/kırılğanlık duygusunu vurgulamak için de kullanılabilir. Kırılğanlık duygusu ile diğer insanları tanımlayabildiğiniz için, bu duygu

⁸ SLOTERDIJK Peter, *Critique of Cynical Reason*, (çeviren: Michael Eldred), University of Minnesota Press, Minneapolis, 2001.

kullanışlı bir hale gelebilir. Şöyle ki, diğer insanlar vaaz ettiklerini yapmamaları durumunda onları anlayabilirsin ve onlara karşı acıma duygusu hissedebilirsin.

Uzmanlara ve uzmanlık kültürüne olan güvensizliğin bir boyutunun, önemli bir ihtiyaç ile ilişkisi olduğunu düşünüyorum. Bu ihtiyaç; uzmanların kesin bilgi sahibi olduğu izlenimi verdikleri hususları aslında bilmediklerinin anlaşılmasıdır. Onların bilgisinin kırılabilirliği, bir bakıma “ben bilirim” ve/veya “benim bilgim” demekten çok farklı değildir. En iyi teknisyenler ve bilim insanları, bilimin tüm alanlarında kendi Ortodoks zihniyetlerinin var olduğunun ve bu Ortodoks yapının eleştirisinin bulunduğu farkındadır. Onlar kendilerine karşı bölünür ve bir bakıma bu bölünme onları kırılabilir/savunmasız yapar. Bu belirsizliği bu kırılabilirliği göstermek veya gözler önüne sermek, sadece uzmanların uhdesinde olsaydı, bugün daha az tepkiyle karşılaşabilirdik.

S: Hukukun iktidarı nasıl düzenlediğini veya şekillendirdiğini anlamak için, bir strateji olarak tarihe yöneliyorsunuz. Sizi tarihçiliğe yönlendiren durumu açıklayabilir misiniz?

C: İktidar konusunda takıntılı bir insanım. Tabii ki iktidara sahip olmak isterim; fakat aynı zamanda onu incelemek de isterim. Dostlarımla iktidara sahip olmasını arzularım ve bu durumun nasıl mümkün olabileceğine dair stratejik bir inceleme yapmak isterim. Fakat iktidarın bir yerde olmadığını, bilakis her yerde bulunduğunu ve ona sahip olmanın gerçekten bir olasılık olmadığını bilecek kadar da Foucaultcu söylem analizine sahibim. Bu sebeple diğer insanların bu iktidara sahip olmayı nasıl anladıklarını inceleme yolunu seçtim ve bu konuda geçmişteki iktidarların yöntemleri ilgi alanıma girer.

Ancak tarihi bulgulara karşı tarafsız bir tutuma sahip değilim. Tarihi bulgulara, bugünün dünyasının büyük ölçüde bir felaket olduğu önsezisi ve deneyimiyle yaklaşıyorum. Böyle bir felakete neyin sebep olduğunu ortaya çıkartmak istiyorum. Benim hipotezim, bu felaketin bir iktidar ürünü olduğudur. Şimdi, mevcut durumu iktidarın bir başarısı olarak nasıl değerlendirebilirsiniz? Günümüzdeki kelime bilgisi ile bu değerlendirmeyi yapamazsınız, çünkü bu kelimeler hâlihazırda iktidardan etkilenmiş durumdadırlar. Öyle ise, diğer zamanlara ve diğer dönemlere bir bakalım. Nasıl oldu da kullandığımız kelimeler sahip oldukları anlamlara kavuştu? Hipotez şudur o zaman: bu felaket durumu; hırslı birinin iktidarı elde etmek, iktidarı meşrulaştırmak ve iktidarı eleştirmek için hukuki kelimeleri nasıl kullandığının bir sonucudur.

Böylece, benim bu tarihi çalışmam dedektif tarzı bir çalışma haline dönuştü. Çalışmam, dedektif romanlarındaki soruyu yani “kim yaptı?” sorusunu soruyor. Bu insanlar, önerdikleri çözümlerin doğru çözümler olduğunu ve doğru yolu bulduklarına ikna edebilecekleri bu kelime haznesini nasıl geliştirdiler?

Tarih ayrıca hikâyelerle dolu olduğu için faydalı bir ilimdir. Hikâyeler günümüzdeki ikilemleri somut bir şekilde aydınlatır. Tarih, insanoğlunun kendi yaşamında bir aktör olduğunu gösterir (kendi yaşamlarının efendileri olduğunu kastetmiyorum çünkü bu pek çok insan için uygun değildir bu sebeple aktör diyelim). Bir aktör olarak elimizden gelenin en iyisini yapmaya çalışırız fakat sıklıkla başarısız oluruz. Hikâyelerin avantajı, okuyucular istediklerini veya ihtiyaç duyduklarını onlardan alabilirler. Hikâyeler vaaz vermez. Hikâyeler muğlaktır ve deneyimleriniz ile ilişkisinin nasıl olduğunu yansıtmaya müsait bir yapısı vardır. Hikâyeler, okuyucuyu soru sormaya yönlendirir. Bu sebeple kendimi tarih ilminin içinde buldum diyebilirim.

S: Geriye dönüp baktığınız zaman, aldığınız en önemli ders nedir?

C: En önemlisi hangisi, bunu söylemek gerçekten zor. Fakat size bu konu ile ilgili başımdan geçmiş bir hadiseyi anlatabilirim. 2008-2009 döneminde, Cambridge Üniversitesi'nde ziyaretçi profesör olarak araştırmalarda bulundum. Cambridge'de XVI. yüzyılın ilk dönemlerine ait olan ve gerçekten müthiş bir İspanyolca skolastik felsefe koleksiyonuna sahip harika bir üniversite kütüphanesi var. Bu kütüphanede, Dominikli vaiz Francisco de Vitoria'nın ders notlarına ulaştım. Ticaret üzerine notlarında, Vitoria, tıpkı skolastik öğreticilerin yaptığı gibi, öğrencilerine farazi bir soru soruyor. Soru şu: "Tahıl yüklü bir geminin kaptanısınız ve uzun zamandır kıtlıkla boğuşan bir ülkenin limanına doğru yol alıyorsunuz. Limana vardınız ve insanların ellerinde paralarla size doğru geldiğini görüyorsunuz. Bu insanlar sizden tahıl satın almak istiyorlar. Siz de bu geminin kaptanı olarak, biliyorsunuz ki iki günlük deniz yolcuğu mesafesinde onlarca tahıl yüklü gemi aynı limana doğru yol almakta. Malumunuz olan bu durumu limandaki müşterilerinize bildirme sorumluluğunuz var mıdır?"

Vitoria'nın öğrencileri keşiş olmak için eğitim alıyorlardı. 1530'lu dönemlerden bahsediyoruz, Protestan isyankârlar sefer halindedir. İspanyol kral Fransızlara karşı savaş açmış. Katolik kilisesinin prestiji ve konumu dâhil pek çok şey tehlike altında. Vitoria o dönemlerde Katolik kilisesinin en meşhur entelektüeliydi. Anlattığımız bu farazi hadisede sorulan soruya Vitoria'nın cevabı: "Eğer siz sıradan bir insansanız, o zaman tabii ki de bu kıtlık çeken insanlara tahıl yüklü diğer gemilerin geldiğini söylersiniz. Bu da sizin ürününüzün fiyatının bir hayli düşeceği anlamına gelir. Fakat bu sizin en yakınlarındaki insanlara karşı olan görevinizdir veya sorumluluğunuzdur."

Ancak ve ancak Vitoria dedi ki "eğer siz bir tüccarsanız, bu durum bu kadar net değildir yani vereceğimiz cevap bu kadar net olamaz".

Yani bu durum tarihte iki tür ahlaki sistemin ortaya çıktığını gösterir. Bir tarafta senin ve benim aramızda (kişiler arasında) geçerli ahlaki sistem vardır. Ve ikinci olarak da ticarete geçerli ahlaki sistem vardır.

Bu, muhtemelen benim tarihi çalışmalarımıdaki en önemli bulgudur. Bence bunları açıklamamalıyım (gülüşmeler). Fakat bunu keşfettiğimde gözlerime inanamadım! Daha önce de söylediğim gibi: Benim tarihi çalışmam, açık bir delil bulmaya çabalamak üzerinedir. İşte bu da onlardan biriydi.

Ben aynı zamanda otoriter söylemlerin disiplinler arasında nasıl göç veya seyahat ettiği ile de ilgileniyorum. Nihayetinde iktidarın nasıl çalıştığının büyük bir kısmı bununla ilgilidir. Bu konu ile ilgili en önemli hamlelerden biri, hukuktan ekonomiye olan geçiştir. Özellikle, Adam Smith'in hayatını düşünüyorum. Adam Smith, bir doğal hukukçu olan Samuel Pufendorf'un çalışmasını⁹ devam ettirme hayaliyle 1770'lerin başlarında Glasgow'da verdiği meşhur derslerde, çalışmasına doğal hukuk alanında başladı. Smith, doğal hukuku modernize etmek istemişti. Bunun yerine Adam Smith 1776 da "The Wealth of Nations"¹⁰ (Ulusların Zenginlikleri) adlı çalışmasını yayınladı. Dolayısıyla bu çalışma, Smith'in hukuki tasavvurlarının bir ürünüydü. Ancak, tamamen farklı bir olgunun ortaya çıkmasına vesile oldu, o da ekonomiydi ve gitgide hırslı ve tutkulu hale dönüşen insanoğlu, otoritenin bulunduğu yerin ekonomi olduğunu düşünmeye başladı.

Bu örneklerde görebileceğiniz gibi, çizmeye çalıştığım konunun altında temel bir hikâyeye yatmaktadır. Bazı insanlar "Martti kapitalizm tarihini yazıyor" diyebilir. Ancak, ben bu tür kavramlara başvurmadan kaçınıyorum. Kapitalizm gibi kelimeleri kullanmaktan imtina etmek istiyorum çünkü bu tür kavramlar diğer çağrışımların her türünden etkilenirler. Bunlara karşı dile getirilebilecek eleştirilere karşı savunmasız kalmak istemem. Her ne kadar dünya sistemleri teorilerini ve diğer Marksist türevler ile ilgili görüşleri takdir etsem de, bunların hiç biri ile aynı fikirde olmayacağım. Okuyucularımın zaten bildiklerine uyan (veya uymayan) hikayelerimi esrarengiz bir şekilde anlatacağım. Ama tabii ki her şeyden önemlisi ben sadece uluslararası hukukun tarihini yazıyorum (gülüşmeler).

S: Yeni kitabınız için külliyatınıza verilmiş bir cevap diyebilir miyiz? Bu kitap daha önceki düşünce yapınızın bir devamı mıdır?

C: Bizler hayat hikâyelerimizin anlatıcılarıyız, fakat nihai yöneticileri değiliz. Diğer insanlar bizim hayatlarımızı farklı şekilde anlatırlar ve belki de daha ferasetli anlatacaklardır. Önceki kitaplarımı yazdığım zamanlardan elbette ki daha yaşlıyım ve yaşlı insanlar tarih yazarlar (herkes güler).

⁹ Bkz. SÆTHER Arild, *Natural Law and the Origin of Political Economy: Samuel Pufendorf and the History of Economics*, Routledge, London, 2017; PUFENDORF Samuel, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Ed. James Tully, (çevirmen: Michael Silverthorne), Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

¹⁰ SMITH Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.

İlk kitabım, uluslararası hukukun gerçekten katı bir yapısalcı analiziydi. Ancak, bu sadece bir kez yapabileceğiniz bir şeydir. Daha sonra, uluslararası hukukçuları mesleki yaşamlarında bir aktör olarak ve insanoğlu olarak tanımladığım, daha esnek bir tutuma geçtim. Bu durum, beni dünya çapında projesi olan bireylere ve uluslararası hukuk üzerine dersler vermeye yönlendirdi. Ancak, bu durum kronolojik olarak elbette çok sınırlıydı (1870-1960). Bu nedenle, yeni kitabım, ilk kitabımın yapısalcı hırslarını tutkusunu, ikinci kitabımın da hikâyelerindeki insani tavrımı alır ve bunları orta çağın sonundan itibaren Avrupa tarihinin içine atar ve o zamanlardan bu zamana nelerin ortaya çıktığını göstermeye çalışır.

S: İleriye baktığınızda eğer bir felaketi ve uluslararası hukukun vahim bir durumda olduğunu görürseniz, sizin de dediğiniz gibi “ufak tefek reformlar ve bitmek bilmeyen toplantılar” boyunca sizi yolunuzdan alıkoymayacak vizyon ne olacaktır? Bu romantik yolda nasıl devam edeceksiniz?

C: Sanırım zaten bu akılsızca yapılan toplantılardan ve bitmek bilmeyen reformlardan vazgeçtim. Bunlar devam ettikçe etti. (...). Bu nedenle, şimdi bu tür toplantılara ve reformlara ilişkin mesleğe eleştirel bir düşünce getirmeye çalışıyorum. Peki, “eleştirel düşünce” nedir? En iyi günlerimde bu eleştirel düşüncenin bir aydınlanma ile ilgili olduğunu hatırlamayı seviyorum. Ve Aydınlanma – ki bu klasik liberal noktaya değinmekten gerçekten utanç duyuyorum – diğer yollardan farklı şekilde düşünebilme yeteneğidir, geçmişte bir zamanlar büyüme kapıldığımız şeyin bugün büyümeden kurtulmaktır. Sahip olduğumuz mesleki donanımın, sahip olabileceğimiz tek şey olduğunu artık düşünmeyin. Sahip olduğumuz ve/veya içinde bulunduğumuz kurumların bizi kurtarabileceğini artık düşünmeyi bırakın. Bu sürdürülebilir bir vizyon değildir. Aydınlanma, problemleri çözmek veya bolca ayrıntılı planlar üretmek olarak tanımlanamaz. Aydınlanma, günümüze gözümüzü dört açarak, yani tüm dikkatimizle bakmaya çalışmaktır. Ayrıca aydınlanma, diğer insanlardan öğrendiğimiz/edindiğimiz “hakikatler” tarafından ne boyutta köleleştirildiğimizi anlamaya çalışmaktır.

S: Geleneksel T.M.C. Asser Konferansı’na katılan insanlara anlattığınız konular hakkında bilgi verebilir misiniz? Sizin o akşamki konuşmanızdan katılımcılar nasıl aydınlandı?

C: Benim anlattığım konu, meşru zemine oturtulmuş sorunları/dertleri, aşırı sağın nasıl ele aldığı üzerineydi. Beyaz adamın ayrıcalıklı yönetimde ege-men olduğu zamana, Avrupa’da ve ABD’de insanların dışarıdaki insanlara bakıp kendilerine “*durumumuz ne kadar kötü olursa olsun neyse ki biz onlar gibi değiliz*” diyebildikleri zamana geri götüren gerici tepkiyi/dürtüyü, uzman düsturundan ve küresel yönetişimden kaynaklanan meşru hayal kırıklığından ayırmaya çalışıyorum. İnanıyorum ki, aydınlanma bugün, özellikle de siyasi tartışmalar ile yönetilen tüm dünyanın içinin boşaldığı 1990’larda yaptığımız hataları

fark etmektir. Aklım uzun zamandır eleştirel olmayı öğrenmekle meşgul. Bu çoğu zaman basit değildir. Diğer insanlar tarafından tanımlanan sorunlara hızlı çözümler üretmek ve bulmak istiyoruz. Ayrıca, mesleki söylemlerin ve uzmanların dile getirdiği ve siyasi uyuşmazlığın dışında bir yerlerde bulunan bu çözümlere olan inançtan vazgeçmeliyiz. “Siyasi ihtilafların” bizim bilgi tabanlı sistemimizin içine doğru yayıldığını öğrenmemiz gerekiyor. Uzmanlarımız önemli görülen her meselede ihtilafa düşüyor. *Siyaset, ilim üzerine var olur; cehalet ise hala bir erdem değildir.*

Öyleyse, bildiğin gibi, yol uzun ve meşakkatlidir ayrıca yolun sonunda başarılı olma garantisi de yoktur... Şimdi mantraya ihtiyaç duyduğun bir zihniyet yapısında isen, zaten kendini dışarıya kapatmış/izole etmişsindir ve eleştirel düşünce sana uğrayamaz ve tabii ki de aydınlanma seni bulamaz. Burada bir boşluk olmalı. Esasında Leonard Cohen ne söylenmesi gerektiğini şu şarkısında dile getiriyor: “*Bir çatlak var her şeyde. Işık böyle sızıyor içeriye*”. Ben sadece diğer insanlar ışığı görebilsin diye aynayı kıran insanım.

BİBLİYOGRAFYA

Asser Institute, “Annual T.M.C. Asser Lecture 2018”, 29 Kasım 2018, <https://www.asser.nl/annual-lecture/annual-tmc-asser-lecture-2018/> (Erişim tarihi: 14 Şubat 2020).

KENNEDY David: “One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream”, *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 31(3), 2007.

KOSKENNIEMI Martti: *International Law and The Far Right: Reflections on Law and Cynicism*, Ed. Janne E. Nijman, Asser Press, The Hague, 2019.

KOSKENNIEMI Martti: *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

MEERSSCHE Dimitri van den: “Interview: Martti Koskeniemi on International Law and the Rise of the Far-Right”, *Opinio Juris*, 10 Aralık 2018, <http://opiniojuris.org/2018/12/10/interview-martti-koskeniemi-on-international-law-and-the-rise-of-the-far-right/> (Erişim tarihi: 14 Şubat 2020).

MOYNSAMUEL: *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2018.

PUFENDORF Samuel: *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Ed. James Tully, (çevirmen: Michael Silverthorne), Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

SÆTHER Arild: *Natural Law and the Origin of Political Economy: Samuel Pufendorf and the History of Economics*, Routledge, London, 2017.

SLOTERDIJK Peter: *Critique of Cynical Reason*, (çeviren: Michael Eldred), University of Minnesota Press, Minneapolis, 2001.

SMITH Adam: *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.