DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 20 Sayı: 1 2018

40. yıl

D.E.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ 1978

ISSN 1303-6963

İZMİR - 2018

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 20 Sayı/Number: 1 Yıl / Year : 2018

ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2018

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: 20 Sayı: 1 Yıl: 2018

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.018.073.957
ISSN: 1303-6963

Derginin Sahibi : Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekan V.)

Sorumlu Müdür : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları : Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Dr. Direnç AKBAY (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Banu ATLI (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)
Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu : Prof. Dr. Melda SUR (İzmir)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (İzmir)
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (İzmir)
Prof. Dr. Mustafa ALP (İzmir)
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (İzmir)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (İzmir)
Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (İzmir)

Danışmanlar Kurulu : Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Sarper SÜZEK (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35390 İZMİR
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09
www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
Basım Tarihi : 20.07.2018
Basım Adedi : 300
Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin

Öz Değerleri

- **A**kıl ve bilim
- **D**ürüstlük, adalet ve etik
- **S**evgi ve hoşgörü
- **H**ukukun üstünlüğü ve egemenliği
- **D**emokrasi kültürü
- **İ**nsan haklarına saygı

Temel Amacımız

Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.

2. Dergimizde ULAKBİM (ParkOnline/HeinOnline)'in kriterlerine göre bilimsel yazılar türlerine göre (makale, çeviri, karar incelemesi, … vb.) sınıflandırılmaktadır. Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakem tarafından değerlendirilecektir.

3. Yazılar **A-4** boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.

4. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de **Türkçe olmak üzere makale başlığı (title)**, **öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords)** belirtilmiş olmalıdır.

5. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** olarak hazırlanması ve **50 sayfayı** (Bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir.) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.

6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Dipnotların ve Kaynakçanın şu şekilde olması zorunludur:

Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabı kullanılması halinde kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.)

Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları

7. Yazarlar, **unvanlarını**, görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve varsa **e-mail** adreslerini bildirmelidir.

8. Yazıların ilk değerlendirilmesi **editör** tarafından yapılacak ve daha sonra **Yayın Kurulu**na sunulacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen yazılar (**ULAKBİM/ParkOnline/HeinOnline**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar, durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.

11. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin "Office'98 Word" programı altında kaydedilmiş dosyanın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.

12. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle **"basıla"** verdiği kabul edilir.

13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 20 Sayı: 1 Yıl: 2018

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ben 1-13

Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ

Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesine ve İbrazına İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının (Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin) Değerlendirilmesi 15-61

Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ

İsveç Anayasası Üzerine Notlar.....63-124

Doç. Dr. Mila VERSTEEG

Dr. Öğr. Üyesi Şafak E. TOPUZKANAMIŞ (Çev.)

Popüler Olmayan Anayasacılık 125-197

Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması 199-237

Dr. Öğr. Üyesi Ebru KARADEMİR

Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar.....239-264

Dr. Öğr. Üyesi Emine KOÇANO RODOSLU

KKTC Hukuku'nda Yasal ve İradi Mirasçılığın Kazanılması ve Kaybedilmesi 265-291

Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM

Kalkınma Ajanslarında 6772 Sayılı Kanun Kapsamında İlave Tediye Uygulaması 293-319

Arş. Gör. Tansu SAYAR/Uzm. Dr. Yasemin KILIÇ ÖZTÜRK

Türkiye'de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania V. Casey Kararı.....321-349

Arş. Gör. Simay DOĞMUŞ

Karar İncelemesi-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin X – Türkiye Kararı (Başvuru No: 24626/09).....351-396

Arş. Gör. Burcu İRGE ERDOĞAN

5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Tenkis Davasında Uygulanacak Hukukun Kamu Düzeni Bakımından Değerlendirilmesi ve Yetkili Mahkeme 397-430

Arş. Gör. Aslıhan NESLİ

Eski Eserlerin Korunmasının Hukuk Tarihi Yönüyle İncelenmesi 431-478

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY

Faculty of Law Review

Volume: 20 Number: 1 Year: 2018

CONTENTS

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

Dokuz Eylul University Faculty of Law and Me.....1-13

Assist. Prof. Dr. Pınar ÇİFTÇİ

Evaluation of the Current Decision of the Supreme Court Assembly of Civil Chambers Regarding the Submission of Evidence in Divorce Proceedings.....15-61

Assist. Prof. Dr. Serkan EKİZ

Some Notes on Swedish Constitution.....63-124

Associate Prof. Mila VERSTEEG

Assist. Prof. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Transl.)

Unpopular Constitutionalism.....125-197

Assist. Prof. Dr. Meltem İNELİ CİĞER

Subsidiary Protection of Persons Fleeing Indiscriminate Violence in Situations of Armed Conflict in European Law and Turkish Law.....199-237

Assist. Prof. Dr. Ebru KARADEMİR

Double/Multiple Citizenship Related Problems in Turkish Law.....239-264

Assist. Prof. Dr. Emine KOÇANO RODOSLU

Acquisition and Loss of Statutory and Voluntary Inheritance in Turkish Republic of Northern Cyprus Law 265-291

Assist. Prof. Dr. Baki Oğuz MÜLAYİM

The Application of Additional Disbursement in the Development Agencies in Accordance with the Law No. 6772 293-319

Research Assist. Tansu SAYAR/Spec. Dr. Yasemin KILIÇ ÖZTÜRK

The Regulation of Spousal Consent in Abortion in Turkey and an Example from American Jurisdiction: Case of Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania V. Casey 321-349

Research Assist. Simay DOĞMUŞ

A Review of the European Court of Human Rights Case of X v. Turkey (Application No: 24626/09) 351-396

Research Assist. Burcu İRGE ERDOĞAN

Assessment of the Applicable Law About Actions for Reduction According to Law No. 5718 in View of Public Order and the Competent Court.....397-430

Research Assist. Aslıhan NESLİ

Examination of the Conservation of Ancient Artifacts in Terms of Legal History.....431-478

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ VE BEN*

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ*

Önce, bu armağanı ve armağan töreni hazırlayıp beni onurlandıran DEÜ Hukuk Fakültesi yönetici ve öğretim üyelerine en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu armağana değerli yazılarıyla katkıda bulunan değerli meslektaşlarıma da en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Yine bu armağan törenine zamanlarını ayırıp katılan ve beni onurlandıran değerli konuklara da en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Akademik hayatta, şüphesiz en büyük ödül böyle bir armağanla onurlandırılmaktır.

Bence bir insanın kendisi hakkında konuşmasından daha zor bir şey yoktur.

Kişi vardır, sadece kendisi hakkında konuşur, kendini över durur. Sadece başarılarını anlatır.

Kişi vardır, sadece kendi dışındakiler hakkında konuşur.

Kişi vardır, sadece kendi başından geçen talihsizleri anlatır.

Bense, burada bir kokteyl yapmak durumundayım. Hem kişi olarak kendimle hesaplaşmak, hem de benimle birlikte hayat yolculuğu yapan kişi ve kurumlardan bahsetmek durumundayım.

Ben nereden nereye geldim, içinde bulunduğum toplum, etrafımdaki camia nereden nereye geldi?

Ben 41 yıllık meslek hayatım içinde, 25 milyon nüfuslu Türkiye'den, 80 milyon nüfuslu Türkiye'ye, iki hukuk fakülteli bir Türkiye'den bugün 100 kusur hukuk fakülteli bir Türkiye'ye geldim.

Burada ben önce, ben nereden geldim ve neredeyim sorusuna cevap vermek istiyorum.

---

* 03.01.2018 tarihli Armağan Takdim Konuşması

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Ben 1947 yılının Haziran ayında, bir çiftçi ailenin 7. çocuğu olarak, Ordu'nun Turnasuyu köyünde doğdum. Nereden geldiğim yılları, önce bir Karadeniz halk türküsü ile simgelemek isterim

Köylerde dostlarla ırgatlık eder idük

Mısırın püskülünü sigara eder içer üdük

Mısıru kurutun mü

Ambarda[1] *durutun*[2] *mü*

Nenen çarık giyerdi

Sen bunu unuttun mü

Mısırın ekmeğini ederler saç altına

Bizim sofrada benzer misir sarı altına.

Türküde o yılları simgeleyen 2 şey var. Çarık ve mısır. 60 yaşın altında olanların çarık nedir bildiğini sanmıyorum. Ansiklopedilerde şimdi belki resmini görebilirisiniz. Hayvan derisinden yapılan, ayakkabı yerine geçen bir şey. Ha benim çocukluğumda artık çarık giyen kalmamıştı[3], Efsane karalastik ayakkabı çıkmıştı. Bugün karalastik de giyen yok. Ama bizim çocukluğumuzda kara lastik, Pierre Cardin'den alınmış iskarpin ayarında idi. Hatta 1950 yıllarda, DP.nin övünç kaynaklarından biri "Karalastik geldi çarık gitti" idi.

İkinci simgemiz mısır ekmeği. Her yer mısır tarlası idi. Şehir merkezinden alınan buğday ekmeği ise pasta mertebesinde idi. Yıllar sonra İzmir'den yeğenlerden biri Ordu'ya gidip dönmüştü. Birader sormuş orada ne gördün diye. Orada her gün mısır ekmeği yiyen yeğen, mısır ekmeğini kastederek cevap vermiş, "Ordu'da köyde her gün pasta yiyorlar baba[4]". Bugün artık mısır eken yok, mısır ekmeğini de Karadeniz'de artık çok lüks lokantalarda yiyebilirsiniz " O da ithal mısırdan yapılmış"[5].

---

1 Türkünün aslında ambar yerine çöten kelimesi vardır. Çöten, mısır koçanlarını saklamak için 1 m. yüksekliğinde dört ayak üzerinde, fındık çubukları ile örülmüş silindirik bir yapıyı ifade eder. Serendinin küçük ölçekli halidir.

2 Durutunmu, durmak fiilinden sakladın mı anlamında.

3 İstiklal gazisi olan Mehmet dayım, "biz seferdeyken bir gözümüz açık uyurduk" diyordu, neden diye sorduğumda, çarıklarımızı başkaları çalıp giymesin diye cevap veriyordu. Bu istiklal savaşının ne yokluklar içinde yapıldığını ifade ediyor.

4 Eh kraliçe Meri Antuanet'i hatırlamışsınızdır.

5 Bu sebeple bizim çocukluğumuzda süt mısırdan közlenmiş o nefis poğul anılarda kaldı.

Köyümüzde bir ilkokul vardı. Hem de beş sınıflık. Binası ben okula başlamadan üç yıl kadar önce yapılmış idi. Bizden önceki nesil için 3 yıllık okullar varmış o da boş buldukları samanlıklarda eğitim yaparmış. 3. sınıftan sonra hali vakti biraz iyi olanlar çocuklarını şehir merkezine gönderirmiş. Köyde tek atarabası babamın olduğundan, babamla bu okulun yapımında taş taşıdığımızı hatırlıyorum. Babam taşları taşırken, "Arabaya taş koydun-Bir yanı boş koydum" türküsünü söylemeyi çok severdi.

Şimdi benim köyde, iki lise, bir üniversite, bir bölge ilköğretim okulu var.

Kısacası İlkokulu bitirdikten sonra, göçebe olarak İzmir'de 1962 yılında ortaokulu, 1965 yılında liseyi (Namık Kemal Lisesi), ailemizin, Devletimizin Cumhuriyetimizin yardımları ile bitirdik.

O yıl, bugün ÖSYM dediğimiz, Üniversite Merkezi Seçme Yerleştirme Sınavlarının ikincisi yapılıyordu. Bizden öncekiler, her üniversitenin ayrı ayrı yaptığı sınavlara göre fakültelere alınmaktaydı. Bugün bu sınavlar 55 yıldır yapılmakta, devamlı hataları düzeltilerek Dünya'ya örnek bir üniversiteye giriş sistemi oluşturmuşken, bu sınavlara hile karıştırılması sonucu, merkezi sınavın kaldırılması ve tekrar eski sisteme, "o üniversite senin bu üniversite benim" şeklinde sınav sistemine dönüş tartışılmaktadır.

1965 yılında hasbel kader tutturduğumuz puanla İÜHF'ne kaydolduk. O zamanlar Türkiye'de sadece 2 Hukuk Fakültesi vardı. İHF'ne girenlerin ancak yüzde onu 4 yılda mezun olabilirdi, Hukuk Fakültesine, "giren çıkmaz fakültesi" adı verilmişti 20-30 yıllık sınıf arkadaşlarım vardı[6]. Ama ben 4 yılda bitiren şanslı öğrencilerden biriydim. O yıllar 1968 kuşağı dediğimiz 1947 doğumluların ağırlıkta olduğu, ülke meselelerinde son derece hassas bir kuşakla birlikte idim. İlk ders boykotlarını, Üniversite işgallerini, 6. Filoya hayır mitinglerini birlikte yaşadık. Dar gelirli ailelerin çocukları, bir an önce fakülteyi bitirip hayata atılmak istediğinden boykotlardan pek hoşlanmazdı[7].

---

[6] Orman mühendisi olan bunlardan bir sınıf arkadaşım 2000'li yıllarda kaydını DEÜ Hukuk Fakültesine nakletmiş ve benim dekanlık yaptığım yıllarda ancak bizden diploma almıştı.

[7] Bir dersin ortasında, Deniz Gezmiş'in kürsüyü işgal edip, "Hadi arkadaş sizi boykota katılmaya çağırıyorum demesi üzerine, şimdi akademiysem olan bir öğrencinin, "boykotu doğru bulmuyorum, biz fakir aile çocuklarıyız, fakülteyi bitirip biran önce ülkeye hizmet etmek istiyoruz" demesi üzerine, Deniz Gezmiş'in, "bazı arkadaş ot gibi gelmişler, ot gibi gidiyorlar, memleket meselesi varken diplomanın ne önemi var" dediğini hatırlıyorum. Daha sonra, DEÜ Hukuk Fakültesi'nde, 1978 yılında Medeni Hukuk der-

1970 yılında avukatlık stajına başlamış iken değerli sınıf arkadaşım Durmuş Tezcan'ın, Fevzi Oylupınar isimli bir başka arkadaşla birlikte Ankara'ya gitmek üzere hazırlık yaptığını, Gazanfer Özcan otobüslerinden bilet aldığını öğrendim. Sebebini sorduğumda, "Adalet Bakanlığının, yurtdışına burslu doktora öğrencisi sınavı açtığını, ona katılacağını" söyledi. Hadi dedim peşine takılayım, şansımı deneyeyim, bu arada Ankara'yı da görürüz. Bremen mızıkacıları gibi Ankara'nın yolunu tuttuk. Ankara Ulusta geceliği 25 lira olan bir otele yerleştik. Bu sınavlar Atatürk zamanında çıkarılmış 1416 sayılı Kanuna göre yapılmaktadır. Kanun hâlâ yürürlüktedir. Sonuçta, hiç beklemediğimiz sürpriz bir şekilde Ankara'dan Doğan Soyaslan arkadaşımız müjde verdi, sınavı başarmışız[8].

1970 yılı 1 Eylül akşamı, sıfır almanca bilgisi ile Sirkeci'den Kalkan Şark Ekspresi ile Münih istikametine Almanya Yolculuğumuz başladı. Trende daha sonra birlikte çalışacağımız Özkan Tikveş hoca da vardı.

Avrupanın kalbine giden, köy kökenli bir Anadolu çocuğunun nasıl bir kültür şoku yaşadığını izaha gerek yoktur. Uyumsuzluklar nedeniyle birçok öğrencinin eğitimi bırakıp Türkiye'ye döndüğünü biliyorum. Bu yüzden Bonn'daki kültür ataşeliğimiz bu öğrencilerin 2 yılı doldurmadan Türkiye'ye dönmelerini yasaklamıştı.

8 aylık Goethe Enstitüsü almanca dil eğitiminden sonra[9] önce Würzburg'da Habscheid'ın yanında doktora çalışmasına başladım. Habscheid hoca o yıllarda Avrupa'da, Medeni Yargılama Hukuku alanında efsane bir hoca idi. Beni zoraki olarak yanına kabul etmişti. Bu yüzden beni kabul edecek bir Medeni Hukuk hocası arayışına girdim. İstanbul Hukuk Fakültesinden hocam Bülent Davran'ın aracılığı ile Göttingen Üniversitesi'nden Erwin Deutsch hoca beni kabul etti. Benimle birlikte daha sonra uzun bir kader arkadaşlığımız olacak, Akdeniz Üniversitesinde daha sonra Atatürk İnkılâpları, Cumhuriyet Tarihi Enstitüsü Müdürlüğünü Yapacak olan

---

sinde, ceninin kişilik kazanması konusunda, Mahmut Birsel hocayla birlikte ders vermiştik. Öğrenciler 2. derse girmediler, koridorda, bir öğrenciyi yakalayıp neden derse girmiyorsunuz dedim. Bana "arkadaşlar sizin cenin hakkındaki açıklamalarınızı çok müstehcen buldu, bu sebeple boykot kararı aldık" diye cevap verdi. Artık öğrenci boykotları, memleket meselelerinden, bu seviyeye inmişti.

8 O yıllarda bu burs sınavları tamamen politikadan uzak, objektif kurullar tarafından yapılıyordu. 12 Eylülden sonra bunun yerini artık başarı yerine, politik tercihler almıştır.

9 Değerli dostum, büyüme, sosyal piyasa ekonomisi konusunda derin bilgi ve yayınları olan Prof. Dr. Hüsnü Erkan'ı İsorlohn'daki dil okulunda tanımak benim için ayrı bir kazançtır. Dostluğumuz İzmir'de İTBF'nde de devam etmiştir.

Prof. Dr. Fuat Bozkurt da Göttingen'e gelerek, ünlü Türkolog Dörfer'in yanında doktoraya başladı. 1972-1976 yılları arasında, Devletimizin verdiği 760 DM civarında bursla Göttingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nde, Prof. Dr. Erwin Deutsch'un yanında Medeni Hukuk doktoramı tamamladım. Devletin bize verdiği burs, ihtiyacımıza ziyadesi ile yetiyordu[10]. O Göttingenli yıllarda, gülmece yazarı, "Alman Bürokrat Türklerin yatak odasında" tiyatro oyunuyla Almanya'da ün yapan Ergün Tepecik'i ve benim gibi 1416'lı olup Türkiye'ye dönmeyip Almancı olmayı tercih eden çeviri ustası Metin Öztürk'ü tanımam benim oradaki hayatımı kolaylaştıran olaylardandır.

O yıllarda, Türkiye'de adam başına düşen milli gelir 750 dolar civarında iken, bu Cumhuriyetin bize ayda 750 DM yılda 10.000 DM civarında burs vermiş olması bence Türk Toplumunun, Devletinin yapmış olduğu olağanüstü bir fedakârlıktır. Bunun öncüsü Mustafa Kemal Atatürk'tür, nurlar içinde yatsın. Bugün Üniversitelerimizin çekirdeğini oluşturan akademisyenlerin çoğunluğu bu burs ile yetişmiştir. Orda gördüm ki, Almanya'daki yabancı öğrenciler arasında en iyi durumda olan öğrenciler, T.C.nin bu 1416 yasayla gönderilmiş burslu öğrencileridir. Doktora babam Erwin Deutsch'dan çok şey öğrendim, çok destek gördüm. Kendisi 2015 yılında vefat etmiştir. Allah gani gani rahmet eylesin. İşlediğim sevaplar varsa bir kısmı onun olsun[11]. Kendisi pek çok defa Türkiye'ye geldi,

---

[10] Türkiye'de, Hukuk Eğitiminin yetersiz olduğu, 4 senelik eğitimin 5 yıla çıkarılması gerektiği söylenir. Ben bu görüşte değilim. Erwin Deutsch hoca, Almanya'da Türkiye ile ilgili olarak gelen bilirkişilik raporlarını yazma görevini bana vermişti. Hannover'de görülen, bir Almanın Türkiye'de sebep olduğu bir trafik kazası nedeniyle ilgililerin açtığı destekten yoksun kalma davasında, bir bilirkişilik raporu yazmıştım. Mahkeme başkanı yazılan rapor için telefon açıp özel olarak Erwin Deutsch'a teşekkür etmiş. Hoca beni çağırarak, "sen bu konuda özel bir eğitim mi gördün" diye sordu. "Hayır" dedim, "sadece fakültedeki eğitimimde edindiğim lisans bilgileri yazdım. "İyi ama" dedi hoca "bizim hukuk fakültelerinde Devletler Özel Hukuku zorunlu bir ders olarak okutulmaz". Erwin Deutsch hoca bir derste öğrencilere, "Gelecek dersi, Dünyanın en büyük hukuk Fakültesinden bir meslektaşım verecek" dedi. Bütün öğrenciler, bu efsane hocanın kim olduğunu merak etmeye başladı. Derse gelen hoca benim için tam sürprizdi. Prof. Dr. Bülent Davran'dı. O yıllarda İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10 bini aşan öğrencisi ile bu ünvanı almıştı.

[11] Dokuz Eylül Üniversitesi 2004 yılında kendisine onursal doktora verdiğinde, Erwin Deutsch Hoca çocuklar gibi sevindi. Boyu standartların üzerinde olan hocaya giydirecek cübbe bulunamadı. En uygunu Prof. Dr. Timur Demirbaş'ın özel olarak diktirdiği cübbesiydi. Hoca bu cübbeyi giydikten sonra cübbeyi sırtından çıkarmayı reddetti, Almanya'ya götürdü. Timur Hoca yeni bir cübbe diktirmek zorunda kaldı.

bizden hiçbir yardımını esirgemedi. Benim mezun ettiğim öğrencilere Almanya'da eğitim bursları bulmaya çalıştı. Onun yetiştirdiği akademisyenlerle, ki onların birçoğu daha sonra Almanya'nın diğer büyük Hukuk Fakültelerinde üst sıralara yükselmiştir[12], bağlantımız kardeşliğimiz devam etmiştir. Biz doktora öğrencilerinin yetişmesini üstlenen hocalara tez yöneticisi deriz Almanlar ise doktora babası (Doktorvater) deyimi kullanır. İki kavram arasındaki farkı ben Türkiye'ye döndükten sonra gördüm. Çünkü doktora babam Erwin Deutsch beni akademik hayatım boyunca takip etmiş ve ne zaman sıkıştıysam destek olmuştur.

Almanya'daki yıllarda, kader arkadaşı olarak, Durmuş Tezcan, Doğan Soyaslan ve Teoman Oğuzhan ile arasıra buluşup dertleşirdik.

Doktora sonrası hemen askerlik hizmetine katıldık ve sonra da aldığım burs karşılığı Adalet Bakanlığı'na zorunlu hizmet için başvurdum. İktidarda Milli Cephe Hükümetleri vardı. Bakanlıkla yaptığım sözleşmede, Yurda dönüp müracaatımdan itibaren 3 ay içinde uzmanlık alanıma uygun bir işe atanmam gerekiyordu, Yüce Atatürk Avrupa'da eğitimini tamamlayıp gelenlere Türk bürokrasisinin olumsuz davranacağını düşünmüş, yasaya böyle bir süre hükmü koydurmuştu ve Adalet bakanlığı bu 3 ayın dolmasına bir gün kala başvurumu kabul ettiğini, güvenlik soruşturmam olumlu gelirse hakim adayı olarak staja başlayabileceğimi bildirdi[13]. Bu benim 5 ay işsiz güçsüz tabii ki parasız beklemem demekti. Staj sonrası, Bakanlık, güya torpilli bir kura sonucu beni Çorum Cumhuriyet savcı yardımcılığına atadı, 4,5 ay geçtikten sonra da Ankara Merkeze tetkik (danışman) hakimi olarak atadı. O

---

12 Bunlardan biri de Osnabrück Üniversitesinde, Avrupa Hukuku Araştırma Enstitüsü Başkanı Prof. Dr. C.von Bar'dır. Yanına araştırma için gönderdiğim bir araştırma görevlisi öğrencime "Sizin fakültenin bütün mezunları senin gibi üstün hukuk bilgisine sahip mi" diye sormuş, o öğrencim de "en kötüsü benim efendim" diye cevap vermiş. Bunu uygulamadaki garabet kararları, Türkiye'de hukuk eğitimi yetersiz diyenler için yazıyorum. Bunu Adalet Bakanlığı'nda, hukuk fakülteleri dekanları yüksek yargı üyeleri ile 2004 yıllında yapılan toplantıda söyledim. Bakan'a, "Eksik olan hukuk eğitimi değil sizin yanlış hukuk uygulamalarına göz yummanız" dedim. Bir ülkede "öğreti başka, uygulama başka" gibi bir söz söylenmesi başlı başına bir hukuk felaketidir. Ignorantia judicis est calamitas innocentes.

13 Kuradan sonra, bizleri odasına çağırıp konuşma yapan o zamanın Bakanlık müsteşarı, lafı arasında eskileri eleştirmek için "ben" dedi "20 yıl önce İsviçre'de Medeni Hukuk Doktorası yapıp, bakanlığa döndüğümde, beni savcı olarak atadılar, ihtisasıma bakmadılar, biz şimdi o hatayı yapmıyoruz" deyince kendimi tutamadım, "sayın müsteşar, ben de sizin gibi Medeni Hukuk doktorası yaptım ve siz de şimdi beni aynı şekilde savcı olarak atıyorsunuz" deyince aramız buz gibi oldu ve bu soğukluk ısınmadı.

sırada Durmuş Hoca da, Belçika'dan eşi İsabel hanımla dönmüş, Ankara'ya yerleşmişti.

Ben tetkik hakimi olarak, bir odada otururken, Durmuş da katip kadrosunda çalışmaktaydı. Onun eşi yabancı olduğu için hakim sınıfına atamamışlar, benim yarı maaşımla katip kadrosunda çalışmaktaydı.

Adalet Bakanlığı'nda yaklaşık 6 ay hiçbir iş yapmadan, çalıştım denmez oturdum. Bu sırada benim gibi 1416'lı olan Fransa'da doktora yapmış, benimle aynı kaderi paylaşmış olan Fevzi Demir de MEB'ında hukuk müşaviri olarak çalışıp çile doldurmakta idi. Benden önce yine 1416 sayılı kanuna göre yurt dışında doktora yapmış olan Dr. Turgay Yüce ve Dr. Şeref Ünal, ağabeylerim ikisi de şu an rahmetli oldular, "Şeref kardeş sen burada durma, burada durursan bizim gibi heba olup gidersin, kendine üniversitede akademik bir kadro bul" dediler[14].

Ankara'dan İzmir'e bir tatil gelişi, sınıf arkadaşım, o zamanlar EÜ İTBF'de hukuk bölümünde asistan olan Şebnem Burç ile görüştüm. O, yakında EÜ bağlı bir Hukuk Fakültesi kurulacağını bu sebeple asistan alınacağını, hocalarla görüşmemi söyledi. Zaten AB'ında yapabileceğim bir işte olmadığından, bölüm başkanı Bilge Umar hoca ve rahmetli İrfan Baştuğ hocayla konuştum. Onların bana verdikleri cesaret ve destekle, açılan asistanlık sınavına katılıp kabul edildim ve 1978 Eylül ayında İTBF'nin İrfan Baştuğ Hoca'ya ait tek odasında bizim Hukuk Fakültesi maceramız başladı. Son anda bize katılan Muhittin Alam hoca, ilk dekanımız olarak atandı.

Bu arada İTBF'nin de 3 fakülteye, İktisat, İşletme, Hukuk olmak üzere 3'e bölündüğünü, yeni alınan reno marka arabanın, ki ona biz sonra renginden dolayı kara şimşek adını verdik, paylaşılması İktisat ve Hukuk fakülteleri arasında sorun teşkil etti. Dekanımız Muhittin Alam soruna dâhiyane biz çözüm buldu. Arabanın mülkiyeti, İktisat Fakültesi'nde olacak, intifa hakkı Hukuk Fakültesi'nin olacaktı. Mülkiyeti kapan İktisatçılar bunu zafer olarak kutladılarsa da sonradan yedikleri kazığı anlayınca köpürdüler. Çünkü arabayı biz kullanıyorduk taşıt vergisini onlar ödüyordu. Bu aracı, Hukuk Fakültesi 2008 yılına kadar kullandı sonrasını bilmiyorum. Aynı sorun İTBF'nin kütüphanesinin paylaşılmasında da çıktıysa da, Dekan Muhittin

---

[14] Ancak o yıllarda Türkiye'de sadece Ankara ve İstanbul'da bir hukuk fakültesi vardı. Onların da asistanlık kadroları dolu idi. Bir kadro boşalsa bile, hocalar doktora yapmış yetişmiş bir eleman yerine, sıfırdan bir tercihan kendi yeni mezun ettiği birini alıp uzun yıllar kendisine yardım edecek birini tercih etmekteydi. Yani 1416 sayılı Kanun uygulamada tersine işlemekteydi.

Alam siz kütüphaneden istediğinizi alın, kalanı bize bırakın diyerek barışı korumaya çalıştı. Çünkü iktisatçılar nasıl olsa işlerine yaramayan hukuk kitaplarını almayacaklardı. Kütüphanenin dörtte üçü ise hukuk kitaplarından ibaretti. Üstüne üstlük Devlet bize bütçe vermediği için maaşlarımızı da İBBF bütçesinden alıyorduk. Bu sebepler İTBF'nin o zaman yöneticilerine, kara günde verdikleri destekler için başta Cengiz Pınar, Özcan Özal, Fikret Sönmez hocalara teşekkürü bir borç biliyorum.

İTBF'den katılan, Muhittin Alam, İrfan Baştuğ, Şükrü Postacıoğlu, Bige Umar, Özkan Tikveş hocalara Ankara'dan, Kudret Ayiter[15], Nuşin Ayiter, İstanbul'dan rahmetli Kemal Oğuzman, Özer Seliçi hocaların destekleri katılımları ile Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Kasım 1978 günü Kudret Ayiter hocanın açılış dersi ile Karataş'taki, eskiden Devlet Güvenlik Mahkemesi olarak, şimdi polisevi olan binada ders başı yaptı. Bendeniz, Şebnem Burç, Huriye Menemenlioğlu, Ahmet Çalık ilk çekirdek kadroda yer aldık. Fakültenin kuruluşu, hazırlık çalışmalarına büyük katkısı olan Mahmut Birsel Hoca da sonra aramıza katıldı.

Türkiye'de üçüncü bir Hukuk Fakültesinin açılması Ülkemizde nükleer bomba etkisi yarattı. Bu kuruluş sancılarını Kudret Ayiter hocamızın ayrıntıları ile fakülte dergimizin ilk sayısında anlatmıştır. Genellikle akademisyenler bu açılışa karşı durdular. İzmir de bir Hukuk Fakültesi, istenmeyen bir çocuktu. Hatta zamanın maliye bakanı mülkiyeli Mehmet Cantürk, bu fakülteyi engellemek benim hayatımın meselesidir bile demişti. Biz doğmadan kürtaj edilmeliydik. Bu sebepten biz, EÜ'nin oradan buradan bütçe aktarmaları ile 2 sene kadar idare ettik. Ben de bu arada asla resmiyet kazanma-

---

15 Kudret Ayiter Hoca tanıdığım örnek aldığım hocalardan biridir. Arkeolojiye de meraklı idi. Yine Türkiye Arkeolojisi konusunda arkeologları çatlatacak bilgiye sahip olan Bilge Umar ile öğretim üyeleri odasında tartışmalarından çok şey öğrendik. Kudret Ayiter Hoca her hafta Ankara'dan trenle gelip ders verirdi. Bir engeli çıkıp gelemezse, ben Roma Hukuku yerine araya girip Medeni Hukuk dersi verirdim. Bir hafta yoğun kar yağışı sebebiyle tüm tren seferleri iptal olmuştu. Ben tereddüt etmeden onun yerine aşağı kapıdan derse girdim. Devlet Güvenlik Mahkemesinden kalan sınıflar, mahkeme kürsüsü düzeyinde idi. Hocalar yukarıki hakimlerin kapısından derse girerdi. Derse başladıktan sonra Öğrenciler bana kaş göz işareti yapmaya başladılar. Bana dersin Medeni Hukuk değil Roma Hukuku olduğunu hatırlatmaya çalışıyorlardı. "Arkadaşlar dedim, kar yağışı nedeniyle tüm seferler iptal edildi, Hocamız artık Corpus juris Civilisin babası Jüstünyanus mezardan kalksa bile derse gelemez" dedim. Ancak arkama baktığımda Kudret Ayiter Hocanın kürsüde oturduğunu gördüm. İstanbul üzerinde aktarmayla uçakla gelmişti. Fakültemize çok emeği geçmiştir. O olmasaydı belki başaramazdık.

yacak fakülte bütçesini hazırlamakla görevlendirildim. Bizimle birlikte kurulan Dokuz Eylül Tıp Fakültesi kurucu dekanı rahmetli Hamit Özgönül de bizimle aynı yazgıyı paylaşıyordu. Bu arda maliye bakanı değişti, yeni bakan bize bir AMYO açmamız koşulu ile bütçe verdi. Bu şekilde biz Türkiye'de ilk AMYO'nu, adliyelere ara eleman yetiştirmek üzere kurmuş olduk. 1982 yılında fakültemizin ilk mezunları, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak diploma aldılar[16].

Ardından ağırlıklı olarak üniversiteleri hedef alan 12 Eylül darbesi[17] geldi. İlk icraatı bizi Karataş'taki denize nazır binadan çıkarıp, Buca'daki Anayasa Mahkemesinin kapattığı Özel Yüksek Okullardan kalma, harabe halindeki döküntü binalara sürmek oldu. Bu şekilde fakültemiz, tarihte ilk sürgün cezasına çarptırılan tüzel kişi oldu. Fakültenin ikinci dekanı Tufan T. Yüce hoca beni buradan ancak ölüm çıkarır demesi üzerine, darbeciler önce onu azlettiler ve Ankara'dan sürgün kararını infaz edecek başka bir dekan atadılar. Bir yıl geçmeden bizi EÜ'den ayırıp, yeni kurulan DEÜ'ne bağladılar, toparlanmak üzeri iken tekrar yokluk sefalet yıllarımız başladı. En büyük kıyım bin bir emekle toparladığımız kütüphanemize olmuştur. Birçok kitabımız, bize emanet tarihi belgemiz bu taşınma esnasında kayıplara karıştı. Ankara Hukuk fakültesinden gelen yeni Dekan Fırat Öztan, itiraf etmek gerekirse can hıraç bu olumsuz koşullarda fakülteyi toparlama çalıştı. Bu arada, yeni dekanla birlikte, Ankara Hukuk Fakültesi'nden 2547 sayılı Yeni ÜK'na göre sürgüne gelen, Fahrettin Aral, Seyfullah Edis, Cahit Can, Sabih Arkan gibi kıymetli hocaları tanımak bizim için bir kazanç olduysa da, o devirdeki baskıları protesto için Bilge Umar hocanın bizden ayrılması bizi üzmüştür.

Buca'da her tarafı çatlaklarla dolu, içinde farelerin sincapların cirit attığı bir odaya kütüphanemizi kurduk. Raflara dizdiğimiz kitapların sabah gelince yerlerde buluyorduk. Bu binalarda daha önce YO zamanında çalışmış biri bunu, bu arazinin eski sahibi Sarıgöllü Mehmet Ağanın ruhunun gelip yaptığını bile ileri sürmüştü. Sonra jeolog arkadaşlar geldi, buna bahçedeki asırlık çam ağacının köklerinin sebep olduğunu, rüzgârlı havalarda binanın altın girmiş ağaç köklerinin binayı beşik gibi salladığını, bu ağaçları

---

16 Bugün bu 1982 mezunlarımızın bir geçmişi yok. Çünkü EÜ'nin bir hukuk fakültesi yok. Daha sonra birçok defa bir hukuk fakültesi kurmak için başvurular yapmışlarsa da başarılı olamadılar.

17 Evren Paşanın, "üniversite hocalarına şu bayrağı tut desem, kaç para vereceksin diye sorarlar" sözünü hatırlamayan var mı? Akademik camiayı bundan daha aşağılayan bir söz olabilir mi?

kesmemizi önerdiler ama İzmir'e sürgüne gelmiş dekanımız Fırat Öztan buna izin vermedi, sallanmayı tercih etti.

Fakültemiz birkaç yıl sonra, şimdi restoran görevi yapan sarı köşke terfi ettiyse de oradaki saltanatı da ancak 1 yıl sürebildi. Bana da orada yağmurlu havalarda içinde şemsiye ile oturabildiğim bir oda nasip oldu, oradan da yanılmıyorsam 1985 yılı idi ilk kurulmuş olduğumuz Alsancak'daki İTBF binasına taşındık. Bu bizim için cehennemden çıkıp cennete taşınmak gibiydi. İTBF'liler bizim yerimize Buca'ya geldiler ve bu sürgüne bizlerin sebep olduğumuz varsayımı ile, belki de haklıydılar, çok sinirlendiler. Fırat Öztan hocanın dekanlık süresi dolunca yerine 9 yıl dekanlık yapacak Seyfullah Edis hoca atandı.

Bu arada, İTBF'lileri gönlünü almak için onlara yeni fakülte binalarını 2 blok halinde inşasına başladılar. Ancak binalar 1990 yılında tamamlandığında, bloklardan birinin Hukuk Fakültesine verilmesi iki fakülte arasında bir sorun çıkarmadı. Çünkü yeni binalarda herkes için bol yer vardı. Dekan hocamız Seyfulah Edis'in yönetiminde 2.defa Buca'ya taşındık. Yeni binada kapılarda kilit olmaması sebebiyle, fakülte sekreteri Dursun Yüksel bey, Alsancak'daki bize ayrılan bölümdeki kapı kilitlerini de sökerek Buca'daki binaya monte etmişti[18]. Taşınma işini fedakârhane yürüten Dursun Bey, daha sonra emekliliğini isteyerek ayrıldı.

Yeni binanın, mülkiyeti İTBF'ye aitse de intifası yine bize aitti. Bir müddet sonra Hukuk Fakültesi, İTBF'ye tahsis edilen binanın bir kısmını daha hizmet binası olarak işgal edecekti. Benim dekanlık yaptığım 2003-2006 yıllarında Fakültenin tekrar İzmir merkeze hatta Adliyenin yanına bir bina yapma imkânı doğduysa da zamanın rektörü buna engel olmuştur[19]. Biz 2008 yılında emekli olduğumuzda fakülte hâlâ o binadaydı. Daha sonra dekanlığın da isteği ile Rektör Mehmet Füzün zamanında yapılmış olan Tınaztepe'deki 2016 yılında hizmete giren şu anki Hukuk Fakültesi'nin,

---

18 Esasen, bu kilitleri kapılara Alsancak'daki binaya taşınırken Hukuk Fakültesi Dekanlığı takmıştı. Şimdi yeni binaya götürüyordu. Ben Eşya Hukuku dersinde, eklenti, bütünleyici parça tartışmasında bu örneği verirdim.

19 Rahmetli hayırsever Salih İşgören bize, yeni fakülte binası yapmamız için 10 milyon lira bağışta bulunmayı taahhüt etmiş, Tarım Bakanlığı da Çınarlı'da bugün eşi benzeri olmayan 60 dönümlük süs bitkileri merkezi olarak kullanılan Yeni Adliyenin hemen yanındaki arsayı Hukuk Fakültesi binası yapmamız amacıyla bağışlamıştı, Zamanın rektörü Emin Alıcı, bugün hâlâ çözemediğim bir sebepten bu projenin gerçekleşmesini engellemiştir.

bence muhteşem bu binasına taşındı ve Hukuk Fakültemiz 5. kez taşınmak zorunda kalmıştır. Burasının fakültemizin son yerleşim yeri olmasını diliyorum.

Fakültelerin derece sıralamalarındaki ana kriterlerden biri öğretim üyelerinin yapmış olduğu yayınlardır. Ama fakülteler bir türlü öğretim üyelerini bu konuda motive edemezler. Etmesi de mümkün değildir. Çünkü her şeyin motivasyonu paradır. Çok araştırma çok yayın yapan bir hocanın hiç yayın yapmayan yan gelip yatan hocayla bu açıdan hiçbir farkı yoktur. Fakültelerin bütçesinde bu konuda bir teşvik kalemi de yoktur. Hatta yabancı ülkelerden temin edilen bursların bile tembel hocalara tatil amaçlı verildiği bile vakidir. Vakıf üniversitelerinin karnesi bu açıdan daha da kötüdür. Hukuk Fakültelerinin değerlendirilmesinde belki de en önemli diğer kriter kaliteli öğretim üyesi sayısıdır. 1986-1995 yılları arasında dekanlık yapan rahmetli Seyfullah EDİS hocamız hem fakültenin yayın sayısının artması, hem de öğretim üyesinin artmasında büyük gayret sarf etti, kendisini minnetle anıyorum.

Bir Ülkenin gelişmesi bilimsel araştırmaları teşvik ile mümkündür. Bunun pek çok flaş örnekleri vardır. Türkiye ise, üniversite bütçelerine bu konuda en az kaynak ayıran ülkelerden biridir. Hatta, üniversitelerin döner sermaye gelirden yasal olarak ayırdığı bilimsel araştırma paylarına zaman zaman Hazinenin elkoyduğu da vakidir[20].

Hukuk fakültelerinin ana araştırma kaynağı kütüphaneleridir. Fakültemiz kuruluşundan itibaren, değerli kurucu hocamız Kudret Ayiter, Bilge Umar Hocalarımızın öncülüğünde bu konuya büyük önem vermiştir. Hukuk Fakültelerinin itibar sıralaması kütüphanesindeki kitap sayısı ile ölçülür. Şu anda Ege Bölgesinin en zengin fakülte Kütüphanesine sahip olmakla övünebiliriz. Hata Almanya'daki bazı isim yapmış Hukuk Fakültesi kütüphanesinde mevcut olmayan bazı kitaplar bizde vardır. Sanmayın ki biz bunu devletin verdiği bütçeyle yaptık. Yaratmış olduğumuz sempatiyle hayırseverlerin yardımı ile yaptık[21]. Ülkede ekonomik kriz çıktı mı, tasarruf gereki-

---

[20] Üniversiteler Kanununa göre, üniversite döner sermaye gelirlerinin bir kısmı üniversitelerin bilimsel araştırma fonuna ayrılır. O yıllarda sıkışan hükümetler, üniversite bütçesine bu konuda bir kaynak ayırmadığı gibi, üniversitelerin bu şekilde oluşturduğu bilimsel araştırma fonundaki paraları bütçe kanununa konan bir maddeyle Hazineye gelir olarak kaydediyordu. Ben satın alma işlerinde görevlendirildiğim yıllarda, buna karşı davalar açtım, sorun AYM'ne kadar gitti, AYM bir iptal kararında, bütçe konundaki bu hüküm hakkında, "sadece Anayasaya değil ahlaka da aykırıdır" demekteydi.

[21] Üniversite rektörleri nedense, fakültelerin özel bir ihtisas kütüphanesi kurmasından hoşlanmazlar, bütün üniversite için merkezi ortak bir kütüphane kurmak isterler. İlk göz

yorsa ilk atılan makas üniversitelerin bilimsel araştırma ve yayın bütçeleridir.

Biz Cumhuriyetimizin bize verdiği destek ve aile dayanışmaları ile buraya geldik. Ancak şimdi kuşaklar her iki destekten de mahrumlar. Artık benim gibi bir çiftçi ailesinin bu noktaya, buralara gelmesi imkânsızdır. Devletin tercihleri başka alanlara yönelmiş, aileler parçalanmış küçülmüştür.

Bugün Hukuk Fakültesi sayısı 100'ü geçmiştir, ama hukukçu akademisyen sayısı iki Hukuk Fakülteli Türkiye'dekinden daha azdır.

En kötüsü de hukukun kişilere sağladığı güvence, adam başına düşen milli gelir 100 misline çıkmasına rağmen, 60 yıl öncesine göre daha iyi değildir. Ve buna karşılık Türkiye Avrupa'da Adalet Hizmetinden en fazla harç vergi alan bir ülkedir. Karakuşi kararlar hızla artmaktadır. Adalet Bakanlığının bütçeye en fazla gelir temin eden 2. bakanlık olmasıyla, şimdi övünelim mi…

Ne istedik de yapamadık sorusu için çok şey söylenebilir. Ancak ben bir şeyi burada söylemeyi vazife sayıyorum. DEÜ kurulalı 35 yıl oldu. Ama ne üniversitemizin ne de fakültelerimizin bir belgesel hafızası yoktur. Hep üniversitelerimizde, fakültelerimizde bir anı odası, isterseniz müze diyelim, olsun istedim. Önemli anılar belgeler burada arşivlensin istedim. Ama beni, bu konuda kimse ciddiye almadı. Hiç olmasa Üniversite Rektörlüğümüzün, dekanlıklarımızın bir anı defteri olsa, önemli ziyaretçiler oraya birkaç cümle yazsa, önemli gördükleri olayları rektör ve dekanlar bu deftere kayıt etseler fena mı olur. Bu herkesin istediği notu düşebileceği müşterek bir elektronik veri tabını şeklinde de olabilir.

Diğer bir gerçekleştiremediğimiz olay, bir 1416'lılar derneği kurup, bütün 1416'lıları bu dernek birleştirmek, bunların yurt dışı anılarını, çektikleri çileleri bir kitapta toplamak, gelecek kuşaklara aktarmaktı... Bunun için hâlâ zaman var diyorum.

Bir öğretmenin iki öğrencisi tarafından kurşunlanıp öldürmesi karşısında bir emekli öğretmenin, bugünkü kuşak hakkında duygularını sizinle paylaşmak istiyorum.

---

diktikleri de Hukuk Fakülteleri kütüphaneleridir. Hukuk Fakülteleri Dekanları için bu tam bir karabasandır. Kütüphanelerini Hukuk Fakültesinden ayırmak, bir insanın beynini felç etmekten farksızdır. DEÜ'de de benzeri girişimler olmuşsa da, dekanlarımız fakülte kütüphanesini Çanakkale savunması gibi bu vakte kadar korumayı başarmıştır.

"Bugünkü kuşaklar

Her şeyi anne-baba hazırlar

Yürümesini bilmezler

Üşümesini bilmezler

Açlık bilmezler

Soğuk nedir bilmezler

Yokluk bilmezler

Acı nedir bilmezler

Her şeyi istemeden aldılar

Ter dökmediler,

Bilgi mi, ne önemi var, bir tıkla önlerine gelir.

Onlar öyle öyle sanırlar.

Onlar için bir akıllı telefon bir tablet, vatan sevgisinden daha kıymetlidir.

Çünkü ona sahip olmak için bir bedel ödemediler".

2008 yılında bir veda konuşması yapma imkânı olmamıştı… Bu suretle onu da telafi etmiş olduk.

Tekrar bu Armağanı ve bu töreni hazırlayan Hukuk Fakültesi Dekanlığına ve DEÜ Rektörlüğüne saygı ve şükranlarımı arz ediyorum. Allahaısmarladık.

BOŞANMA DAVALARINDA DELİLLERİN GÖSTERİLMESİNE VE İBRAZINA İLİŞKİN GÜNCEL YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARININ *(ÖNEMLİ BİR İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİNİN)* DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇİFTÇİ*

Öz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda benimsenen delillerin gösterilme zamanına ilişkin kurallara uygun içtihatlar vermemekteydi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun boşanma davalarına ilişkin 2016 yılında vermiş olduğu iki içtihat ise, bu konuda dönüm noktası olmuştur[1]*. Bu içtihatlardan ilki, cevap dilekçesi vermeyen davalının; ikincisi ise, süresinde delillerini göstermeyen davacının sonradan delil göstermesinin mümkün olup olmayacağına ilişkindir. Bu iki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin görüş ve içtihat değişikliğine gitmesine sebebiyet vermiştir*[2]*. Bu çalışmada, yeni tarihli söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu incelenecektir.*

---

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: pnr.ciftci@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 26.01.2018-26.01.2018-12.03.2018/Makale Kabul Tarihleri: 26.01.2018-09.02.2018-23.05.2018)

1 Çalışmamızda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin içtihat değişikliğine gitmesine sebebiyet verdiği kararı incelenmektedir. Dolayısıyla esas olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihat değişikliği ele alınmakta; bu odak çevresinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarının gelişimi de incelenmektedir.

2 Yaptığımız bu açıklama, inceleme konumuzun esasen iki adet Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından oluştuğu yönünde kanaat uyandırabilir. Esasen, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin içtihat değişikliğine gitmesine sebebiyet veren her iki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıdır. Bununla birlikte çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde açıklanacağı üzere, bu iki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararı biribirinden farklılık arz etmektedir. Bu sebeple bizim inceleme konumuzu daha yakından ilgilendiren 16.11.2016 tarihli karar incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Medenî yargılama, boşanma davası, delillerin gösterilmesi, ispat, delil

EVALUATION OF THE CURRENT DECISION OF THE SUPREME COURT ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS REGARDING THE SUBMISSION OF EVIDENCE IN DIVORCE PROCEEDINGS

Abstract

Since the enactment of the Civil Procedure Code, 2nd Civil Chamber of Court of Cassation did not give proper decisions with regard to the rules on submission of evidence in Civil Procedure Code. However two decisions of the Court of Cassation Assembly of Civil Chambers with regard to divorce proceedings have became a milestone. The first decision is related with the defendant's demand to adduce evidence who has not product a pleading; second one is related with the plaintiff's demand who has exceeded the time bar to submit evidence. These two decisions of the Court of Cassation Assembly of Civil Chambers contributed to change the opinion of 2nd Civil Chamber of Court of Cassation. In this article these current decisions of the Court of Cassation Assembly of Civil Chambers will be evaluated.

Keywords

Civil procedure, divorce proceeding, submission of evidence, proof, evidence

I. KARAR (HGK 16.11.2016, 2014-2-1226/1057)

DAVA: Taraflar arasındaki "boşanma" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İzmir 14. Aile Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 07.03.2013 gün ve 2012/614 E., 2013/144 K. sayılı karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10.12.2013 gün ve 2013/14994 E., 2013/29160 K. sayılı kararı ile;

"…Ön inceleme duruşmasında hakim tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları veya anlaşmadıkları hususları tek tek belirleyip uyuşmazlık konularını tespit edeceğine göre bu işlemler yapılmadan tarafların delil ve tanıklarını bildirmesi beklenemez. Davacı ve davalı taraf tahkikata başlamadan önce tanık listesi vermişlerdir. O halde, hukuki dinlenilme hakkını (HMK. madde 27) kullanabilmeleri için, davacıyı tanıklarının dinlenmesi, için gerekli giderleri yatırmaları konusunda kesin süre verilerek tanıklarının dinlenmesi, davalı da bildirdiği tanıklarının dinlenmesini talep ettiği takdirde bu konuda kendisine imkan tanınması ve gerçekleşecek sonucu uyarınca davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken; eksik incelemeyle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesiyle oy çokluğuyla[3] bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, boşanma istemine ilişkindir.

Davacı vekili davalı ile müvekkilinin önceden boşanıp tekrar evlendiğini ancak geçimsizliklerinin son bulmadığını, müvekkilinin davalının başka erkeklerle birlikte olduğu yönünde kuvvetli şüpheleri olduğunu,

---

[3] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararında karşıoy gerekçesi şu şekildedir: "Davacı dava dilekçesinde ve dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi aşamasında dayandığı boşanmaya ilişkin vakıaları hangi ispat araçlarını kullanarak ispat edeceğini bildirmemiştir. (Davacı, ispat araçlarının neler olduğunu 'dava dilekçesinde' ve davalı da verme imkanı olduğu takdirde 'cevaba cevap dilekçesinde' göstermelidir.) Bunlar dışında sadece karşı tarafın açık muvaffakati ile ispat araçlarının gösterilmesi mümkündür. İspat araçları usulünce gösterilmemiş ise, bunların somutlaştırılması, bu kapsamda delil olarak tanıklığa dayanılmadığı takdirde 'tanık listesi' verilmesi de söz konusu olamaz. Davacı usulünce delil bildirmemiştir. O halde davanın esastan reddine ilişkin mahkeme kararı isabetlidir. Hükmün onanması gerektiğini düşünüyorum."

aralarında geçen olay sebebiyle müvekkilinin tutuklu olduğunu ileri sürerek boşanmalarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı suçlamaları kabul etmediğini, aldatma iddiasının iftiradan ibaret olduğunu, kendisinin de boşanmak istediğini bildirmiş ve mahkemenin belirleyeceği nafakanın tarafına verilmesini istemiştir.

Mahkemece davacı vekilinin dava dilekçesinde herhangi bir delile dayanmadığı, yargılamanın devamı sırasında delil listesi sunduğu, her ne kadar iddia ve savunmanın ön inceleme safhasına kadar taraflarca genişletilip değiştirilmesi mümkün ise de davacı vekilinin dava açarken iddialarını ispata yarayan hiçbir delil sunmaması durumunda sonradan bir kısım delillerin bildirilmiş olmasının durumu değiştirmeyeceği belirtilerek evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösterir ve boşanmayı gerektirir şekilde davalının kusurundan kaynaklanan bir geçimsizliğin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Özel Dairece yukarda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle oy çokluğu ile karar bozulmuş, davacının süresinde delil bildirmemesi sebebiyle davanın esastan reddi gerektiği karşı oy yazısında belirtilmiştir.

Mahkemece önceki gerekçe genişletilerek direnme hükmü verilmiştir.

Direnme hükmü davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmamış olması durumunda tahkikat duruşmasına başlamadan önce verilen dilekçeyle delil bildirilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konu ile ilgili yasal düzenlenmelerin incelenmesi gerekir.

Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkra hükmü uyarınca, milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacak olması sebebiyle ilk olarak belirtilmesi gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından bir tanesi de yargılamanın "makul bir süre içinde" bitirilmesi ilkesidir.

Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), devletlerin yasal sistemlerini mahkemelerin 6. maddede yer alan şartlara, makul bir sürede yargılama dahil olmak üzere uyacak şekilde düzenlemek ile görevli olduğunu belirtmiştir (AİHM, Zimmerman ve Steiner-İsviçre, 13 Temmuz 1983, 29. paragraf).

Bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmelidir (AİHM, De Haes ve Gijsels-Belçika, 24 Şubat 1997).

Tarafların gösterilen tüm delillerden haberdar olması ve görüş bildirebilmesi de adil yargılanma hakkı kapsamında gözetilmesi gereken ilke olarak belirtilmiştir (AİHM, Borgers-Belçika, 30 Ekim 1991).

Anayasanın 141. maddesinde de "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği açıkça düzenlenmiştir.

Açıklanan bu ilkelere paralel olarak 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) yargılamanın makul sürede bitirilmesini sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılmış ve bu amaca ulaşılabilmesi için önemli bir katkı sağlayan delillerin bildirilme zamanı özel olarak düzenlenmiştir.

Delillerin belirli bir zaman dilimi içinde gösterilip sunulması yargılamayı çabuklaştıracak olmasının yanı sıra, taraflara da gösterilen delillerden haberdar olarak zamanında bunlara karşı delil veya görüş bildirebilme imkanı tanıyacak, böylece uyuşmazlıklar en kısa sürede adilane çözüme kavuşacaktır.

Bu aşamada HMK'nın delillerin ibrazıyla ilgili hükümlerini değerlendirmek gereklidir.

6100 Sayılı HMK'nın "Dava Dilekçesinin İçeriği" başlıklı 119/1-e-f maddesine göre; davacı, dava dilekçesinde, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini ve iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini açıkça göstermek zorundadır."

Maddenin gerekçesinde bu gerekliliğin, 6100 Sayılı HMK'da bir yenilik olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Davacının genel ifadelerle delillerini belirtmesi yeterli sayılmayıp hangi delillere dayandığı dilekçeden anlaşılmalıdır. Delillerin bildirilmesine dair bu düzenleme, somutlaştırma yükünün de bir gereğidir. (Pekcanıtez, H.\Atalay, O.\Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2015, s. 277).

6100 Sayılı HMK'nın "Belgelerin Birlikte Verilmesi" başlıklı 121/1. maddesine göre; dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede

yer alması zorunludur. Ayrıca, aynı Kanunun "Cevap Dilekçesinin İçeriği" başlıklı 129/1-d-e. maddelerine göre, cevap dilekçesinde; davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ile savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin bildirilmesi gerekir. Bu husus davalının savunmasını somutlaştırma yükünün gereğidir. Davalı da davacı gibi yazılı delillerini cevap dilekçesine ekleyerek mahkemeye vermeli ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamalarda bulunmalıdır. (Pekcanıtez, H.\Atalay, O.\Özekes, M., s. 306).

Dava dilekçesinin davalıya tebliğinde, davalının iki hafta içinde davaya cevap verebileceğinin ihtarının gerektiği HMK'nın 122. maddesinde düzenlendikten sonra aynı süreye "cevap dilekçesini verme süresi" başlıklı 127. maddesinde tekrar yer verilerek "Cevap dilekçesini verme süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır…" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Önemle vurgulanmalıdır ki; HMK'nın 122. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere cevap süresi, Kanun tarafından düzenlenmiş kesin bir süre hâline getirilmiştir.

HMK'nın "Süresinde Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonucu" başlıklı 6100 Sayılı HMK'nın 128/1. maddesine göre; "süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır." Davayı inkar etmiş sayılan davalı, daha sonra ikici cevap dilekçesi veremez. Zira ikinci cevap dilekçesi cevaba cevap dilekçesine karşı verilir. Cevap dilekçesi vermemiş olan davalının sadece inkar ile yetinmiş olduğu varsayılır ve ön inceleme ile tahkikat aşamasında sadece inkar çerçevesinde savunma yapabilir ve bu yönde ispat faaliyetinde bulunarak delil gösterebilir (Pekcanıtez, H.\Atalay, O.\Özekes, M., s. 294-295). Süresinde cevap vermediği için davayı inkar etmiş sayılan davalı, davacının dava dilekçesinde bildirdiği vakıaların doğru olmadığını (inkarı) ispat için karşı delil gösterebilir. Davalı, davayı inkarının karşı delilini göstermek bahanesi ile, yeni vakıalar (mesela zamanaşımı veya borcu ödediğini ileri sürerse, bununla savunmasını genişletmiş olur; bu ise kural olarak yasaktır. Bu halde mahkeme, davacının iddiasının doğru olmadığını ispat için davalının göstereceği delilleri inceleyip, davacının delilleri ile birlikte değerlendirerek varacağı sonuca göre hüküm vermelidir. (Kuru, B.\Arslan, R.\Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, 25. Bası, s. 317).

6100 Sayılı HMK'nın "Ön İncelemenin Kapsamı" başlıklı 137/1. maddesine göre; dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

6100 Sayılı HMK'nın "Ön İnceleme Duruşması" başlıklı 140/5. maddesine göre; ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir. Aynı Kanunun 119 ve 121. maddelerinde delillerin gösterilmesinden bahsedilmesine rağmen, 137 ve 140. maddelerinde delillerin sunulmasından ve toplanmasından bahsedilmektedir. Burada vurgulanması gereken husus özellikle 140. maddede "dilekçelerinde gösterdikleri" ibaresinin kullanılmış olmasıdır.

6100 Sayılı HMK'nın 140. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere taraflar, delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirilecekse, bunu belirtmek zorundadırlar. Şayet taraflar, bu konuda yapmaları gereken işlemleri eksik bırakmışlarsa, tahkikata başlamadan önce, taraflara son kez kısa bir süre verilerek bu eksiklikleri tamamlamaları düşünülmüştür. Taraflar bu şanslarını da doğru kullanamazlarsa, artık tahkikat mevcut delillerle yürütülecek ve tarafların o delile dayanmaktan vazgeçtikleri kabul edilecektir.

Özetle; 6100 Sayılı HMK'nın 119/1-f maddesine göre dava dilekçesinde iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, 129/1-e maddesine göre de cevap dilekçesinde savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmesi gerekir. 6100 Sayılı HMK'nın 137 ve 140. maddelerinde ise; 119 ve 129. maddelerdeki düzenlemenin aksine, delillerin belirtilmesinden değil, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapmasından bahsedilmiştir. Buna göre; delillerin dava ve cevap dilekçelerinde belirtilmesi, dilekçelerinde belirtikleri delillerin en geç ön inceleme duruşmasında mahkemeye sunulması, başka bir yerden getirtilecek olması halinde delillerin toplanması için gerekli işlemlerin yapılması gerekir. Yani dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden sonra tarafların iddia ve savunmalarını kanıtlayıcı delil bildirmeleri mümkün değildir.

Dilekçelerin teatisi aşamaları bu şekilde net sürelere bağlı olarak düzenlendikten sonra yasa koyucu, "delil bildirmenin" "süreye" bağlı olduğunu tekrar vurgulayan 145. maddeye yer vermiştir. 6100 Sayılı HMK'nın "Sonradan Delil Gösterilmesi" başlıklı 145/1. maddesine göre; taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.

6100 Sayılı HMK'nın 145. maddesinin birinci cümlesinde de tarafların, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremeyecekleri açıkça belirtilmiştir. 145. maddenin ikinci cümlesinde; birinci cümledeki tarafların Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremeyeceklerine dair olarak getirilen istisnanın dava ve cevap dilekçelerinde hiç delil belirtmeyen, ön inceleme aşamasında da delillerini sunmayan veya toplanması için gerekli işlemleri yapmayan tarafların tahkikat aşamasında delil bildirme haklarının olduğu şeklinde anlaşılması mümkün değildir. 145. maddenin gerekçesinde, "uygulamada, davaların uzamasının temel sebeplerinden birinin de gereksiz yere yeni delil sunulması ve bu konuda taraflara verilen sürelere uyulmaması olduğunun bilindiği, maddenin ilk fıkrasıyla, Kanunda belirtilen sürelerden sonra, davada yeni delil sunulmasının yasak olduğunun kural olarak benimsendiği, fakat iki istisnanın kabul edildiği, bunun için; yeni delil sunulması talebinin yargılamayı geciktirme amacı taşımaması veya delilin süresinde sunulmamasının ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanması halinde, hâkimin gerekçesini de belirtmek şartıyla, yeni delil sunulmasına izin verebileceği, bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesinin hukuki dinlenme hakkının tabii bir sonucu olduğu" belirtilmiştir.

Tahkikatın amacı, kural olarak delil toplamak değil, delilleri incelemek ve değerlendirmektir; aksi halde tahkikat tamamlanamaz ve yargılama uzar. Bu sebeple 145. maddede belirtilen ve tarafın etki alanı dışında kalan çok özel durumlar dışında, sonradan delil sunulması halinde bu deliller dikkate alınmamalıdır. Keza, tarafların 145. madde şartları oluşmadan sonradan delil sunması ya da kanun yoluna başvururken bu şekilde delilleri dilekçesine ekleyip vermeleri kabul edilmemelidir (Pekcanıtez, H.\Atalay, O.\Özekes, M., s. 332-333).

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; 6100 Sayılı HMK'nın sistematiği içinde; tahkikat aşamasına geçilmezden evvel tarafların uyuşmazlıkların çözümü için ileri sürdükleri delillerin daha işin başında belirlenerek

tahkikatın etkin bir şekilde yapılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Yargılamanın etkin ve makul bir süre içinde bitirilmesi için delil gösterilmesi dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredilmiştir. Buna göre, dilekçelerin teatisi aşamasında herhangi bir delil bildirmeyen davacı veya davalıya ön inceleme duruşmasında delillerini bildirmesi için yeni bir süre verilmesine imkân bulunmamaktadır.

Somut olayda; davacı 24.08.2012 tarihinde boşanma davası açmış, dava dilekçesinde iddialarını ispata yarar herhangi bir delil bildirmemiştir. Davalı ise süresinde verdiği cevap dilekçesi ile delillerini bildirmiş, cevap dilekçesinin davacıya tebliği üzerine davacı cevaba cevap dilekçesi ibraz etmemiştir. Mahkemece 17.01.2013 tarihinde ön inceleme duruşması icra edilip tahkikat duruşmasına geçildikten sonra 07.03.2013 tarihli celse de davacı vekili "Tanıklarımızı bildirdik. Dinlenmesini talep ediyoruz" şeklinde beyanda bulunmuştur.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler dikkate alındığında, dava dilekçesinde herhangi bir delil bildirmeyen, sonradan delil gösterilebilmesi için HMK'nın 145. maddesinde belirtilen istisnai hallerin mevcudiyetini de ileri sürmeyen davacının ön inceleme aşamasından sonra bildirdiği tanıkların dinlenmesi mümkün değildir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin davacı vekilinin dava açarken iddiaları ispata yarayan hiçbir delil sunmadığı gerekçesiyle verdiği davanın reddine dair direnme kararı yerindedir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, yukarda açıklanan sebeplerle direnme kararının ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 1086 Sayılı Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 440. Maddesi uyarınca karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16.11.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

II. OLAYIN ÖZETİ

Olay, boşanma davasında delillerin ibrazına ve gösterilmesine ilişkindir[4]. Dava konusu olayda davacı taraf, açmış olduğu boşanma davasının dava dilekçesinde herhangi bir delil bildirmemiş; buna karşılık davalı taraf süresi içerisinde delillerini cevap dilekçesinde belirtmiştir. Ön inceleme aşaması tamamlanıp tahkikat duruşmasına geçildiğinde, davacı taraf bu sefer tanık dinletme talebinde bulunmuştur. Karardan anlaşılan davacı taraf, boşanma davasını 24.08.2012 tarihinde açmış; diğer taraf da boşanmak istemesine rağmen, boşanma davası *-sırf davacı tarafın dava dilekçesinde delil göstermemesi ve ardından tahkikat aşamasında tanık deliline dayanmak istemesi sebebiyle-* 16.11.2016 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun direnme kararını onamasıyla birlikte, *-yerel mahkeme boşanma davasının reddine de karar vermiş olduğundan-* taraflar boşanamamışlardır[5].

---

4 İnceleme konusu kararda, uyuşmazlık konusunun ağırlıklı olarak boşanma davalarında tanık delilinin gösterilmesine ilişkin olduğu tespit edilebilir. Bununla birlikte inceleme konumuzu *delillerin gösterilmesi ve ibrazı* oluşturmaktadır. İlk olarak, Kanun tanık delilinin *gösterilmesi* (HMK m. 240) terimini tercih ederken, belgelerin *ibrazı* (HMK m. 217) terimini tercih etmektedir. Dolayısıyla delillerin *ibrazı* ve *gösterilmesi* terimleri arasında teknik bir farklılığın olduğu açıktır. İkinci olarak, Kanun'un sistematiği içerisinde tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte delillerini *göstermeleri* (HMK m. 145), kural olarak ön inceleme aşamasında hâkimin de katkısı ile *delillerin toplanması*, mümkün ise tarafların dilekçeleri ile birlikte ellerinde bulunan delilleri *sunmaları* ve *belgeleri ibraz etmeleri* (HMK m. 137/1) kabul edilmektedir. Bu yönüyle delillerin *gösterilmesi, toplanması, ibrazı* ve hatta tahkikat aşamasında bunların *değerlendirilmesi* kavramları ayrı teknik anlamlar içermektedir. Bununla birlikte çalışmamızda sadece *delillerin -özellikle dilekçelerin teatisi aşamasında- gösterilmesi*nden değil, aynı zamanda *delillerin ibrazından* da bahsedilmiş olmasının sebebi, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında ve bu çerçevede incelenen yargı kararlarında, herhangi bir ayrım yapılmaksızın genel olarak *delilin gösterilmesi ve ibrazından* hareket edilmiş olmasıdır. Nitekim Yargıtay kararlarının çoğunda Kanun'un tercih ettiği bu teknik kavramlar yerinde kullanılmamakta; genel olarak delillerin *belirtilmesi, gösterilmesi, ibrazı, toplanması* gibi kavramlar birbirinin yerine *-bazen de-* hatalı olarak kullanılmaktadır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde üzerinde durulacak olan yargı kararlarında ilkesel birtakım genel değerlendirmelerin bu iki teknik kavramı da içine alacak şekilde yapıldığı gözlemlenebilecektir. Bu sebeple de çalışmamızın başlığında *delillerin gösterilmesi* ve *ibrazı* kavramlarına birlikte yer verilmesi tercih edilmiştir.

Delillerin ibrazı ve gösterilmesi terimlerinin birbiri ile ilişkisi ve farkları yönünden bkz. **Erdönmez**, Güray: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 5, 2013, s. 15 vd.

5 Hukuk sistemimizde boşanma davalarının oldukça uzun sürmesi, yargı sisteminin temel sorunlarından birisidir. Bu durum karşısında sırf davacı tarafın dava dilekçesinde delille-

III. MERCİİLERİN ÇÖZÜM TARZI

İzmir 14. Aile Mahkemesi: Yerel Mahkemece, davacı vekilinin dava açarken iddialarını ispata yarayan hiçbir delil sunmaması durumunda sonradan bir kısım delillerin bildirilmiş olmasının, HMK hükümlerine aykırı olduğunu belirtilerek evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösterir ve boşanmayı gerektirir şekilde davalının kusurundan kaynaklanan bir geçimsizliğin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi: Temyiz incelemesini yapan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, ön inceleme duruşmasında hâkimin, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları veya anlaşmadıkları hususları tek tek belirleyip uyuşmazlık konularını tespit etmesi gerektiği gerekçesine dayanılarak bu aşamadan önce tarafların delillerini ve özellikle tanıklarını bildirmesinin beklenemeyeceğini belirterek davacı tarafın tanık dinletilmesi talebini HMK m. 27 hükmüne uygun bulmuştur. Davacı tarafa hukukî dinlenilme hakkının sağlanması amacıyla da, yerel mahkemenin davacı tarafın tanıklarını dinlemeden hüküm kurmasını hukuka aykırı bularak yerel mahkeme kararını oyçokluğuyla bozmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu: HMK'nın sistematiği içerisinde, tahkikat aşamasına geçilmeden önce tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için ileri sürdükleri delillerin daha işin başında belirlenerek tahkikatın etkin bir şekilde yapılmasının amaçlandığını; yargılamanın etkin ve makûl bir süre içinde bitirilmesi için delil gösterilmesinin, dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredildiğini; buna göre, dilekçelerin teatisi aşamasında herhangi bir delil bildirmeyen davacı veya davalıya ön inceleme duruşmasında delillerini bildirmesi için yeni bir süre

---

rini göstermemesi, ardından tahkikat aşamasında tanık dinletme talebinin reddedilmiş olması sebebiyle dava konusu olayda 4 yıllık bir sürecin sonunda dahi, sadece yargılama kurallarının hatalı uygulanması sebebiyle -*hele ki, her iki taraf da boşanmayı istemesine rağmen*- boşanma davasının reddine karar verilmesi maddî hukukun şeklî hukuka fedâ edilmesi gibi yorumlanabilir. Kanaatimizce böyle bir yorum yapılırken genellikle yargılama hukuku kurallarının yapısı gözardı edilmektedir. Zira yargılama kuralları açısından kanunîlik ilkesinin geçerli olması, keyfîliğin önüne geçmekte; yargısal her kuralın, temelini Anayasa'da güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne dayandırması böyle bir yoruma engeldir. Bu sebeple öncelikle tarafların ve mahkemelerin yargısal kuralları gözardı etmemesi, bu kurallara uygun davranması gerekir. Aksi hâlde, yani uygulama Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na uyum sağlamadığı sürece, inceleme konusu olayda olduğu gibi her zaman "maddî hukukun, şeklî hukuka fedâ edilmesi" şeklinde yorumlanabilecek kararlara rastlanabilecektir.

verilmesine imkân bulunmadığını; bu çerçevede somut olayda da, davacının 24.08.2012 tarihinde boşanma davası açmış olduğunu ve dava dilekçesinde iddialarını ispata yarar herhangi bir delil bildirmemiş bulunduğunu; davalının ise, süresinde verdiği cevap dilekçesi ile delillerini bildirmiş olduğunu; cevap dilekçesinin davacıya tebliği üzerine davacının cevaba cevap dilekçesinde de delil ibraz etmediğini; Mahkemece 17.01.2013 tarihinde ön inceleme duruşması tamamlanıp tahkikat duruşmasına geçildikten sonra 07.03.2013 tarihli celsede davacı vekilinin "Tanıklarımızı bildirdik. Dinlenmesini talep ediyoruz" şeklinde beyanını dikkate aldığını; oysa ki, olayda HMK m. 145 hükmünün de şartlarının oluşmadığını; bu sebeple de davacının ön inceleme aşamasından sonra bildirdiği tanıkların dinlenmesinin mümkün olmadığını belirterek yerel mahkemenin davanın reddi yönünde verdiği hükmün ve direnme kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

IV. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKÎ PROBLEM

Çözümlenmesi gereken hukukî problem, boşanma davalarında tarafların hangi aşamada delillerini göstermeleri ve ibraz etmeleri gerektiğinin belirlenmesi hususunda toplanmaktadır. Zira inceleme konusu kararda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, tahkikat aşaması tamamlanmadan tarafların delil bildirme hakkının sınırlanamayacağına dayanmış; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, aksi yönde yerel mahkemenin direnme kararını haklı bulmuştur. Bu yönüyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, önemli bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Zira aşağıda yer verileceği üzere, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, bugüne kadar aksi yönde verdiği çok sayıda içtihat bulunmaktaydı.

V. KONUNUN İNCELENMESİ VE DEĞERLENDİRME

A. İnceleme Konusu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2011 yılından bu yana gerek yerel mahkemelerde gerekse Yargıtay'da boşanma davalarında delillerin ne zamana kadar gösterileceği ve ibraz edileceği konularında Kanun'daki düzenlemelere taban tabana zıt içtihatlara rastlanmaktaydı. Özellikle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin de içtihatları çerçevesinde mahkemeler, genellikle boşanma davalarında HMK'nın benimsemiş olduğu delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusundaki kurallara riayet etmeden, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra dahi -*HMK m. 145 kuralının koşullarını uygulamadan*- delil gösterilmesine imkân vermekteydi. Öyle ki, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin çok açık şekilde boşanma davalarında,

HMK'nın delillerin gösterilmesine ve ibrazına ilişkin kuralların *uygulanmayacağını* ilkesel olarak benimsediğini belirten içtihatları bulunmaktaydı[6]. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, son zamanlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delillerin gösterilmesine ve ibrazına ilişkin kuralları aynı şekilde boşanma davalarına da uygulayan içtihatlar vermeye başlamıştır. İnceleme konusu karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu konudaki yaklaşımını yansıtan önemli bir içtihattır. Dolayısıyla çalışmamız, her ne kadar inceleme konusunun odağına söz konusu bu içtihatı temel almışsa da, aşağıda özellikle HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana boşanma davalarında konunun nasıl bir gelişme gösterdiği ortaya konulacaktır.

Bu çerçevede öncelikle HMK'nın benimsemiş olduğu delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusundaki sistematiği ortaya koyacağız; ardından, Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu yana Yargıtay kararlarındaki benimsenen görüşlerin gelişimini inceleyeceğiz ve nihâyetinde inceleme konusu yaptığımız karardaki içtihat değişikliğini değerlendireceğiz.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin Gösterilmesi, İbrazı ve Değerlendirilmesi Konusunda Benimsediği Sistem

1. Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı

a. Kural: Delillerin Dava ve Cevap Dilekçelerinde Gösterilmesi ve İbrazı

Yargılama sürecinde ispat faaliyeti, geçmişte yaşanan uyuşmazlığa ilişkin vakıaları hâkimin gözünde canlandırma amacına hizmet eder. Bu canlandırma faaliyetinin gerçekle uyuşması içinse uyuşmazlığı yansıtan bilgi kaynaklarının, delillerin bir an önce yargılamaya getirilmesi gerekir. Bu sebeple, öncelikle davacı taraf dava dilekçesinde, iddia ettiği her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini açıkça belirtmelidir (HMK m. 119/1, f). Davacının genel ifadelerle delillerini belirtmesi yeterli olmayıp, hangi delillere dayandığı açıkça dava dilekçesinden anlaşılmalıdır[7]. Taraflar tek tek uyuşmazlık konusu vakıaların hangi delillerle ispatlanacağını belirttikten sonra, bu çerçevede bir ispat faaliyeti yürüteceklerdir. Bu kapsamda davacı her bir temel vakıanın ardından onu hangi delillerle ispat edeceğini açıkça

---

6 Bu içtihatlara aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir.

7 **Bolayır**, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 224; **Pekcanıtez**, Hakan: Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1138.

yanına yazabilir veya vakıaları ve delilleri ayrı ayrı belirttikten sonra kaç numaralı vakıanın hangi delille ispat edebileceğine dair bir liste verebilir[8]. Bu durum aynı zamanda somutlaştırma yükünün de bir gereğidir (HMK m. 194)[9]. Bu kapsamda örneğin hangi belgelere dayanıldığı, tanık dinletme talebi[10], bilirkişi ve keşif talepleri tarafların dilekçelerinde belirtilmelidir. Dava dilekçesinde delillerin gösterilmemesinin yaptırımının ne olacağı, Kanun'da açıkça yer almamakla birlikte, bu durumda taraflara süre verilmesi gerektiği; taraflar, bu sürede hâlen delillerini sunmazlar ise aleyhe hükümle karşılaşma riski altında kalacakları kabul edilir[11]. Dolayısıyla davacının dava dilekçesinde dayandığı vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmaması hâlinde hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu eksikliğin giderilmesi için ön inceleme aşamasında süre vermesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir[12].

Davacı, dilekçesinde gösterdiği ve kendi elinde bulunan belgelerin asıllarını ve davalı sayısından bir fazla sayıda örneğini veya sadece örneklerini dava dilekçesine ekleyerek mahkemeye vermek zorundadır (HMK m. 121). Aynı zamanda davacı dava dilekçesinde delil olarak gösterdiği başka yerlerden getirtilecek belgeler ve dosyalar için bunların bulunabilmesini sağlayıcı

---

8 **Özekes**, Muhammet: "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 16, 2014, (Dava Dilekçesinde Eksiklik), s. 276; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1138.

9 Bu konuda bkz. **Erdönmez**, s. 16-17; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1139; **Yardımcı**, Taner Emre: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 103-104.

10 Tarafların, dava ve cevap dilekçelerinde sadece tanık deliline dayandıklarını belirtmeleri yeterlidir; tanıkların isimleri ve adresleri yani tanık listesi sonradan mahkemeye bildirilecektir. Bu konuda bkz. **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar** Ayvaz, Sema: Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 317; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 167; **Yardımcı**, s. 124-125.

11 Bu konuda ayrıntı için bkz. **Özekes**, Dava Dilekçesinde Eksiklik, s. 285-297; **Erdönmez**, s. 16-17. Bu durumda hâkimin tarafa kesin süre vereceği konusunda bkz. **Tanrıver**, Süha: Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 629.

12 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1139. Buna karşılık bu eksikliğin hâkim tarafından tamamlatılmasının medenî yargılama hukukunun yapısında aykırı düşeceği gerekçesiyle hâkimin bu durumda kesin süre vermemesi, davayı reddetmesi hakkındaki görüş için bkz. **Bolayır**, s. 223.

açıklamalar yapmalıdır[13]. Davacı taraf, dava dilekçesinde delil olarak dayandığı belgeleri göstermekle birlikte, bunları dilekçesinin ekinde mahkemeye ibraz etmemişse veya başka yerlerden getirtilecek belgeler hakkında gerekli açıklamayı yapmamışsa, bu durumda ön inceleme aşamasında davacıya bu eksikliklerini tamamlayabilmesi için iki haftalık kesin süre verilecektir (HMK m. 140/5). Ancak ön inceleme aşamasında verilecek bu iki haftalık süre, davacının *yeni delil gösterebilmesi için değil*, dava dilekçesinde gösterilen ancak mahkemeye dilekçeyle birlikte ibraz edilmeyen belgeler içindir[14].

Davacı için dava dilekçesinde delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusunda benimsenen temel ilkeler, benzer esaslarla davalı açısından da cevap dilekçesi açısından geçerlidir. Davalı, cevap dilekçesinde savunmasının dayanağı olarak ileri sürdüğü vakıaların her birinin hangi delillerle ispat edileceğini açıkça belirtmeli, yani somutlaştırmalıdır (HMK m. 129/1, e). Bu durum davalı açısından da, somutlaştırma yükünün (HMK m. 194) gereğidir[15]. Davalının da, cevap dilekçesinde savunmasını dayandırdığı vakıaların her birinin hangi delillerle ispat edileceğini belirtmemesi hâlinde, bu durumun yaptırımı açıkça Kanun'da düzenlenmemektedir. Ancak davalı tarafa da, ön inceleme aşamasında hâkim tarafından kesin süre verilerek bu eksikliği gidermesi genellikle kabul edilmektedir[16]. Nitekim Yargıtay'ın içtihatları ve uygulama da, bu durumda hâkim tarafından davalıya süre

---

13 Bu konuda bkz. **Bolayır**, s. 225-226; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1144; **Tanrıver**, s. 629.

14 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 140/5 hükmünün sadece belge delili için getirilmiş olduğunu, bu sebeple de tanık deliline maddede belirtilen süre sınırlamasına tâbi olmadan başvurulabileceğini içtihat etmekteydi. Bu sebeple Yargıtay 2. Hukuk Dairesi eski tarihli içtihatlarına göre, taraflar tahkikat aşamasında dahi, daha önce belirtmemiş olmalarına rağmen tanık deliline başvurabilirler, tanık listesi vererek tanık dinletebilirlerdi: "... Ön inceleme duruşmasında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 140/5. maddesi uyarınca davalı-karşı davacıya verilen kesin mehil, tanık delili dışında, belge niteliğindeki delillerle ilgilidir. Bu mehil, tanık bildirme hakkını düşürmez. Davacı -karşı davalı erkek, tahkikat aşamasında verdiği 16.07.2013 tarihli dilekçesinde tanıklarının isim ve adreslerini mahkemeye bildirmiştir. Mahkemece, davalı-karşı davacının gösterdiği tanıkların dinlenmesi için gerekli avansın usulünce istenmesi (HMK.m.324) avans yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, gösterdiği tanıkların usulünce çağrılıp dinlenmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Açıklanan yönde işlem yapılmadan, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." **2. HD, 16.12.2015, 23725/24134**. Oysa ki, tarafların dinlenecek tanıkların isim ve adreslerini yani tanık listesini sonradan ibraz edebilmeleri mümkünse de, bunun için davacı tarafın dava dilekçesinde ve davalı tarafın cevap dilekçesinde tanık deliline dayanmış olmaları gerekir (**Pekcanıtez,** Pekcanıtez Usûl, s. 1146).

15 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1238.

16 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1238; **Tanrıver**, s. 664.

verilmesi gerektiği yönünde gelişmiştir. Aşağıda inceleyeceğimiz Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarında *-inceleme konumuz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının verildiği 2016 yılına kadar-*, böyle bir durumda tahkikat aşamasında dahi, davalı tarafa süre verilebileceğinin kabul edilmekte olduğu tespit edilecektir.

Davalı taraf da, aynı davacı gibi cevap dilekçesinde gösterdiği ve kendi elinde bulunan belgelerin asıllarını ve davacı sayısından bir fazla sayıda örneğini veya sadece örneklerini cevap dilekçesine ekleyerek mahkemeye vermeli; başka yerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamalar yapmalıdır (HMK m. 129/2, 121) .Yine aynı dava dilekçesinde olduğu gibi davalı taraf, cevap dilekçesinde delil olarak dayandığı belgeleri göstermekle birlikte, bunları dilekçesinin ekinde mahkemeye ibraz etmemişse veya başka yerlerden getirtilecek belgeler hakkında gerekli açıklamayı yapmamışsa, bu durumda ön inceleme aşamasında davalı tarafa bu eksikliklerini tamamlayabilmesi için iki haftalık kesin süre verilecektir (HMK m. 140/5). Ancak burada da, davalıya ön inceleme aşamasında *-cevap dilekçesinde dayanmadığı- yeni bir delili gösterme hakkı tanınmamakta*, sadece cevap dilekçesinde gösterilen belgelerin ibrazı konusundaki eksiklikler tamamlanmaktadır.

Kısaca ve özetle, medenî yargılama sistemimizde *yazılı yargılama usûlünde*, deliller kural olarak dava ve cevap dilekçesi ile birlikte gösterilir ve ibraz edilir[17]. Kanunkoyucu, olabildiğince uyuşmazlığa ilişkin delillerin davanın başında açıklanmasını, belirlenmesini, hatta mümkün ise ibrazını (HMK m. 119, 129); ibraz edilemiyorsa da bu konuda tarafların bilgi vermesini (HMK m. 121) amaçlamıştır. Dolayısıyla kural, delillerin dilekçelerin teatisi aşamasında gösterilmesi ve ibrazıdır.

b. İstisna: Dilekçelerin Teatisi Aşamasından Sonra Delil Gösterilmesi

Delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusundaki genel kuralın, dilekçelerin teatisi aşaması olduğunu belirttik. Buna göre davacı dava dilekçesinde (HMK m. 119/1, f), davalı da cevap dilekçesinde (HMK m. 129/1, e) dayan-

---

[17] Bununla birlikte öğretide savunulan görüş, tarafların delil gösterme hakkının dava ve cevap dilekçesiyle birlikte değil, dilekçelerin değişimi aşamasının tamamlanmasına kadar geçerli olması gerektiği yönündedir. Zira taraflar replik ve düplik dilekçelerinde -*iddia ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağı henüz başlamadığından*- vakıaları değiştirip, genişletebileceğinden bu süreçte herhangi bir sınırlamaya da tâbi olmadan ispat hakkı gereğince delil gösterebilmelidirler. Bu konuda bkz. **Bolayır**, s. 227-228; **Erdönmez**, s. 22.

dığı vakıalara ilişkin delillerini göstermeli ve dayandıkları her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini tek tek somutlaştırmalıdır (HMK m. 193). Bu durumda, dilekçelerin teatisi aşamasında tarafların delillerini göstermeleri ve hatta mümkünse bu delilleri dilekçelerine de eklemiş olmaları gerekir. Dolayısıyla medenî yargılama sisteminde ispat hakkı ve delil sunma hakkı, sınırsız bir hak değildir[18]. Özellikle usûl ekonomisi ve teksif ilkesi gereğince delilleri yargılamaya getirme hakkının da birtakım sınırlamaları bulunur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu esası benimsediği için yine kural olarak *ön inceleme* ve *tahkikat* aşamasında *kural olarak* tarafların yeni delil göstermesi, yeni bir delile dayanması mümkün değildir[19]. Dolayısıyla ön inceleme aşamasında, herhangi bir koşul aranmaksızın yeni delil gösterilmesi söz konusu olamayacak; *ancak* önceden (dava ve cevap dilekçelerinde) gösterilen belgelerin ibrazı, mahkemeye sunulması için birtakım önlemler alınabilecektir[20]. Zira ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir (HMK m. 140/5). Kuraldan anlaşılacağı üzere bu aşamada toplanacak deliller, tarafların daha önce dilekçelerinde dayandıkları, ancak henüz mahkemeye ibraz edilmemiş olan *belge*lerdir[21]. Öğretide ve bazı Yargıtay içtihatlarında[22], bu maddenin

---

18 Oysa ki, aşağıda incelenecek olan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarında ispat ve delil sunma hakkının herhangi bir süre sınırlamasına tâbi olmadan kullanılabileceği yönünde hatalı bir izlenim oluşturulmaktadır. Anayasa'da güvence altına alınan temel hakların dahi sınırsız bir şekilde kullanılması mümkün değilken, yargılama sürecini yöneten, yönlendiren delil ikame etme ve ispat hakkının herhangi bir süre sınırlamasına tâbi olmaması -*hele ki açık HMK hükümlerine rağmen*- mümkün değildir.

19 **Özekes**, Muhammet: Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1291.

20 Bu konuda bkz. **Atalay**, Oğuz: Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1758; **Budak**, Ali Cem/**Karaslan**, Varol: Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 197; **Özekes**, Pekcanıtez Usûl, s. 1291; **Erdönmez**, s. 31-32; **Ulukapı**, Ömer/**Yardımcı**, Taner Emre: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı), C. 16, 2014, s. 488-489; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 891.

21 **Atalay**, Pekcanıtez Usûl, s. 1758. Öğretide bazı yazarlar, HMK m. 140/5 hükmünün sadece *belge* delili açısından değil, dilekçelerinde belirtmemiş olsalar dahi, tarafların ilk defa ön inceleme duruşmasında daha önce dayanmadıkları *tüm delillerin* ibrazını talep edebileceklerini kabul eder (bkz. **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 433; **Yılmaz**, s. 891). Buna karşılık öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, bu aşamada sadece tarafların daha önce dilekçelerinde gösterilen delil-

tanık dahil tüm deliller için uygulanabileceğini belirtilmektedir. Bununla birlikte maddenin lafzına bakıldığında, açıkça *belge* delilinden bahsedildiği görülmektedir[23].

İspat hakkının ve delil sunma hakkının süreyle sınırlandırılmış olmasının, *birinci istisnası*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinde düzenlenir[24]. Madde, öncelikle "Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler." şeklindeki düzenlemesi ile temel kuralı ortaya koymaktadır (HMK m. 145/1, 1. cümle). Ardından ise, iki istisnaî durumda tarafların sonradan delil göstermesine imkân tanımaktadır: (*i*) delilin sonradan ileri sürülmesi, yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya (*ii*) delilin, süresinde ileri sürülememesi tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, sonradan gösterilen delilin de kabul edilmesine mahkeme izin verebilecektir (HMK m. 145/1, 2. cümle)[25]. Burada sonradan ibraz edilmek istenen belgelerin, dava-

---

lerin ibrazı için söz konusu tedbirler alınacaktır. Aksi hâlde, kanunkoyucunun gerçeğin ortaya çıkarılması ve ispat hakkına yönelik menfaat ile usûl ekonomisine yönelik menfaati dengelemesindeki amaç anlamsız kalır. Kanun'un açık ifadesi de, bu şekilde bir yoruma engel niteliktedir (*bu konuda bkz*. **Bolayır**, s. 234-235; **Erdönmez**, s. 32-33; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 489).

Bununla birlikte Yargıtay, ön inceleme aşamasında uyuşmazlık konusu vakıaların tepsitiyle birlikte, tarafların daha önce dilekçelerinde göstermemiş olduğu tanık beyanlarına da başvurabilecekleri görüşünde idi. Bu konuda bkz. **2. HD, 3.7.2013, 6356/18904** (Kazancı İBB); **2. HD, 5.12.2012, 9119/29279** (Kazancı İBB). Hatta Yargıtay, bu kararlarında ön inceleme aşamasında henüz uyuşmazlık konusu vakıalar tespit edilmeden, tarafların dilekçeleri ile birlikte tanıkları bildirmesini beklemenin, tarafların ispat etme haklarını zedeleyeceği görüşünden yola çıkar (Öğretide benzer yönde görüş için bkz. **Erdönmez**, s. 24-25; **Yılmaz**, s. 1191).

22 **Umar**, s. 433; **Yılmaz**, s. 891. Yargıtay da HMK m. 140/5 hükmünün tanık dâhil tüm deliller için uygulanabileceğini içtihat etmekteydi. Bu konuda bkz. **2. HD, 5.12.2012, 9119/29279** (Kazancı İBB); **2. HD, 15.4.2013, 2012-25321/10648** (Kazancı İBB); **2. HD, 3.7.2013, 6356/18904** (Kazancı İBB); **2. HD, 11.12.2013, 16048/29319** (Kazancı İBB); **8. HD, 27.2.2015, 2014-21455/5326** (Kazancı İBB); **21. HD, 5.12.2012, 16743/22172** (Kazancı İBB).

23 **Erdönmez**, s. 31-33; **Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem: "Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler", (İBD), C. 85, S. 5, 2011, s. 16; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1326; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 489.

24 Bu konuda bkz. **Atalay**, Pekcanıtez Usûl, s. 1760.

25 Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere, HMK m. 145 hükmü tüm delil türleri için geçerlidir ve bu anlamda örneğin, sonradan tanık dinletilmesi talebinin de HMK m. 145 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir (bkz. **Yılmaz**, s. 906). Yargıtay da, bu madde hükmünün sadece *belgeler* için değil, *tanık delili* için uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **11. HD, 13.6.2014, 5534/11388** (Kazancı İBB).

nın başından beri tarafın hâkimiyet alanında bulunması ile sonradan elde edilmesi arasında, maddenin uygulama alanı bulması açısından fark bulunmadığı kabul edilir[26]. Bununla birlikte delilin sonradan gösterilmesi talebi, yargılamayı geciktirme amacı taşımasa veya karşı tarafın kusurundan kaynaklanmasa dahi, birtakım sınırlamalara tâbidir[27]. Örneğin, yeni delil gösterilmesi -*ve devamında ibrazı*- eğer yeni bir vakıanın yargılamaya getirilmesine sebep oluyorsa, bu durum iddianın ve savunmanın değiştirilmesi/genişletilmesi yasağına takılacaktır[28]. Kısacası, HMK m. 145 hükmü, dilekçelerin değişimi aşamasından sonra, tahkikat sona erinceye kadar tarafların daha önceden gösteremedikleri delilleri yargılamaya getirmelerine hizmet etmektedir. Bu yönüyle HMK m. 145 kuralı, yargılama prosedüründe *delile erişim hakkı, delil gösterme hakkı* ve dolayısıyla *ispat hakkının* önemli bir güvencesidir.

Delil sunma hakkının ve dolayısıyla delillerin dilekçelerin teatisi aşamasında gösterilmesinin *ikinci istisnası*, HMK m. 139 kuralıdır. Buna göre, ön inceleme duruşmasına karşı tarafın gelmemesi hâlinde diğer taraf, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan iddia ve savunmasını değiştirebilir veya genişletebilir. Bu durumda, duruşmaya gelmeyen tarafın, yapılan işleme itiraz hakkı bulunmamaktadır (HMK m. 139/1-2. cümle). Böylece söz konusu istisnaî hüküm gereğince, duruşmaya gelen tarafın, diğerinin yokluğunda yeni vakıalar ileri sürmesi mümkün olduğu gibi, yeni deliller de ortaya koyabilir[29].

Delil sunma hakkının ve dolayısıyla delillerin dilekçelerin teatisi aşamasında gösterilmesinin *üçüncü istisnası*, HMK m. 141 kuralıdır. Buna göre tahkikat aşamasında, taraflar karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluyla iddia ve savunmalarını değiştirdikleri veya genişlettikleri takdirde (HMK m. 141/2), o vakıaları ispatlamak için yeni delil gösterebileceklerdir[30]. Bu çerçevede

---

26 **Bolayır**, s. 239.

27 Maddede tarafların sonradan delil gösterme taleplerinin yargılamayı geciktirme amacı taşıması *veya* delilin, süresinde ileri sürülememesinin tarafın kusurundan kaynaklanmasına bağlanması karışıklıklara sebebiyet verebilecek nitelikte olduğu; maddenin revize edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Bolayır**, s. 239.

28 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1263; **Kaya**, Cemil/**Akcan**, Recep: "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", (İÜHFM), C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 132-133; **Ulukapı/Yardımcı**, s. 485.

29 Bu konuda ayrıca bkz. **Erdönmez**, s. 24; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 1319-1320.

30 **Bolayır**, s. 313, 317; **Erdönmez**, Güray: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi (1-2 Ekim 2012 İzmir), Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2012, (Delillerin İbrazı), s. 369.

taraflar dava ve cevap dilekçelerinde dayanmış olmasalar dahi belge sunabilecek, tanık gösterebilecek veya yemin teklif edebileceklerdir. Bu durumda ise, tarafların HMK m. 145'de öngörülen şartların varlığını ispatlamaları aranmayacaktır[31].

Kısaca ve sonuç olarak taraflar delillerini dilekçelerin değişimi aşamasında gösterirler, yani somut bir şekilde dilekçelerinde hangi delillere dayanacaklarını belirtirler. Dilekçelerin değişimi aşamasından sonra delil gösterilmesi ise üç istisnaî hükümle sınırlıdır. Bunlar yukarıda değinilen HMK 145, 139 ve 141. madde hükümleridir. Bununla birlikte öğretide ve birtakım Yargıtay içtihatlarında tanık delili açısından bir ayrım yapılmasının daha doğru olduğu benimsenmektedir. Bu görüşe göre tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte tanık listesi sunma hakkının bulunduğu belirtilmekle, bununla birlikte tarafların bunu ispat hakkına da en iyi şekilde hizmet etmesi için tahkikat aşamasında yapabilecekleri ifade edilmektedir[32]. Henüz dilekçelerin değişimi aşamasında taraflara tanık listesi ibraz etme zorunluluğunun yüklenmesinin ispat hakkını ihlâl edeceği belirtilmektedir. Nitekim -*aşağıda ortaya konulacağı üzere*- bu yönde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin de çok sayıda içtihadı bulunmaktadır. Aşağıda üzerinde duracağımız gibi, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadından sonra bu konuda da görüş değişikliğine gitmiştir. Yine de şimdiden belirtmekte fayda bulunur ki, kanaatimizce tarafların dava ve cevap dilekçelerinde tanık deliline hiç dayanmamış olması hâlinde, sonradan tanık listesi verme imkânı bulunmaz.

3. Delillerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi[33]

Deliller taraflarca dava ve cevap dilekçelerinde gösterilmek zorunda olmakla birlikte, ön inceleme aşamasında toplanır ve tahkikat aşamasında

---

31 **Erdönmez**, Delillerin İbrazı, s. 369.

32 Bu konuda bkz. **2. HD, 3.7.2013, 6356/18904** (UYAP BB); **2. HD, 5.12.2012, 9119/29279** (Kazancı İBB). Öğretide benzer yönde görüş için bkz. **Erdönmez**, s. 24-25; **Yılmaz**, s. 1191.

33 İnceleme konumuzu oluşturan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları, doğrudan delillerin gösterilmesi ve ibrazı konularına ilişkin olmakla birlikte; delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi açısından ayrı bir başlık açmamızın sebebi, delillere ilişkin bu süreçlerin -gösterme ile ibraz ve inceleme ile değerlendirme- birbirinden, şüphe götürmeyecek şekilde ayrılması gereğininin vurgulanması amacına yöneliktir. Zira zaman zaman gerek uygulamada gerekse yargı kararlarında tüm bu kavramların -delillerin gösterilmesi, delillerin ibrazı, delillerin incelenmesi ve delillerin değerlendirilmesi- birbiri yerine kullanıldığı tespit edilebilmektedir.

incelenip değerlendirilir[34]. Ön inceleme aşamasında kanunkoyucu, tahkikatın amacına uygun şekilde yürütülebilmesi, yargılamanın gereksiz yere uzamaması, dosyanın zamanında ve gereğince tekemmül edebilmesi, dava dosyasının içinde yer alacak belge ve bilgilerin mümkün olduğunca yer alması için düzenlemeler yapmıştır[35]. Böylece dava dosyasında tekemmül eden deliller çerçevesinde tahkikat aşamasında tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkların vakıaların incelenmesine geçilebilir. Bu yönüyle tahkikatta asıl yapılması gereken ispat ve delillere ilişkin işlemlerdir[36]. Bu çerçevede tanıklar tahkikat aşamasında dinlenir, yemin tahkikat aşamasında ettirilir, keşfe ve bilirkişiye yine tahkikat aşamasında başvurulur. Böylece tarafların kural olarak dilekçelerinde *gösterdikleri*, en geç ön inceleme aşamasında *ibraz ettikleri* deliller tahkikat aşamasında incelenip değerlendirilerek hüküm sürecine geçilir. Ancak tekrar hatırlatmak gerekir ki, bu aşamada söz konusu delillere başvurulması için öncelikle tarafların dava ve cevap dilekçelerinde hangi vakıaların hangi ispat araçlarıyla ispatlanacağını somutlaştırmaları gerekir. Yoksa önceden somutlaştırılmayan, gösterilmeyen bir delilin ilk defa tahkikat aşamasında taraflarca gösterilmesi ve bu çerçevede o delile başvurulması kural olarak mümkün değildir[37].

C. Yargıtay'ın Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı Konusundaki İçtihatlarının Gelişimi[38]

1. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Boşanma Davaları Açısından Konuya İlişkin Verdiği Önceki Tarihli İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana verdiği içtihatlarında HMK'da yer alan delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusundaki kuralları genellikle uygulamama eğilimi göstermiştir. İnceleme konusu somut olay bakımından da -*henüz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı verilmeden önce*- benzer şekilde, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi örneğin davacı tarafın dava dilekçesinde

---

34 İnceleme konumuzu oluşturan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bu gerekliliği kararında belirtmektedir: "Tahkikatın amacı, kural olarak delil toplamak değil, delilleri incelemek ve değerlendirmektir".

35 **Özekes**, Pekcanıtez Usûl, s. 1292.

36 **Özekes**, Pekcanıtez Usûl, s. 1333.

37 Bu kuralın istisnalarına -*HMK m. 139, 141 ve 145*- yukarıdaki açıklamalarda değinilmiştir.

38 Yargıtay kararlarında tırnak içerisinde *italik* yazılan yerler, yazarın vurgusudur.

hiç delil göstermemiş olması hâlinde, tahkikat aşamasında dahi delillerin gösterilmesinin mümkün olduğu yönünde içtihatta bulunmuştur. Hatta bundan sonraki başlık altında inceleneceği üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da boşanma davaları açısından benzer yönde içtihatlarda bulunmaktaydı. Bu durumda boşanma davası gibi birtakım dava türleri açısından HMK'da yer alan delillerin gösterilmesi, ibrazı sisteminin uygulanmayacağı yönünde son derece hatalı bir kanaat oluşmaktaydı. Bu durum hukuk sistemimizdeki içtihat birliğini bozduğu gibi, yargılama kurallarının keyfî şekilde uygulanabileceği; hatta "her hâkimin kendine özgü yargılama kuralları ihdâs edebileceği" şeklinde bir eğilim oluşturmaktaydı[39]. İnceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, tüm bu hukuka aykırı kararların ve uygulamanın önünde önemli bir emsal teşkil etmiştir. Bu sebeple, çalışmamızda bu içtihada kadarki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararlar da değerlendirilecektir ki, bu değerlendirme inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının önemini ve bu içtihada kadarki uygulamanın hukuka aykırılığını ortaya koyacaktır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, taraflardan delil göstermelerinin ancak ön inceleme aşamasında uyuşmazlık noktalarının belirlenmesinden sonra beklenebileceği ve bu sebeple de tahkikat aşamasına kadar tarafların yeni delil gösterebilecekleri ve sunabilecekleri yönünde çok sayıda içtihadı mevcuttur. Oysa ki, yukarıda da değinildiği üzere kural olarak ön inceleme ve tahkikat aşamalarında tarafların dilekçelerinde belirtmedikleri bir delili ilk defa göstermeleri mümkün olmayacaktır. Tarafların bu aşamada yeni delil göstermelerinin ancak istisnaî durumlar ve hükümler çerçevesinde mümkün kılındığı yukarıda incelendi. Buna rağmen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, yakın bir zamana kadar pek çok kararında tarafların tahkikat aşamasından önce uyuşmazlığa ilişkin delillerini gösterme zorunluluğu bulunmasını, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak değerlendirerek HMK sistemine zıt içtihatlar vermekteydi:

> "...Mahkemece ön inceleme duruşmasında davanın reddine karar verilmiştir. Tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli hususların ispatı için delil gösterilir. Çekişmeli hususlar ise ön inceleme de belirlenir. Bu hususlar saptanmadan davacıdan delil bildirmesi beklenemez. *Davacıya ön inceleme aşamasında delillerini bildirmesi için süre verilmemesi hukuki dinlenilme hakkını (HMK m. 27) zedeler. Öyleyse davacıya delillerini bildirmesi için süre verilmeli, gösterdiği takdirde toplanmalı ve tüm*

[39] Bu ifadeye sıkça, HMK'ya aykırı verilen Yargıtay kararlarının karşıoy gerekçelerinde yer verilmiştir. Örneğin bkz. **HGK, 22.1.2016, 2014-2-433/63** (UYAP BB).

deliller birlikte değerlendirilerek, hasıl olacak sonucuna göre karar verilmelidir. Bu husus nazara alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır. ...”[40]

“... Dava dilekçesi davalıya 26.11.2013 günü tebliğ edilmiş, davalı süresinde (HMK.m. 127/1) cevap vermemiş, 19.3.2014 günü verdiği dilekçeyle yetki itirazında bulunmuştur. 2.4.2014 tarihli dilekçesi ile de tanıklarını bildirmiştir. Davaya süresinde cevap vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkar etmiş sayılır. (HMK.m.l28) Bu böyle olmakla birlikte *süresinde davaya cevap vermemiş olan davalının dahi, kanunda belirtilen süre içinde olmak koşuluyla delil bildirme hakkı mevcuttur. Delil, çekişmeli hususların ispatı için gösterilir (HMK.m.187). Çekişmeli hususlar ise ön inceleme duruşmasında tespit edilir. (HMK. m. 140/1) Tarafların anlaştıkları ve ayrıştıkları hususlar tespit edilmeden delil göstermeleri beklenemez. Şu halde, taraflar kural olarak en geç tahkikatın başına kadar delil gösterebilir ve sunabilirler.*”[41].

---

40 **2. HD, 13.4.2016, 2015-26731/7488** (UYAP BB).

41 **2. HD, 20.02.2015, 2014-17528/2414** (UYAP BB). Benzer yönde bir başka karar için bkz. **2. HD, 28.03.2013, 2012-22296/8523** (UYAP BB). Bu kararda da Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, yukarıdaki esaslar çerçevesinde görüş bildirmiş; ardından yerel mahkeme direnme kararı vermiş; bunun üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin vermiş olduğu karar doğrultusunda yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda, karar oyçokluğu ile verilmiş ve karşıoy gerekçesinde haklı olarak şu değerlendirmelere yer verilmiştir: “...Tüm bu açıklamalar ışığında, somut olaya bakıldığında, davada ispat yükünün davacı tarafta olduğu, davalı yanın cevap dilekçesinde HMK’nın 191. maddesinde öngörüldüğü üzere ‘karşı ispat’ hakkı çerçevesinde herhangi bir delil bildirmediği, ön inceleme safhasına geçildikten sonra, gerekli olmadığı halde, delillerinin bildirilmesi için kendisine yapılan yazılı bildirime karşın gerek bu bildirimde verilen kesin sürede ve gerekse de ön inceleme duruşmasında hiçbir delil bildirme cihetine gitmediği anlaşılmakla, davanın, salt davacı yanca ikame edilen deliller incelenmek suretiyle karara bağlanmasında yasaya bir aykırılık söz konusu değildir. Bu nedenle, kararın değişik gerekçeyle bozulması yönündeki çoğunluk görüşüne katılamıyorum.” **HGK, 01.07.2015, 2014-2-20/1753** (Karşıoy görüşü; UYAP BB).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin aynı yönde başka kararları için bkz. “... Davacı ön inceleme duruşmasından önce delil listesini ibraz etmiş, davalı ise cevap süresi geçtikten sonra cevap ve delil listesi sunmuştur, ön inceleme duruşması yapılmış ve tarafların anlaşamadıkları hususlar tespit edilmiştir. Ön inceleme duruşması yapılmadan, tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar belirlenmeden, tarafların delil ve tanık listesi vermeleri beklenemez. Davalının bildirdiği delillerin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. ...” **2. HD, 26.09.2013, 8205/22078** (UYAP BB). Yine aynı yönde başka kararlar için bkz. **2. HD, 20.06.2013, 4386/17409** (UYAP BB); **2. HD, 05.12.2012, 9119/29279** (UYAP BB); **2. HD, 14.05.2013, 221/13674** (**Ateş**, Mustafa: HMK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, 1. Cilt, Yetkin Yayınları,

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin başka içtihatlarında benzer görüşünü, *tanık delili* açısından sıklıkla vurgulaması da dikkat çekicidir. Zira bu kararlar incelendiğinde, tanık delilinin ancak tahkikat aşamasında gösterilebileceği; taraflar tanık deliline dayanıyorsa, bunu dava ve cevap dilekçelerinde bildirmelerinin gerekli olmadığı yönünde bir eğilimin olduğu sonucuna varılabilmekteydi. Nitekim inceleme konusu kararda da, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararından, davacı tarafın dava dilekçesinde delillerini göstermemiş olmasının, ön inceleme ve hatta tahkikat aşamasında ilk defa tanık deliline dayanılmasına engel olmadığı yönünde bir sonuç çıkmaktadır. Bu yönde de çok sayıda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararına rastlamak mümkündür. Örneğin:

> "Dava, 27.07.2012 tarihinde açılmıştır. Mahkemece ön incelemenin duruşmalı yapılmasına ve davalıya delillerini bildirmesi için ihtar gönderilmesine karar verilmiş ve bu ihtar taraflara tebliğ edilmiştir. Davacı ön inceleme duruşmasından önce delil listesini ibraz etmiş, davalı ise cevap süresi geçtikten sonra cevap ve delil listesi sunmuştur, ön inceleme duruşması yapılmış ve tarafların anlaşamadıkları hususlar tespit edilmiştir. Davalı tarafından bildirilen tanıklar, süresinde bildirilmediği gerekçesiyle dinlenmesi talebinin reddine karar verilmiştir. Ön inceleme duruşması yapılmadan, tensiple taraflara, dilekçelerinde göstermiş oldukları ve belge niteliğindeki delilleri sunmaları veya bulundukları yerlerle ilgili açıklamada bulunmaları (HMK md. 140/5) için süre verilmesi bu anlamda sonuç doğurmaz. Öte yandan; delil, çekişmeli vakıaların ispatı için gösterilir (HMK md. 187/1). *Ön inceleme duruşması yapılmadan, tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar belirlenmeden, tarafların tanık listesi vermeleri de beklenemez. Bu sebeple süresinde cevap ve delil bildirmeyen davalının, davacının dava dilekçesinde dayandığı vakıaları inkar etmiş olacağına göre, ön inceleme duruşmasından önce bildirdiği tanıkların da bu doğrultuda dinlenmesi gerekirken,* eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."[42].

Ankara 2013, s. 771-772); **2. HD, 24.06.2013, 5419/17728** (**Ateş**, s. 774); **2. HD, 05.07.2013, 2012-18684/19014** (**Ateş**, s. 775).

42 **2. HD, 11.12.2013, 16048/29319** (UYAP BB). Kararın karşıoy görüşünde ise, konuyla ilgili şu değerlendirmeler yapılmıştır: "...Cevap vermemiş olan davalı, savunmasını herhangi bir vakıaya dayandırmış olamayacağı ve sadece davacının dayanağı vakıaların tamamını inkar etmiş durumuna düşeceğinden; bu durumdaki bir boşanma davasında, uyuşmazlık konusu artık davacının dayandığı vakıalar olacaktır. Böyle bir durumda; davalının savunması da buna bağlı olarak, ancak davacının dayandığı vakıaların gerçek olmadığına (çürütülme=karşı ispat) yönelik ispat faaliyeti ile sınırlı olacaktır. Yukarıda da açıklandığı gibi, uyuşmazlık konusu ön incelemede belirleneceğine göre; cevap vermeyen ve daha önce delil bildirmeyen davalının; sadece davanın inkarı ile sınırlı olarak ön inceleme aşamasının sonuna kadar ve duruma göre tahkikat aşamasında (HMK.md.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin aynı yönde bir başka kararı[43], sonradan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınmıştır. Kurul, bu dosyada HMK'ya aykırı şekilde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin buraya kadar belirttiğimiz yöndeki içtihatları ile aynı doğrultuda karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu içtihadı[44] da, hemen aşağıda incelenecektir.

2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2016 Yılında Konuya İlişkin Vermiş Olduğu Bazı İçtihatların Değerlendirilmesi ve Bu İçtihatların Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin İçtihatlarına Yansıması

a. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun İçtihatları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2016 yılında vermiş olduğu iki içtihatla yukarıdaki gelişime zıt bir görüş benimsemiş olduğunu göstermiştir. Bu kararlardan ilki 26.11.2016 tarihinde vermiş olduğu ve inceleme konumuzu

---

143-183) da delil bildirme ve bunların toplanmasını talep etme hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Buna karşılık açıklanan duruma düşmüş olan davalı; davacıya yönelik farklı bir vakıanın varlığını ileri süremeyecek ve bunun ispat faaliyetinde de bulunamayacaktır…" **2. HD, 11.12.2013, 16048/29319** (Karşıoy görüşü/UYAP BB).

Benzer yönde daha yeni tarihli bir başka karar için bkz. "... Davalının ön inceleme duruşmasında yaptığı delil bildirme talebi, davalının süresinde cevap dilekçesi sunmadığı gerekçesiyle reddedilmişse de, ön inceleme duruşması yapılıp tarafların üzerinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar belirlenmeden, taraflardan delillerin ibrazı beklenemez. Mahkemece taraflara delil ibrazı imkanı tanınması ve göstermeleri halinde tanıklarının dinlenilmesi ve gerçekleşecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekir. ..." **2. HD, 15.01.2015, 2014-16139/498** (UYAP BB).

Benzer yönde başka kararlar için bkz. **2. HD, 26.09.2013, 8511/22057** (UYAP BB); **2. HD, 28.06.2013, 5480/18157** (UYAP BB); **2. HD, 02.05.2013, 2012-19417/12323** (**Ateş**, s. 772).

43 "... Tarafların, dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları 'belge' niteliğindeki delillerini sunmaları için ön inceleme duruşmasında iki haftalık kesin süre verilmesi yasal olarak mümkün iken, uyuştukları ve ayrıştıkları hususlar henüz belirlenmeden tarafların, ön inceleme duruşmasından önce davanın daha başında (tensiple) 'tanık bildirmelerini' beklemek doğru olmadığı gibi, bu yönde tensiple kesin mehil verilse bile, bu hukuki sonuç doğurmaz. Çünkü delil çekişmeli vakıalar için gösterilir. Taraflar arasındaki çekişmeli hususlar ise ön inceleme duruşmasında belirlenir. Tahkikat tespit edilen çekişmeli hususların çözümü için yürütülür. O halde davalıya tanıklarını göstermesi için süre verilmeli, gösterdiği takdirde, tanıkları savunması çerçevesinde dinlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucu uyarınca karar verilmelidir. …" **2. HD, 3.7.2013, 6356/18904** (UYAP BB).

44 **HGK, 22.1.2016, 2014-2-433/63** (UYAP BB).

oluşturan içtihattır. İkincisi ise, bu kararından önce 20.4.2016 tarihinde vermiş olduğu benzer yöndeki içtihattır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.11.2016 tarihli içtihadında dava dilekçesinde hiç delil bildirmemiş davacının, ön inceleme aşamasında tanık dinletme talebinde bulunması; 20.4.2016 tarihli içtihadında ise, süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalının sonradan delil sunma talebinde bulunması Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca değerlendirilmiştir. Her iki kararda uyuşmazlık konuları farklılık arzetse de, bu içtihatlar Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin boşanma davalarında delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusunda görüş değişikliğine gitmesine sebep olmuştur.

İnceleme konusu yapılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.11.2016 tarihli kararına yukarıda yer verilmiştir. Önemli tespitleri içermesi ve konuyla ilgili içtihat değişikliğini başlatan önemli bir karar olması sebebiyle 20.04.2016 tarihli kararın da konumuzla ilgili önemli yönlerine yer vermek isteriz:

> "... Görüldüğü üzere, 6100 sayılı HMK'nın sistematiği içinde; tahkikat aşamasına geçilmezden evvel tarafların uyuşmazlık konularının ve bu uyuşmazlıkların çözümü için ileri sürdükleri delillerin daha işin en başında belirlenerek tahkikatın etkin bir şekilde yapılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan hususların özetlenmesi gerekirse; AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılamanın etkin ve makul bir süre içinde bitirilmesi için 6100 sayılı HMK'da düzenlemelere yer verilmiş olup, bu bağlamda delil gösterilmesi dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredilmiştir. Tarafların, Kanunda belirtilen bu sürelerden sonra delil gösterebilmeleri ancak iki yasa maddesinde belirtilen hallerle sınırlıdır. Onlar da; iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesini düzenleyen 141. madde ile sonradan delil gösterilmesinin hüküm altına alındığı 145. maddedeki durumlardır. *Bu açıklamalar ışında somut olay incelendiğinde; davalının cevap dilekçesi vermediği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır.* Dava dilekçesinin usule uygun ihtar içerir şekilde tebliğinden sonra iki haftalık süre içerisinde delillerini bildirmeyen davalının sonradan delil gösterebilmesi için HMK'nın 145. maddesinde belirtilen istisnai hallerin mevcudiyeti de somut olayda ileri sürülmüş değildir. İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesini düzenleyen 141. madde koşulları da oluşmamıştır. Kaldı ki *somut olayda davalı, cevap ve delil bildirmek için mehil talebini 18.09.2012 tarihli ön inceleme duruşmasından sonra tahkikat aşamasında 02.11.2012 tarihli duruşmada ileri sürmüştür. Bu durumda; dava dilekçesinin davalıya 31.05.2012 tarihinde usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesinden sonra süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmediğinden savunmanın dayanağı olarak süresinde ileri sürülen bir delil (HMK. m. 129/1-e) bulunmadığından yerel mahkemenin davalıya delil göstermesi için süre vermesine*

> *yasal olarak imkân bulunmadığının kabulü gerekir*. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce, dava dilekçesindeki talepler arasında müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesi isteminin de bulunduğu, kamu düzenine ilişkin bu talep nedeniyle davalı delillerinin toplanmasına imkân tanınmasının gerektiği ifade edilmiş, bir kısım üyeler tarafından ise; süresinde davaya cevap vermeyen davalının, diğer tarafın kusurlu olduğuna yönelik bir vakıa ileri süremez ise de, kötüye kullanılmadıkça onun ileri sürdüğü vakıaları çürütmeye yönelik delil bildirebileceği, aksinin kabulünün, cevap süresini kaçırmış veya davaya süresinde cevap vermemiş olan davalıya savunmasını ispat etme hakkını tanımamak olacağı, bunun ise hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldıracağı belirtilmiş, bazı üyelerce de; uyuşmazlık ön inceleme duruşmasında belirlendiği için tarafların delillerini göstermeleri gereken (son) tarihin, dava veya cevap dilekçesi değil, hakimin HMK'nın l40/5. madde hükmü uyarınca taraflara vereceği iki haftalık kesin sürenin son günü olduğu ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğunca bu görüşler yukarıda açıklanan gerekçelerle kabul edilmemiştir. Hal böyle olunca; süresinde cevap dilekçesi vermeyerek delillerini bildirmeyen davalı tarafın yasal süre geçtikten sonra delil bildirme talebinin reddinin gerektiğine ilişkin olarak verilen Yerel Mahkeme direnme kararı yerindedir..."[45].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.4.2016 tarihli bu kararı, inceleme konusu yaptığımız 26.11.2016 tarihli karardan önemli bir nokta açısından farklıdır. Zira 20.4.2016 tarihli kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, *süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalının sonradan delil gösteremeyeceğini* karara bağlamıştır. Gerçekten de cevap dilekçesi vermemenin davalı açısından en önemli sonucu, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların inkârı sonucunun doğmasıdır (HMK m. 128). Bu durumda davalının yeni vakıa ileri sürmesi mümkün olmamakla birlikte, ancak inkâr kapsamında[46] delil gösterebileceği kabul edilmektedir[47]. Ancak bu talebin de şüphesiz ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 145'e aykırılık teşkil etmemesi, yani tarafın bu talebinde kötüniyetli olmaması veya yargılamayı geciktirme amacı taşımaması gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu içtihadının ardından ise, artık süresinde cevap dilekçesi vermeyen davalıya *sonradan delil göstermesi için ek süre verilmesi* mümkün görünme-

---

45 **HGK, 20.4.2016, 2014-695/522** (UYAP BB).

46 Yargıtay buradaki inkârın kapsamını oldukça geniş yorumlama eğilimi göstererek *borcu söndüren belgelerin* bu kapsamda ve hatta yargılamanın her aşamasında dikkate alınabileceği görüşündedir. Özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yöndeki içtihatlarına aşağıda kısaca değinilecektir.

47 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 338; Kuru, s. 187; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s. 1206-1207; **Tanrıver**, s. 659; **Umar**, s. 411; **Yılmaz**, s. 859.

mektedir[48]. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararının ardından Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de içtihat değişikliğine giderek boşanma davalarında, cevap dilekçesi vermeyen davalıya delillerini göstermesi için ek süre verilemeyeceğini kabul etmektedir[49].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun *-inceleme konusu yapılan-* 26.11.2016 ve 20.04.2016 tarihli içtihatları, boşanma davalarında da HMK'nın delillerin gösterilmesine ve ibrazına ilişkin kuralların uygulanması gerektiği konusunda önemli bir içtihat değişikliğini yansıtmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu görüşünü sadece boşanma davaları açısından değiştirmemiş; başka kararlarda da, 2016 yılından itibaren benzer yönde kararlar vermeye başlamıştır. Örneğin menfî tespit davasını konu alan ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin ardından dava dosyası Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınan bir davada benzer yönde karar verilmiştir[50].

Şunu da belirtmek gerekir ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihat değişikliğine gittiği 20.4.2016 tarihli kararından henüz üç ay önce 22.1.2016 tarihinde verdiği bir kararda, HMK'nın delillerin toplanması ve gösterilmesine ilişkin kurallarının boşanma davalarında uygulanmayacağını belirterek, oldukça zıt yönde içtihatta bulunduğu tespit edilebilir[51]. Nitekim bu

---

48 Söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının ardından Yargıtay'ın bazı daireleri yine de, davalının inkâr kapsamında delil sunabileceği görüşündedir. Örneğin bkz. **9. HD, 2.11.2017, 2016-27458/17244** (Kazancı İBB). Bununla birlikte Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin davalı tarafın kötüniyetle olmaması durumunda, cevap dilekçesi sunmayan davalının inkâr kapsamında delil gösterebileceğini kabul eden kararlar mevcuttur. Örneğin **2. HD, 16.1.2017, 2016-24725/351** (Kazancı İBB); **2. HD, 28.6.2016, 12757/ 12447** (Kazancı İBB).

49 **Gençcan**, Ömer Uğur: Son İçtihatlara Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 354. Bu yöndeki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararları için bkz. **2. HD, 1.6.2017, 2222/6716** (**Gençcan,** s. 354-355); **2. HD, 16.3.2017, 2015-23498/2865** (**Gençcan**, s. 355); **2. HD, 15.6.2017, 2016-19615/7526** (**Gençcan**, s. 355-356).

50 **HGK, 20.04.2016, 2014-13-856/523** (UYAP BB).

51 "*... Mahkemece, tarafların henüz uyuştukları ve ayrıştıkları hususlar belirlenmeden tensip ile birlikte kesin süre verilerek tanıkların bildirilmesinin evliliği sonlandıran ve istenmesi kamu düzenini ilgilendiren boşanmaya dair 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 184. ve 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 7. maddesinde düzenlenen usul kuralları ve özellikle Anayasanın 41. maddesinde yer verilen amaç gözetildiğinde doğru olmadığı gibi tensip tutanağı ile verilen kesin süreye rağmen tanıklarını bildirmeyen davacı tanıklarının dinlenmesine*

kararın karşı oy gerekçelerinde de, boşanma davalarında HMK'nın belirlemiş olduğu delillerin gösterilmesi ve sunulması konusundaki kurallardan ayrılmayı gerektiren herhangi bir durum olmadığı belirtilerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına katılmaya imkân olmadığı, aksinin kabulünün "*her hâkimin ayrı bir usul icat etmesi*" olacağı belirtilmiştir[52].

b. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Benimsediği İçtihat Değişikliği

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2016 yılının ikinci yarısında benimsediği içtihat değişikliğinin ardından, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de, boşanma davalarında delillerin gösterilmesi ve ibrazı için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140 ilâ 145. maddeleri arasına riayet edilmesi gerektiği

---

karar verilmesine karşın davalı tanıklarının bildirilmesi isteminin reddine karar verilmesi silahların eşitliği ilkesi gereğince de doğru bulunmamıştır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, delil gösterme ve sunma zamanı ile ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunundan ayrılmayı gerektiren boşanma davalarına özgü bir boşluktan sözedilemeyeceği yönünde görüş bildirilmiş ise de bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir." **HGK, 22.1.2016, 2014-2-433/63** (UYAP BB).

52 "... 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 'Boşanmada yargılama usulü' başlıklı TMK. m. 184'te 'Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir' denildikten sonra boşanma davalarına özgü alt usul kuralına yer verilmiştir. *Belirtilen istisnai kurallar arasında delillerin gösterilme ve sunulma zamanı ile ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilkelerinden ayrılmayı gerektiren bir düzenleme bulunmamaktadır.*

Boşanma davaları devam ederken iddia ve savunmayı genişletme yasağı çerçevesinde yeni vakıaların ileri sürülebilmesine imkân veren uygulamalar dahi HMK.nın öngördüğü ilkelerin dışına çıkılmasını gerektirmez. Yeni vakıalar için delil gösterilmesine izin verilebilirse de somut olayda yeni bir vakıanın varlığı da ileri sürülmüş değildir. Dava tarihinden önceki vakıalar için süresinde gösterilmeyen delillin dikkate alınması ancak HMK. m. 145 şartlarında mümkündür.

Delil gösterme ve sunma zamanı ile ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri ayrıntılı olup, bu konuda bir boşluktan da söze edilemez. Belirtmek gerekir ki, Anayasamızın 142. maddesinde mahkemelerin yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmekle, hâkime bu hususta inisiyatif bırakılmak istenmemiş; her hâkimin ayrı bir usul icat etmesinin önüne geçilmek istenmiş, adeta 'oyunun kuralı önceden belli olmalı' denilmiştir. Kanunun açıkça izin vermediği durumlarda usul kuralları değiştirilemez.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle mahkemenin direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu, direnme kararının onanması gerektiği kanaati ile Sayın Çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne katılamıyorum." **HGK, 22.1.2016, 2014-2-433/63** (Karşıoy görüşü; UYAP BB).

yönünde içtihatlar vermeye başlamıştır[53, 54]. Hatta inceleme konusu yaptığımız kararda olduğunun aksine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi davacının dava dilekçesinde veya davalının cevap dilekçesinde tanık deliline dayanmamış olması halinde, ön inceleme aşamasında verilen sürenin herhangi bir sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir[55]. Benzer şekilde Özel Daire tarafından, davacının dava dilekçesinde hiçbir delile dayanmaması halinde, mahkemece ön inceleme duruşmasında davacıya delillerini bildirmesi için süre verilemeyeceği ve bu aşamadan sonra sunulan deliller toplanarak hüküm kurula-

---

53 Bu konuda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin görüşü için bkz. **Gençcan,** s. 95. Oysa ki, bu tarihten önce HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin HMK hükümlerine uygun olarak verdiği sadece bir kararına tarafımızca ulaşılabilmiştir. Nitekim aksi yöndeki kararları *-yukarıda ayrı bir başlık altında incelediğimiz üzere-* oldukça fazla sayıdadır. İstisnaî nitelikteki bu karar için bkz. "... Eşler birbirine sadık kalmak zorundadırlar (TMK. md. 185/3). Bir boşanma davasının açılması durumunda eşlerin sadakat yükümlülüğü elbette ortadan kalkmaz. Bunun aksi de düşünülemez. Nitekim boşanma davasının açılmasıyla eşler arasındaki cinsel sadakat yükümlülüğünün 'kalktığına' ve dava tarihinden sonra gerçekleşen sonraki cinsel sadakate aykırı davranışların 'yeni bir dava' konusu yapılamayacağına ilişkin bugüne kadar alınmış hiçbir Yargıtay kararı da bulunmamakladır. *Boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü Türk Medeni Kanununun 184 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile emredici olarak düzenlenmiş olduğundan eşlerin sadakat yükümlülüğünün evlilik süresince geçerli olmasına ilişkin 'maddi hukuk kuralı' Taraflara ön inceleme aşaması tamamlanıncaya kadar usulüne uygun şekilde dayanılmayan vakıalara dayanma ve bu vakıalara ilişkin delil sunma hakkını vermez…*" **2. HD, 15.9.2015, 1895/15882** (UYAP BB).

54 Hatta benzer tutum kısmen de olsa, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararlarına da sirayet etmiştir: "Davalı dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde cevap dilekçesini sunmadığı gibi delillerini de bildirmemiştir. Ayrıca davalının cevap süresinin uzatılması noktasında bir talebi de bulunmamaktadır. Davalı cevap dilekçesi ve delillerini iki haftalık süre geçtikten sonra 24.02.2016 tarihinde bildirmiştir. Davacının süresinde sunulmayan delillere karşı açık bir muvafakati bulunmamaktadır. Süresinde cevap verilmemesinin hükmü 6100 Sayılı HMK'nın 322/1 ve 128. maddeleri uyarınca davanın reddinin talep edildiği anlamına gelmekle birlikte hakkı ortadan kaldırır nitelikte ödeme belgeleri dışında süresinde verilmeyen ve davacı tarafın açık muvafakati bulunmayan delillerin dikkate alınmaması gerekir." **9. HD, 2.11.2017, 2016-27458/17244** (UYAP BB).

55 Dava dilekçesi açısından bkz. **Gençcan**, s. 95; cevap dilekçesi açısından bkz. **Gençcan**, s. 349. Dava dilekçesi bakımından bu yönde kararlar için bkz. **2. HD, 30.5.2017, 2016-17735/6450** (**Gençcan**, s. 96-97); **2. HD, 14.6.2017, 2016-2108/7485** (**Gençcan**, s. 97). Cevap dilekçesi bakımından bu yönde kararlar için bkz. **2. HD, 3.7.2017, 2016-2722/8176** (**Gençcan**, s. 349-350); **2. HD, 1.6.2017, 2016-14272/6642** (**Gençcan**, s. 350).

mayacağı kabul edilmektedir[56]. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, çoğu kararında da yukarıda üzerinde durduğumuz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.4.2016 tarihli kararına atıfta bulunulmaktadır.

> "... Dava dilekçesi davalı erkeğe 05.03.2015 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı cevap dilekçesi sunmamış, tarafların katıldıkları 26.05.2015 tarihli ön inceleme duruşmasında davacı kadına 'tanık deliline dayanmış olmakla, tanık isim ve adreslerini yazılı olarak iki hafta içerisinde bildirmesi' yönünde süre verilmiş ve davacının iki haftalık kesin süre geçtikten sonra 20.08.2015 tarihli dilekçesinde bildirdiği tanıklar dinlenerek davanın kabulüyle tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Davacı kadın dava dilekçesinde boşanma sebebi olarak ileri sürdüğü vakıaları bildirdikten sonra bu vakıaları hangi delille ispatlayacağını belirtmemiştir. *Davacı kadın dava dilekçesinde tanık deliline dayanmadığına göre, dayanılmayan delilin bildirilmesi için ön inceleme aşamasında verilen süre sonuç doğurmaz ve davacının süresinde bildirmediği tanıklarının beyanları kusur belirlemesinde dikkate alınamaz* (HGK 20.04.2016 tarih 2014/695 ve 2016/522 karar sayılı kararı). Gerçekleşen bu durum karşısında mahkemece; yukarda açıklanan sebeplerle davalıya yüklenecek kusurlu bir davranış ispatlanamadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiği halde, boşanma davasının kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."[57].

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, benzer şekilde başka bir kararında davacının, dava dilekçesinde tanık deliline dayanmadığını, dayanılmayan delilin bildirilmesi için ön inceleme aşamasında verilen sürenin sonuç doğurmayacağını, davacının süresinde bildirmediği tanık beyanlarının kusurun belirlemesinde dikkate alınamayacağını belirterek hükmünü kurmuştur[58]. Yine başka bir kararda, ön inceleme aşamasında ancak karşı tarafın açık muvafakati (veya ön inceleme duruşmasına taraflardan birisinin mazeretsiz gelmemesi) durumunda iddia veya savunmaların genişletilmesi yahut değiştirilmesi kabul edildiği; dava dilekçesinin davalıya usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesinden sonra süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmediğinden savunmanın dayanağı olarak süresinde ileri sürülen bir delilin (HMK m.129/1-e) bulunmadığı, yerel mahkemenin davalıya delil gösterilmesi için süre vermesine yasal olarak imkân bulunmadığını belirterek hükmünü kurmuş-

---

56 **Gençcan**, s. 97. Bu yönde kararlar için bkz. **2. HD, 12.7.2017, 2016-2716/8920** (**Gençcan**, s. 97); **2. HD, 19.6.2017, 2016-2260/7774** (**Gençcan**, s. 98); **2. HD, 11.7.2017, 2016-25343/8848** (**Gençcan**, s. 98); **2. HD, 11.9.2017, 2016-3964/9132** (**Gençcan**, s. 99); **2. HD, 31.5.2017, 2016-1258/6559** (**Gençcan**, s. 99).

57 **2. HD, 17.1.2017, 2016-6862/557** (UYAP BB).

58 **2. HD, 6.3.2017, 2015-22731/2305** (UYAP BB).

tur[59]. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin aynı yönde verdiği başka kararları da mevcuttur[60].

Kısaca ve özetle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihat değişikliğinin ardından artık Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de, tartışmasız bir şekilde HMK'da delillerin gösterilmesi, ibrazı ve sunulması konusunda benimsenen kurallara uyumlu kararlar vermektedir. Dolayısıyla davacının dava dilekçesinde, davalının da cevap dilekçesinde göstermediği delilleri sonradan göstermesi, ibraz etmesi Yargıtay'ca kabul edilmemektedir.

3. Yargıtay'ın Boşanma Davalarında Temyiz Aşamasında Yeni Delil İbraz Edilmesine İlişkin İçtihatlarının Değerlendirilmesi

a. Temyiz Aşamasında Yeni Delil İbraz Edilip Edilemeyeceği Sorunu[61]

Delillerin gösterilme zamanı ile ilgili yaşanan önemli sorunlardan biri de, temyiz aşamasında elde edilen bir belge veya bilginin delil olarak Yargıtay aşamasında dosyaya ibrazıdır[62]. Öncelikle belirtmek gerekir ki,

---

59 **2. HD, 27.4.2017, 2016-21427/4956** (UYAP BB).

60 **2. HD, 18.4.2017, 2015-26881/4579** (UYAP BB). **2. HD, 14.6.2017, 2016-2108/7485** (UYAP BB). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin benzer yönde yeni tarihli başka içtihatları için bkz. **2. HD, 1.3.2017, 2015-23111/2131** (**Gençcan**, s. 95).

61 Bu başlığımız kapsamında sorunun, aynı zamanda istinaf kanunyolu bakımından da değerlendirilmesi gereği tartışılabilir. Kanunkoyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinde Bölge Adliye Mahkemesi'nde yapılamayacak işler kapsamında "yeni delil gösterilememesi"ni açıkça belirtmiştir. Bu hüküm karşısında, yerel mahkemede dayanılmayan bir delilin ilk defa istinaf kanun yolunda ileri sürülmesi mümkün değildir. Hatta bu hüküm, birazdan ortaya koyacağımız *temyiz aşamasında yeni delil ibraz edilememesi gerektiği* yönündeki görüşümüzü de destekler mahiyettedir. Zira yerel mahkemede dayanılmayan bir delil, istinaf kanun yolunda ilk defa yargılamaya getirilemiyorsa, evleviyetle yerel mahkemede dayanılmayan bir delilin ilk defa temyiz aşamasında yargılamaya getirilmesi de -*temyiz açısından, istinafta olduğu gibi açık bir hüküm bulunmamasına rağmen*- mümkün değildir. Bununla birlikte açık kanunî düzenlemeye -HMK m. 357- rağmen, uygulamada istinaf aşamasında Bölge Adliye Mahkemelerinin yerel mahkemede dayanılmayan bir delilin, ilk defa istinaf aşamasında dayanılmasına imkân verip vermediğini gösteren Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına rastlanamadığından, bu konu için ayrı bir başlık açılması tercih edilmemiştir.

62 Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının eleştirisi hakkında bkz. **Bolayır**, Nur: "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2012, (Yeni Delil Gösterilmesi), s. 141-143.

delillerle ilgili her türlü kararı verecek mahkeme *hüküm mahkemesi,* yani *yerel mahkemedir*[63]. Yargıtay zaman zaman temyiz incelemesinin *sadece hukuka uygunluk* denetimi yapması gerektiği ilkesine ve kuralına uygun kararlar vermemekteyse de, delillerle ilgili her türlü kararı verecek mahkeme, hüküm mahkemeleridir. Bu durumda, Yargıtay'ın dosyaya yeni delil ibrazına izin verme konusunda -HMK m. 145 veya başka bir düzenleme çerçevesinde- yetkiye sahip olmadığı aşikârdır. Dolayısıyla tarafların temyiz incelemesinde yeni bir delil ileri sürmesi ve Yargıtay'ın, bu delili kabul edip etmeme konusunda kendisini yetkili görmesi medenî yargılamanın pek çok kuralına, ilkesine aykırıdır[64]. Bu yönüyle temyiz aşamasında hüküm veren mahkemenin değil, Yargıtay'ın yeni delil gösterilmesine izin vermesi en başta *doğrudanlık ilkesine, hukukî dinlenilme hakkına, eşit silâhlarla yargılanma hakkına, âdil şekilde delil sunma hakkına* ve *ispat hakkına* aykırılık oluşturur.

Bu soruna, çalışmamız içerisinde ayrıca bir başlık açılmasının sebebi, Yargıtay'ın bu konuda da bir içtihat değişikliğine gitme yönünde eğiliminin tespit edilmiş olmasıdır. Zira Yargıtay uzun yıllardır temyiz aşamasında ilk defa ileri sürülen bir delili bozma/onama kararına temel alabiliyordu. Son zamanlardaki bazı içtihatlarında ise bu yönde de, bir değişikliğe gidildiği gözlemlenebilir. Bu konudaki değişim ve inceleme konusu yaptığımız Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları, her birlikte değerlendirildiğinde HMK'daki delillerin gösterilmesi ve ibrazı kurallarına uyumlu içtihatlar verilmesi yönünde bir eğilimi olduğu dahi söylenebilir.

Ancak Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının tam anlamıyla istikrar kazandığını ifade etmek güçtür. Zira hem Yargıtay ihtisas daireleri hem de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, henüz bu yönde tam bir yol ayrımına girmemiştir. Aşağıda Yargıtay'ın özellikle boşanma davalarındaki -*temyiz aşamasında yeni delil ibrazının mümkün olup olmadığı*- içtihadlarının gelişimine yer verilecektir.

b. Temyiz Aşamasında Yeni Delil İbraz Edilebileceği Yönündeki İçtihatları

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da uzun zamandır verdiği içtihatlarda boşanma davalarında, tarafların temyiz aşamasında ilk defa bir delili dava dosyasına eklemelerini hukuka uygun bulmak-

---

63 **Bolayır**, s. 304.

64 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır**, s. 304-310.

tadır. Oysa, yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere tarafların değil temyiz aşaması, ön inceleme ve tahkikat aşamalarında dahi dilekçelerinde belirtmedikleri bir delili, yerel mahkemede bulunan dava dosyasına getirmeleri *kural olarak* mümkün değildir. Kaldı ki, bir delili değerlendirme yetkisi kural olarak ancak hüküm mahkemelerine, yani yerel mahkemelere aittir[65]. Bu sebeple hukukî denetim yapmakla yükümlü olan Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında dosyaya sunulan bir delili dikkate alması mümkün olmamalıdır[66]. Nitekim Yargıtay'ın bu yönde verdiği içtihatları öğretide de eleştirilmektedir[67]. Yerel mahkemede hükmün verilmesinden sonra yaşanan vakıalar dahi temyiz sebebi olarak ileri sürülemeyeceği gibi, yine ister bu yeni vakıalar isterse dava dosyasında bulunan vakıalar hakkında önceden gösterilip sunulmayan deliller, ilk defa Yargıtay incelemesinde dosyaya eklenemez[68].

Aşağıda da, öncelikle Yargıtay'ın bu yönde kökleşmiş içtihatlarına yer verilecektir. Bu içtihatlar değerlendirilirken, genellikle karar metinlerinde çok açık bir şekilde dosyaya temyiz aşamasında eklenen yeni delile dayanarak bozma/onama kararlarının verilmiş olduğu ilk bakışta fark edilmeyebilir. Ancak konuyla ilgili ulaşılabilen ve aşağıda yer verilecek olan bu kararlara bakıldığında, çoğunlukla konuya ilişkin muhalefet şerhleri verildiği görülecektir. Bu yönden muhalefet şerhlerindeki görüşler konumuz açısından son derece önemli tespit ve değerlendirmeler içerir. Bu kararlar incelendikten sonra, yine Yargıtay'ın aksi yöndeki içtihatları da ayrı bir başlıkta incelenecektir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin boşanma davalarında HMK'daki delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusundaki sistemi ilke olarak benimsememesinin bir sonucu, -*aşağıda görüleceği üzere*- birçok kararında temyiz aşamasında bir delilin ilk defa yargılamaya getirilmesini hukuka uygun bulmasıydı. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, sadakatsizlik iddiasına ilişkin olarak davalı kadın tarafından, davacı kocanın sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığını gösteren fotoğraf ve internet çıktılarının ilk defa temyiz aşamasında dava dosyasına sunulmasına imkân vermiş ve bu sebeple yerel mahke-

---

65 **Bolayır**, s. 304-305.

66 Temyiz aşamasında Yargıtay incelemesinde dosyaya yeni delil eklenemeyeceği konusunda bkz. **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 2277. Yargıtay'ın, temyizde hukukî denetim yapma fonksiyonu hakkında bkz. **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 2276-2277.

67 **Bolayır**, Yeni Delil Gösterilmesi, s. 141-143; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 2277.

68 **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usûl, s. 2277.

menin kararını bozmuştur[69]. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bir başka kararında yine sadakatsizlik vakıasının sonradan ve özellikle hüküm aşamasında ortaya çıkmasının mutlaka üst derece mahkeme tarafından dahi dikkate alınması gereken bir durum olduğunu "... *Eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı, boşanma davasının açılmasından sonra meydana gelmiş olsa bile, bu hususun diğer eş tarafından iddiadan ibaret kalmayacak şekilde delillendirilmesi durumunda, mahkemece bu iddianın davayı etkileyen önemli bir hadise olduğu kabul edilerek üzerinde durulması gerekir.*" şeklindeki ifadesi ile somutlaştırmış ve temyiz aşamasında yeni delil ibrazına imkân vermiş; bu durumda da yerel mahkemece "*sonradan sunulan delillerin bu çerçevede incelenerek bu konuda hakimin davayı aydınlatma ödevi (HMK md. 31) gereğince taraflardan açıklama istenilmesi*" gerektiği belirtilerek yerel mahkemenin kararı bozulmuştur[70]. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bir başka kararında daha aynı gerekçelere dayanarak yine sadakatsizlik iddiasına bir tarafın, eşine ait olduğu iddia edilen birtakım fotoğraflarının temyiz aşamasında ibraz edilmesine imkân vermiştir[71]. Bir başka kararda daha, sadakatsizlik iddiasının dikkate alınarak boşanma davasının açılma-

---

69 **2. HD, 20.12.2011, 1703/22889** (UYAP BB).

70 **2. HD, 25.12.2012, 14933/31578** (UYAP BB). Kararın karşı oy gerekçesinde temyiz aşamasında yeni delil ibraz edilmesi üzerine Yargıtay 2. Dairesi'nin bu yönde karar vermesi de sert bir şekilde eleştirilmiştir: "Yerel mahkeme boşanma davasından ELİNİ ÇEKTİKTEN SONRA temyiz aşamasında davalı tarafından temyiz dilekçesine fotoğraflar eklenerek Yargıtay'a gönderilmiştir. Değerli çoğunluk bu fotoğrafları incelemiş ve temyiz aşamasında sunulan bu YENİ DELİLLERE bakarak bozma kararı vermiştir. Bozma kararında bir usul hukuku normuna atıf yapamayan Yargıtay 'Boşanma davalarında hakim işten elini çektikten sonra temyiz aşamasında delil sunulabilir.' şeklinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Medeni Kanununun 184. maddesi hükmünde yer almayan bir USUL KURALI ihdas etmiştir. Kanun koyucu böyle düşünseydi Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Medeni Kanununun 184. maddesi hükmü ile istisna getirebilirdi. Oysa Kanun koyucu böyle olmasını istememektedir. Yerel mahkeme hakiminden 'OLMAYAN BİR USUL KURALINI uygulamasını istemek aynı zamanda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesi hükmünü yok saymak anlamına da gelir. Yargıtay'ın bozma kararında yazdığı gibi DELİL SUNMA SINIRINI boşanma hükmünün KESİNLEŞMESİ TARİHİNE kadar çekmesi ise boşanma davalarında SONSUZ SAYIDA delil sunma hakkını beraberinde getirir ki bu KURAL hem Hukuk Muhakemeleri Kanununun hem de Türk Medeni Kanununun 184. hükmünün dolaylı olarak ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. SONUÇ: Boşanma davalarında TEMYİZ AŞAMASINDA yeni delil sunma hakkı yoktur. Hükmün bu gerekçe ile bozulması düşüncesine katılmam mümkün değildir." **2. HD, 25.12.2012, 14933/31578** (Karşıoy gerekçesi; UYAP BB).

71 **2. HD, 25.12.2012, 14933/31578** (UYAP BB).

sından sonra kadının başka bir erkekten çocuk doğurmasını ve doğum raporunun ilk defa temyiz aşamasında dosyaya eklenmesini mümkün kabul etmiş ve bu sebeple yerel mahkemenin kararını bozmuştur [72, 73].

Bu kararlara bakıldığında, yeni delil ibrazının çoğunlukla yerel mahkemenin kararını vermesinin ardından yeni vakıaların meydana gelmesine -*ve genellikle sadakatsizlik vakıasına*- bağlandığı görülmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.11.2016 ve 20.42016 tarihli içtihatlarının ardından artık kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan bir vakıayı dava dosyasına getiremeyeceklerini, sonradan yeni bir vakıanın ortaya çıkması durumunda tarafların bunun için yeni bir dava açmalarının gerektiğine karar vermektedir[74].

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bazı diğer kararlarında, bozma/onama kararlarının temyiz aşamasında yeni eklenen delillere dayanılarak verildiği

---

72 "*... Davalı koca yargılamanın devamı sırasında, eşinin bir başka erkekle ilişkisini öğrendiğini bu nedenle kendisinin de boşanmak istediğini bildirmiş ve bu iddiasını temyiz dilekçesinde yineleyip, iddiasını özel bir hastaneden alınmış doğum raporuyla da delillendirmiştir. ...* Eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı, *boşanma davasının açılmasından sonra meydana gelmiş olsa bile, bu hususun diğer eş tarafından iddiadan ibaret kalmayacak şekilde delillendirilmesi durumunda, mahkemece bu iddianın, davayı etkileyen önemli bir hadise olduğu kabul edilerek üzerinde durulması gerekir. ... Davalı koca, eşinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışını doğum raporu gibi ciddi bir belge ile delillendirildiğine göre, mahkemece yeni hadise şeklinde bu hususun üzerinde durularak gerçek olup olmadığının belirlenmesi ve boşanmada kusur durumu ve fer'ilerinin buna göre karara bağlanması gerekir. …*" **2. HD, 20.03.2012, 8841/6476** (UYAP BB). Yine kararın karşı oy gerekçesinde, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararı eleştirilmektedir: "Boşanma davalarında diğer hukuk davalarında olduğu gibi *delil sunma* süresinin de bir sınırı vardır. Değerli çoğunluk boşanma davasında 'temyiz aşamasında' bile *delil* sunulabileceğini düşünmektedir. Gerek Türk Medeni Kanununun gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanununun hükümlerinde boşanma davalarına özgü istenilen aşamada '*delil sunma* özgürlüğünü' içeren bir düzenleme bulunmamaktadır. Değerli çoğunluğun temyiz aşamasında *delil* sunabilmeyi iddianın 'ciddi bir belge' ile *deli*lendirilebilmesi ölçüsüne bağlanması düşüncesine kabul şekli bakımından katılmak mümkün değildir. Örneğin sadakatsizliğe ilişkin 'belge' olmaz ama gören 'tanık' olabilir. Belge sınırlaması ile *delil sunma hakkı* ortadan kaldırılamaz." **2. HD, 20.03.2012, 8841/6476** (Karşıoy gerekçesi; UYAP BB).

73 Benzer yönde başka kararlar için bkz. **2. HD, 13.03.2013, 20676/6743** (UYAP BB); **2. HD, 19.04.2012, 7184/10287** (UYAP BB).

74 **Gençcan**, s. 367-368. Bu yöndeki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararları için bkz. **2. HD, 8.3.2017, 2015-23411/2500** (**Gençcan**, s. 367); **2. HD, 4.7.2017, 2016-2932/8239** (**Gençcan**, s. 368); **2. HD, 19.6.2017, 2016-2337/7771** (**Gençcan**, s. 368).

açıkça anlaşılmamakta; ancak bu durum, karşıoy gerekçelerinden tespit edilmektedir:

> "*Değerli çoğunluk boşanma davalarında temyiz aşamasında yeni delil sunulabileceği düşüncesindedir*. Oysa, pozitif hukukta böyle bir usul hükmü bulunmamaktadır. Atıf yapılan Türk Medeni Kanununun 185/3 hükmünün ise bir usul kuralı olmayıp maddi hukuk kuralı olduğu herkesin bilgisi dahilindedir. Boşanma davalarında hakim işten elini çektikten sonra bile delil sunma hakkı verilmesi bütün boşanma davalarında sonsuz sayıda delil sunma hak ve yetkisini içerir ki bu uygulamanın boşanma davalarını sonlanmaz duruma getireceği izahtan varestedir. kaldı ki tahkikat aşamasında vakıaların genişletilmesine diğer taraf muvafakat etmediği ve usulüne uygun bir ıslah dahi olmadığına göre, sadece dava öncesi vakıalara göre karar verilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. madde hükmü değerli çoğunluk ile aynı düşünmeme engel oluşturmaktadır."[75].

Bir başka kararın karşı oy gerekçesinde de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinin emredici olduğu vurgulanarak sonradan delil ibrazına imkan verilmesi eleştirilmiştir[76]. Yine başka bir kararın karşı oy gerekçesinde ilk defa temyiz aşamasında davacı kadın tarafından, davalı kocanın başka bir kadını öperken ve sarılırken çekilen fotoğrafları delil olarak sunması eleştirilmiş; boşanma davalarında temyiz aşamasında yeni delil sunulmasının mümkün olmadığı belirtilerek karara katılınmamıştır[77, 78].

---

75 **2. HD, 05.12.2013, 22708/28669** (Karşıoy görüşü, karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB). Aynı yönde benzer kararlar ve benzer esaslara dayanan karşıoy şerhi verilmiş içtihatlar için bkz. **2. HD, 05.12.2011, 2010-21709/20802** (UYAP BB).

76 **2. HD, 20.11.2013, 22591/26981** (Karşıoy görüşü; karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB).

77 **2. HD, 30.10.2013, 21792/24362** (Karşıoy görüşü, karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB).

78 Benzer şekilde bir başka dosyada daha, temyiz aşamasında dosyaya ilk defa eklenen fotoğraflara dayanılarak yerel mahkemenin hükmünün bozulması şu gerekçelerle eleştirilmiştir: "Yerel mahkeme boşanma davasından elini çektikten sonra temyiz aşamasında davalı tarafından temyiz dilekçesine fotoğraflar eklenerek Yargıtay'a gönderilmiştir. Değerli çoğunluk bu fotoğrafları incelemiş ve temyiz aşamasında sunulan bu yeni delillere bakarak bozma kararı vermiştir. Bozma kararında bir usul hukuku normuna atıf yapamayan Yargıtay 'boşanma davalarında hakim işten elini çektikten sonra temyiz aşamasında delil sunulabilir.' şeklinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Medeni Kanununun 184. maddesi hükmünde yer almayan bir usul kuralı ihdas etmiştir. Kanun koyucu böyle düşünseydi Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Medeni Kanununun 184. maddesi hükmü ile istisna getirebilirdi. Oysa Kanun koyucu böyle olmasını istememektedir. Yerel mahkeme hakiminden olmayan bir usul kuralını uygulamasını istemek aynı zamanda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesi hükmünü yok saymak

Başka Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarının karşı oy görüşlerinde de, temyiz aşamasında yeni delil sunulmasına Daire tarafından izin verilmesi oldukça ayrıntılı gerekçelerle eleştirilerek muhalefette bulunulmuştur[79, 80].

---

anlamına da gelir. Yargıtay'ın bozma kararında yazdığı gibi delil sunma sınırını boşanma hükmünün kesinleşmesi tarihine kadar çekmesi ise boşanma davalarında sonsuz sayıda delil sunma hakkını beraberinde getirir ki bu kural hem Hukuk Muhakemeleri Kanununun hem de Türk Medeni Kanununun 184. hükmünün dolaylı olarak ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. SONUÇ: Boşanma davalarında *temyiz aşamasında yeni delil sunma hakkı yoktur.* Hükmün bu gerekçe ile bozulması düşüncesine katılmam mümkün değildir." **2. HD, 25.12.2012, 14933/31578** (Karşıoy gerekçesi; karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB). Aynı şekilde temyiz aşamasında dosyaya ilk defa ibraz edilen fotoğraflara ilişkin karşıoy görüşü için bkz. **2. HD, 05.12.2011, 2010-21709/20802** (Karşıoy gerekçesi; karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB). Aynı yönde bir başka karar ve aynı yönde şerh düşülmüş bir başka karşıoy gerekçesi için bkz. **2. HD, 22.11.2011, 2010-13511/19364** (UYAP BB).

79 "Değerli çoğunluk boşama davalarında karar düzeltme aşamasında sunulan yeni delili değerlendirerek bozma kararı vermiştir. 1- Türk Medeni Kanununun madde 185 hükmünde yer alan kuralın maddi hukuk kuralı olduğu halde sanki usul hukuku kuralı gibi atıf yapılması hem Türk Medeni Kanununun madde 184 hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine açık bir aykırılıktır. 2- Boşanma davalarında hakim işten elçektikten sonra delil sunma olanağı verildiği takdirde Yargıtay'da temyiz aşamasında bulunan bütün boşanma davalarınada bu hak verilmiş olur ki hiçbir boşanma davasının sonuçlanması mümkün olamaz. 3- Türk Medeni Kanununun madde 185 hükmünün 'boşanma davalarında davanın her aşamasında delil sunabilir' anlamına geldiği kabul edilirse Hukuk Muhakemeleri Kanununu hükümlerini, örneğin 'ön inceleme kuralları, tahkikatın ön inceleme sonuç tutanağına göre yapılacağı, boşanma davalarında ikinci delil listesi verilemeyeceği, iddia ve savunmanın yargılamanın her aşamasında serbestçe genişletilemeyeceği ve benzeri bütün kurallarını yok saymak anlamına gelir ki Hukuk Muhakemeleri Kanununun madde 33 hükmünü bu anlayış ortadan kaldırmış sonucu doğabilir. 4- Türk Medeni Kanununun madde 185 hükmü boşanma davalarında karar düzeltme aşamasında delil sunma hakkı vermez. Davadan sonra ki olaylar ancak yeni bir davanın konusu olur. Aksi düşüncede evlilik sürdüğü sürece Türk Medeni Kanununun madde 185 hükmüne göre binlerce yeni delil sunulabilir. Çünkü bu anlayışa göre evlilik sürmektedir, o halde istediğiniz kadar delil sunabilirsiniz. Sınır yoktur. Değerli çoğunluğun görüşüne katılabilmeme Türk Medeni Kanununun madde 184 ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun madde 33 hükmü izin vermemektedir." **2. HD, 18.09.2013, 16663/21171** (Karşıoy görüşü; karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB). Aynı yöndeki bir başka Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararı ve aynı esaslardan hareket eden bir karşıoy şerhi için bkz. **2. HD, 25.09.2012, 2011-12930/ 22444** (UYAP BB).

80 Aynı şekilde kaleme alınmış karşı oy görüşü için bkz. **2. HD, 15.04.2013, 2803/10532** (Karşıoy görüşü; karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB).

Özellikle yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin temyiz aşamasında dosyaya ilk defa eklenen tek bir fotoğrafın dikkate alınarak yerel mahkemenin kararının bozulması oldukça ayrıntılı gerekçelerle eleştirilmiştir [81].

---

81 "1- Asıl olan her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre incelenmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, karar verilmesinden sonra temyiz aşamasında yeni delil sunma imkanı bulunmamaktadır. Bu genel kurala rağmen, evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam edecek olan sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışın temyiz aşamasında ileri sürülmesi halinde, iddiaların, somut, dinlenmeye değer, sadakatsızlığı belirtir nitelikteki bilgi ve belgelere dayanması gerekir. Temyiz dilekçesine ekli tek fotoğrafın bu nitelikleri taşımadığı düşüncesiyle, sayın çoğunluk kararına katılmıyorum.

2- Davacı koca tarafından açılan boşanma davasında 10.7.2008 tarihinde verilen karar ile tarafların boşanmalarına hükmedilmiştir. Davalı 'temyiz dilekçesine' eklediği fotoğraf ile davacının 10.8.2008 tarihinde yani 'karardan bir ay sonra' başka bir kadın ile düğün yaptığını bildirmiştir./Temyiz dilekçesine ekli fotoğraf ve bu konuda anlatımı içeren temyiz dilekçesi davacı kocaya tebliğ edildiği halde düğün yapılmadığı konusunda bir cevap verilmemiştir. Başka bir anlatımla düğün olayı inkar edilmemiştir. Değerli çoğunluk temyiz dilekçesine eklenen bu fotoğrafı ve davacının bu olayı inkar etmemesini dikkate alarak davacı kocanın 'karar tarihinden sonra' düğün yaparak sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle kendisini ağır kusurlu kabul etmiştir. Bu düşünceye katılma olanağımız yoktur. Şöyle ki; 1- Boşanma davalarında karardan sonra delil sunulamayacağı gibi temyiz dilekçesi ile yeni delil sunma olanağı da yoktur. 2- Her dava açıldığı tarihteki koşullara göre incelenir. Bu husus vazgeçilemez bir usul kuralıdır. 3- Boşanma davalarında temyiz safhasında bile delil sunma olanağı vermek bu davaları çıkmaza sokabilir. Bu uygulama boşanma davalarında birden fazla, sonsuz sayıda ve her aşamada delil sunma anlamına gelir ki Türk Medeni Kanununun madde 184 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri hükümleri ile bu uygulama bağdaşmaz. 4- Olmaz ama bir an için temyiz aşamasında sunulan delilin dikkate alınabileceğini kabul etsek bile; a- Yerel mahkeme hakimine en azından bu delili değerlendirme imkanı verilmesi gerekir. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi gibi delil değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. b- Temyiz aşamasında sunulan yeni delillere ilişkin karşı tarafın savunmasının bile alınmasına gerek görülmemesi savunma hakkını zedeleyen ve silahların eşitliğine aykırı bir davranış sayılabilir. c- Temyiz aşamasında sunulan delillerin (tanık, fotograf, CD vs) mutlaka değerlendirilmesi isteniyorsa yapılacak olan bu delillerin hadise şeklinde (HUMK, m.222-225) değerlendirilmesi için hükmün bu sebeple bozulması düşünülebilir. Temyiz aşamasında olması kenarda kalsın yerel mahkemede delil bildirme süresi sonuçlandıktan sonra bile delil bildirilemeyeceğinden ve davadan sonra oluşan örneğin sadakata aykırı davranışların ancak yeni bir boşanma davasının konusu olabileceğinden değerli çoğunluğun farklı uygulamasına katılamıyorum." **2. HD, 01.12.2009, 2008-17326/20518** (Karşıoy görüşü; karar metninde bu konudaki herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiş/UYAP BB). Aynı yönde başka içtihatlar ve karşıoy gerekçesi hakkında bkz. **2. HD, 01.12.2009, 2008-17326/20518** (UYAP BB); **2. HD, 19.04.2012, 7184/10287** (UYAP) (Karşıoy gerekçesi).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin hatalı bu içtihatlarının yanısıra, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun *-boşanma davalarına ilişkin olmasa da-*, bu yönde yani temyiz aşamasında sunulan delilin kabulüne ilişkin vermiş olduğu bazı kararları da son derece eleştiriye açıktır. Bu kararlarda, Yargıtay daha önce tarafın hâkimiyet alanında olup da, dilekçelerine eklemediği ve borcu sona erdiren bir belgenin ilk defa temyiz aşamasında yargılamaya getirilmesini kabul etmiştir. Bu yöndeki kararlarda HMK m. 145 hükmünün koşullarının bulunup bulunmadığı değerlendirilmeksizin, doğrudan doğruya delilin ilk defa temyiz aşamasında gösterilmesi hukuka uygun bulunmaktadır[82].

---

82 **HGK, 3.5.2017, 7-2097/894** (Kazancı İBB); **HGK, 24.02.2016, 2014-22-735/166** (UYAP BB).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.02.2016 tarihinde vermiş olduğu, eleştiriye açık bu kararındaki karşıoy gerekçesi önemli tespit ve değerlendirmeler içerir:

"Somut dava, işçi alacağının tahsiline ilişkin olup kamu düzeninden değildir. Dolayısıyla yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan 'taraflarca getirilme ilkesi'ne tabidir. Bu durumda 'Kanunla belirtilen durumlar dışında, hakim, kendiliğinden delil toplayamaz.' (HMK 25/2, HUMK 75/1, 75/3) Davacı, alacağı olduğunu iddia ettiğine, davalı da ödediğini savunduğuna göre, ödeme savunmasının ispatı davalıya düşecek ve davalı bu savunmasını usul hükümleri dairesinde ileri sürebilecek ve ispat edecektir. Ödeme savunmasının en önemli delili ödeme belgesidir. Bu belge davalı tarafın en önemle delili olmakla süresi içinde ibraz edilmeli, bu delilin ibrazı için de bir süre bulunmalıdır. Bir başka deyişle ödeme belgesine diğer deliller yanında üstünlük tanıyan yasal bir düzenleme bulunmadığı sürece aynı diğer delillerin toplanması ve ibrazı usulüne tabi olmalıdır. Davalı taraf ödeme delilini temyiz aşamasında ibraz ettiğine göre HMK hükümlerine tabidir. HMK nın 145. maddesi 'Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.' şeklinde düzenlenmiştir. Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan HUMK da usul hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde delillerin ibrazı aşamasından sonra yeni delil ibrazını öngörmeyen bir sistematik içermektedir. *Diğer bir deyişle temyiz aşamasında yeni delil ibrazını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim HMK da delillerin ne zaman ve nasıl ibraz edileceği açıkça düzenlenmiştir.* Nasıl ki davacı ıslah dışında (davalının kabulü hariç) davasını genişletemezse, davalı da yine davacının kabulü ve ıslah dışında savunmasını genişletemez. Ödeme iddiası davalının en önemli savunmasıdır ve bu savunmanın genişletilmesi yasağının istisnası Usul yasasında düzenlenmemiştir. 'Ödenmiş alacak hakkında davacının dava açmakta hukuki yararı yoktur, hukuki yarar dava şartıdır, öyleyse ödemeye ilişkin belge borcu söndüren belgedir yargılamanın her aşamasında nazara alınır' şeklindeki görüşün yasal dayanağı bulunmamaktadır. Dava şartları, davanın hemen başında, en geç ön inceleme duruşmasında görülüp karara bağlanacak hususlardandır. Davalının elinde bulunan belgeyi hiç ibraz etmemesi veya bu belgeyi

c. Temyiz Aşamasında Yeni Delil İbraz Edilemeyeceği Yönündeki İçtihatları

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, yukarıda değindiğimiz çok sayıdaki içtihadına karşın, zaman zaman temyiz aşamasında yeni delil ibrazının mümkün olmayacağı yönünde içtihatlar da vermektedir. Yeni delil ibrazına imkân vermeyen bu kararların bazıları, temyiz aşamasında -*yerel mahkemede uyuşmazlık görülürken gerçekleşmemiş*- yeni vakıaların ileri sürüldüğü davalardır ve Yargıtay bu durumda da sonradan ortaya çıkan bu vakıaların ispatı için Yargıtay aşamasında da delil ibraz edilemeyeceğine karar vermektedir. Her iki durumda da, Yargıtay'ın boşanma davalarında temyiz aşamasında

---

bulamaması halinde dava şartı yokluğundan bahsedemeyecek isek, belge ortaya çıktığında da dava şartı yokluğundan bahsedemeyiz. Nitekim yargılama aşamasında dava konusu borcun ödenmesi halinde dava, 'dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi' şeklinde değil, 'davanın konusu kalmadığından hüküm kurulmasına yer olmadığına' şeklinde sonuçlandırılmaktadır. Diğer yandan aynı ödeme belgesi temyiz aşamasında değil de karardan önce, yargılama aşamasında ibraz edilseydi verilecek karar 'dava şartı yokluğundan usulden ret' değil 'davanın esastan reddi' olacaktı. O halde borcu söndüren belgenin 'dava şartı' gerekçesiyle temyiz aşamasında nazara alınması mümkün olmayacaktır. Yargılama aşamasında elde edilemeyen belgenin yargılamadan sonra ele geçirilmesi halinde kanun koyucu bu tür durumlar için yargılamanın yenilenmesi kapsamında belge sahibi lehine HMK 375/1-ç maddesini getirmiştir. Bu madde gereğince davalı süresi içinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidebilecektir. Diğer yandan böyle bir uygulamanın kabulü halinde yargılamanın yenilenmesi müessesesinin (bu sebep açısından) amacı ortadan kalkacaktır. *Eğer davalı bu belgeyi keyfi olarak yargılama aşamasında ileri sürmemişse sonuçlarına da katlanmalıdır. Aksinin kabulü yargılama sürecini davalının insiyatifine bırakmak olacaktır. Böylece uygulamada davalı, elinde belgesi olmasına rağmen sırf davacıyı uğraştırmak, işini güçleştirmek için ibraz etmeyecek, davanın kabulü halinde temyiz aşamasında bu belgeyi ibraz ederek itirazda bulunacak ve yargılamanın yeniden başlamasına sebep olacaktır.* Bir adım ötesi, davalının ibraz ettiği ödeme belgesi altındaki imza davacının imzası olmayabilecek, imza incelemesi sürecinden sonra davanın kabulü halinde de davacının alacağına kavuşması için geçecek sürenin ne kadar olacağını kestirmek de mümkün olmayacaktır. Bu nedenlerle ünlü hukukçu Jering "usul hürriyetin ikiz kardeşi, keyfiliğin can düşmanıdır" diyerek usul kurallarına bağlılığın önemine işaret etmiştir. Sonuç itibariyle; kamu düzenine ilişkin olmayan davada, hem HUMK da hem de HMK da öngörülen delil ibraz sistemine uymayan, süresi içinde ileri sürülmediği gibi hakimin ihtarına rağmen ibraz edilmeyen, davalının savunmasının en önemli delili olan ödeme belgesinin temyiz aşamasında ibraz edilmesi halinde dikkate alınamayacağı, bu nedenle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katımlıyorum." **HGK, 24.02.2016, 2014-22-735/166** (Karşıoy gerekçesi/UYAP BB).

dosyaya yeni delil ibraz edilmesine izin vermediği karar sayısı, son yıllarda -*henüz istikrar kazanmamış olsa da*- artış göstermektedir[83]:

> "... Eşler birbirine sadık kalmak zorundadırlar (TMK. md. 185/3). Bir boşanma davasının açılması durumunda eşlerin sadakat yükümlülüğü elbette ortadan kalkmaz. Bunun aksi de düşünülemez. Nitekim boşanma davasının açılmasıyla eşler arasındaki cinsel sadakat yükümlülüğünün 'kalktığına' ve dava tarihinden sonra gerçekleşen sonraki cinsel sadakate aykırı davranışların 'yeni bir dava' konusu yapılamayacağına ilişkin bugüne kadar alınmış hiçbir Yargıtay kararı da bulunmamakladır. Boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü Türk Medeni Kanununun 184 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile emredici olarak düzenlenmiş olduğundan eşlerin sadakat yükümlülüğünün evlilik süresince geçerli olmasına ilişkin 'maddi hukuk kuralı' Taraflara ön inceleme aşaması tamamlanıncaya kadar usulüne uygun şekilde dayanılmayan vakıalara dayanma ve bu vakıalara ilişkin delil sunma hakkını vermez." [84, 85].
>
> "Somut olayda; davacı/karşı davalı(koca) *temyiz dilekçesine eklediği* 25/04/2012 tarihli ibraname uyarınca işten ayrıldığını, bu nedenle hüküm altına alınan nafakanın miktarının yüksek olduğunu belirtmiş, Özel Daire de 'davacı/karşı davalı kocanın çalıştığı işten ayrıldığı da nazara alındığında hüküm altına alınan nafaka miktarının çok olduğu' gerekçesiyle kararı bozmuştur. Bozma ilamında sözü edilen, davacı/karşı davalı (koca)nın çalıştığı işten ayrıldığı olgusunun, ancak davanın açılmasından önce gerçekleşmesi halinde ve buna davada dayanılması durumunda hükme esas teşkil edebileceği kuşkusuzdur. Dava tarihinden sonra *temyiz* aşamasında davacı/karşı davalı kocanın çalıştığı işten ayrılması halinde ise, az yukarıda açıklanan ilkeler gereği, bu yeni olgunun, nafakanın yeniden gözden geçirilmesi amacıyla açılacak yeni dava sırasında dikkate alınabileceği, her türlü duraksamadan uzaktır. Hal böyle olunca; *Yerel Mahkemenin, her davanın açıldığı tarihteki hukuki ve maddi olgulara göre sonuçlandırılması gerektiği ilkesi benimsenerek, karar tarihinden sonra davacı/karşı davalı (koca)nın çalıştığı işten ayrılmasının değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla hükme esas alınamayacağı yönündeki direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.* " [86, 87].

---

83 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin boşanma davaları açısından benimsediği içtihatlar son yıllarda olumlu yönde ise de, Yargıtay'ın çeşitli daireleri aksi yönde uygulamaları benimseyebilmektedir. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, borcu sona erdiren belgelerin temyiz aşamasında dosyaya ilk defa ibraz edilmesine imkân tanımaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yönde vermiş olduğu içtihatları ve bu uygulamanın eleştirisi için bkz. **Bolayır**, Yeni Delil İbrazı, s. 141-146.

84 **2. HD, 15.09.2015, 1895/15882** (UYAP BB). Aynı yönde başka kararlar için bkz. **2. HD, 01.06.2016, 3256/10777** (UYAP BB); **2. HD, 22.06.2015, 2014-2821/1321** (UYAP BB).

85 Benzer yönde başka bir karar için bkz. **2. HD, 24.06.2014, 11584/14285** (UYAP BB).

86 **HGK, 08.04.2015, 2-46/1158** (UYAP BB).

87 Benzer yönde başka bir karar için bkz. **2. HD, 05.05.2016, 5493/9258** (UYAP BB).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, temyizde yeni delil sunulmasına imkân tanımayan kararları hem HMK'nın sistematiğine hem de Yargıtay içtihatlarında birliğin sağlanmasına uygun düşecektir. Zira taraflar henüz uyuşmazlık yerel mahkemedeyken dahi, süresinden sonra delil gösterip bunu mahkemenin takdirine sunamıyorlarsa, evleviyetle bu durum artık temyiz denetiminde de mümkün olamayacaktır.

D. Sonuç ve Değerlendirme

Buraya kadar Yargıtay'ın boşanma davalarında delillerin gösterilmesine ve ibrazına ilişkin içtihatlara değinmeye çalıştık. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2016 yılında konuyla ilgili vermiş olduğu iki karar da, delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusunda HMK'daki hükümlere riayet edilmesi gerektiğine ilişkindir. Bu doğrultuda taraflar dilekçelerin değişimi aşamasında delil göstermedikleri takdirde, ön inceleme ve tahkikat aşamalarında da yeni delil göstermeleri mümkün olmayacaktır. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararları da, inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının ardından bu yönde şekillenmektedir. Şüphesiz ki, bu içtihat değişikliği hukuk devletine dayalı Anayasal temel hakların güvence altına alındığı bir sistemde olması gerekendir. Zira bu içtihatlara kadar, karşıoy gerekçelerinde sıklıkla "her bir hâkimin kendi usûl kurallarını icat etmesi" eleştirilmiştir. Gerçekten HMK'daki hükümler ve özellikle ispata ilişkin kurallar doğrudan doğruya hak arama özgürlüğü (Ay m. 36), âdil yargılanma hakkı (AİHS m. 6, Ay m. 36), hukukî dinlenilme hakkı (HMK m. 27) ve ispat hakkı (HMK m. 189) ile ilişkilidir. Bu anlamda yargılama kurallarında keyfîlik, öngörülmezlik hukukî belirliliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini en başta zedeler. Bu yönden söz konusu bu içtihat değişikliğinin son derece önemli olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2016 yılında vermiş olduğu iki içtihat boşanma davaları açısından önemli şu sonuçları içerir:

(i) Boşanma davasına bakan yerel mahkeme HMK'daki delil ve ispat kurallarına riayet etmeli; *taraflar süresi içinde dava ve cevap dilekçelerinde delillerini göstermemişlerse,* bundan sonra taraflara bunun için süre verilemez. (HGK 26.11.2016)

(ii) Boşanma davasına bakan yerel mahkemede, *davalı taraf süresi içinde cevap dilekçesi sunmamışsa,* süresinden sonra davalıya delil sunması için mahkemece süre verilemez. (HGK 20.4.2016)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu içtihatlarından bu yana, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin aşağıdaki konularda içtihat değişikliğine

gittiği de tespit edilmektedir. Çalışmamızda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, -*söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarının ardından*- yaklaşık birbuçuk yıllık içtihatlarındaki gelişim incelendiğinden, söz konusu içtihat değişikliğinin rastlantısal olmadığı ve istikrar kazanacağı yönünde bir sonuca ulaşılabilir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin istikrarlı şekilde içtihat değişikliğini benimsediği konular şu hususları kapsar:

(i) Boşanma davasına bakan yerel mahkeme HMK'daki delil ve ispat kurallarına riayet etmeli; taraflar süresinde dava ve cevap dilekçelerinde delillerini göstermemişlerse, bundan sonra *taraflara delillerini sunmaları için süre verilemez*.

(ii) Boşanma davasına bakan yerel mahkemede davalı taraf süresi içinde cevap dilekçesi sunmamışsa, bundan sonra -HMK m. 145 hükmünün koşulları da oluşmamışsa- *davalıya delil sunması için süre veremez*.

(iii) Boşanma davasında karar verilmesinin ardından temyiz incelemesi için dosya Yargıtay'ın incelemesine sunulduğunda, yerel mahkemede dava görülürken henüz gerçekleşmemiş *yeni bir vakıa* temyiz aşamasında ileri sürülemez; bunun için taraf yeni bir dava açmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihatları ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin benimsemiş olduğu içtihat değişiklikleri, HMK'nın düzenlemeleri ile uyumlu ve olması gereken şekildedir. Benzer bir gelişimin Yargıtay'ın tüm ihtisas dairelerinde de benimsenmesi Anayasa'ya ve HMK'ya uyum sağlayacaktır.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, Yargıtay kararlarında boşanma davalarına ilişkin yaşanan bu içtihat değişikliğinin olumlu tarafı, Yargıtay'ın temyiz aşamasında yeni delil gösterilmesine ilişkin verdiği kararlarla gölgelenmektedir. Zira Yargıtay'ın, boşanma davalarında temyiz aşamasında yeni bir delil getirilemeyeceğini ilkesel olarak benimsediği istikrarlı kararlarına hâlen tam olarak rastlayamamaktayız. Oysa ki, inceleme konusu karardan anlaşılan delillerin gösterilmesi ve ibrazı konusunda tereddütsüz şekilde HMK hükümlerinin uygulandığıdır. Bu durumda, aynı duruşun Yargıtay'ın temyiz aşamasında yeni delil ibrazına izin vermemesi yönünde gelişeceğini umuyoruz. Belirtmek gerekir ki, uygulamadaki bu alışkanlığın -*temyiz aşamasında dosyaya yeni delil ibraz edilmesi*- tarihi oldukça eskiye gitmektedir. Yargıtay'ın temyiz ve hatta karar düzeltme aşamasında dahi, ilk defa bir delile dayanması ve bu delilin ibrazını hukuka uygun bulan 1951

tarihinde verilmiş olan kararlara[88] dahi rastlamak mümkündür. Bu yönüyle bakıldığında, bu içtihat değişikliğinin benimsenmesinin sancılı olacağı da açıktır. Ancak inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları ile birlikte boşanma davalarında HMK'ya uygun bir şekilde ispat ve delil kurallarının uygulanması konusunda önemli bir adım olmuştur. Aksinin kabulü, yani temyiz aşamasında yeni delil ibrazına izin verilmesi açık bir şekilde *yargısal temel hak ihlâli* teşkil etmektedir.

---

88 **HGK 12.12.1951, 106/127** (**Umar,** s. 459). Dava sonuçlanıncaya kadar tarafların delil ikame edebileceği yönünde eski tarihli kararlar için bkz. **2. HD, 10.02.1972, 552/659** (**Umar,** s. 459).

KAYNAKÇA

Arslan, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema: Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Atalay, Oğuz: Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Ateş, Mustafa: HMK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, 1. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Bolayır, Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Bolayır, Nur: "Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Temyiz İncelemesi Sırasında Yeni Delil Gösterilip Gösterilemeyeceği Sorunu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S. 2, 2012, (Yeni Delil Gösterilmesi), s. 131-150.

Budak, Ali Cem/**Karaslan**, Varol: Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Erdönmez, Güray: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İBD, C. 87, S. 5, 2013, s. 15-53.

Erdönmez, Güray: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi (1-2 Ekim 2012 İzmir), Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2012, (Delillerin İbrazı), s. 348-375.

Gençcan, Ömer Uğur: Son İçtihatlara Göre Hazırlanmış Boşanma Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Kaya, Cemil/**Akcan**, Recep: "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 123-141.

Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Kuru, Baki/**Budak**, Ali Cem: "Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, 2011, s. 3-43.

Özekes, Muhammet: "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 16, 2014, (Dava Dilekçesinde Eksiklik), s. 263-300.

Özekes, Muhammet: Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Pekcanıtez, Hakan: Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Ulukapı, Ömer/**Yardımcı**, Taner Emre: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı), C. 16, 2014, s. 483-507.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yardımcı, Taner Emre: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, Oniki Levha, İstanbul 2017.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

İSVEÇ ANAYASASI ÜZERİNE NOTLAR

Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ*

Öz

İsveç anayasası, tarihsel arka planı nedeniyle dikkat çekici özellikler göstermektedir. Yavaş, uzun süreli, istikrarlı ve barışçıl bir evrim sonunda bugünkü nihai halini almış olan İsveç anayasası, anayasal statüye sahip dört hukuk metninden müteşekkildir. Bu metinler arasında içerik olarak gerçek anlamda anayasa olarak nitelendirilmeyi hak eden ve bu nedenle anayasa bloğunun omurgasını oluşturan belge 1974 tarihli Regeringsformen (R.F.)'dir. 1974 tarihli R.F., İsveç devletinin temel niteliklerini, temel hak ve özgürlükleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını ve bu organların görev ve yetkileri ile birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen hükümlere yer vermektedir. Bu hükümler klasik anayasa doktrini açısından değerlendirildiğinde içerik olarak benzersiz düzenlemeler getirmektedir.

Anahtar Kelimeler

İsveç Anayasası, Regeringsformen, Riksdag, temel hak ve özgürlükler, yasama, yürütme, yargı, Ombudsman

SOME NOTES ON SWEDISH CONSTITUTION

Abstract

Constitution of Sweden has remarkable feautures due to its historical background. After a slow,agelong but consistent and peaceful evolution, it has taken its final form which is composed of four separate constitutional documents. Among those, substantially Regeringsformen of 1974 is the one which deserves to be defined as real constitution and thus serves the basis of Swedish constitutional bloc. R.F of 1974 includes regulations on the basic

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: serkan.ekiz@deu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 09.04.2018-10.04.2018/Makale Kabul Tarihleri: 18.04.2018-04.05.2018)

principles of the Swedish state, fundamental rights and freedomsof individuals, legislative, executive and jurisdiction and regulations concerning the relations between those organs. In some respects those regulations includes unique features compared to conventional constitutional doctrine.

Keywords

Constitution of Sweden, Regeringsformen, Riksdag, fundamental rights and freedoms, legislative, executive, jurisdiction, Ombudsman

GİRİŞ

Bir kuzey Avrupa ülkesi olan İsveç, coğrafi konumu ve uzun süreli siyasi tarafsızlığı nedeniyle yaklaşık ikiyüz yıldır küresel ve bölgesel düzeyde meydana gelen şiddetli altüst oluşlardan ve gelişmelerden uzak kalmış ve bu durumun ülkenin anayasal düzeninin gelişimine de etkisi olmuştur. Yine bu nedenle İsveç kurumsallaşmış demokratik siyasal düzeni ile ve buna bağlı olarak gelişen güçlü bir sosyal refah devleti olma özelliği ile ön plana çıkmaktadır[1]. Bu tarihsel gerçekliğin dışında ve yanı sıra İsveç anayasal düzeni birkaç açıdan daha kamu hukukçularının özel ilgisini hak eden özellikler göstermektedir.

İlk olarak doktrinde İsveç'in de içinde bulunduğu İskandinav ülkelerinin hukuk düzenlerinin Kıta Avrupası ve Anglo-sakson hukuk sistemlerinden ayrı ve kendine özgü bir hukuk sistemine sahip olduklarına ilişkin yaygın bir kanaat bulunmaktadır[2]. Doktrindeki geleneksel hukuk sistemleri tasnifinde herhangi bir başlık altına kolayca dahil edilemeyecek özellikler gösteren İskandinav hukuk düzeninin anayasa hukukuna da yansımaları bulunmaktadır.

Bunun yanı sıra tarihsel olarak İsveç siyasal düzeninin temel özelliği olan parlamenter hükümet sistemi ile hukuk düzenine hakim olan hukuk devleti ilkesi dünyada bu alandaki en eski olanlardan birisidir[3]. Buna ek olarak 1974 yılında kabul edilen ve hali hazırda yürürlükte olan Anayasa'ya kadar, İsveç dünyada en eski anayasasına sahip ülkelerden birisi olagelmiştir[4]. Krallık döneminde kralın mutlak otoritesinin hukuk devleti ilkesi ile sınırlandırılmasını sağlayan, olağan kanun yollarını güvence altına alan, Kralın vergi salma yetkisinin kullanılmasını Kraliyet Konseyi adlı kuruma danışma şartına bağlayan "Ayrıcalık Mektubu"nun tarihi 1319'dur. Bu belge, hukuk ile sınırlanmış siyasal iktidar anlayışının tarihteki ilk örnek-

---

1 **Altuğ**, Yılmaz: "İsveçte Demokrasinin Kurulması ve Gelişmesi": İÜHFM, S. 21 (2011), s. 48. <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9101/113768>

2 **Husa,** Jaakko; "Nordic Constitutionalism and European Human Rights-Mixing Oil and Water?": Scandinavian Studies in Law, Vol.55 (2010), s. 105; **Lando**, Ole: Nordic Countries, A Legal Family? A Diagnosis and a Prognosis, Global Jurist Advances, Vol.1 (2), 2001, s. 10 ve 11; **Hondius**, Ewoud: "Pro-Active Comparative Law:The Case of Nordic Law": Scandinavian Studies in Law, Vol.50 (2007), s. 145-147.

3 **Congleton**, Roger D.: Improving Democracy Through Constitutional Reform: Some Swedish Lessons, Kluwer Academic Publishers, 2003, s. 2.

4 **Palm**, Elizabeth: "Human Rights in Sweden": Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994, s. 63.

lerden birisini oluşturmaktadır ve anayasal bir niteliği haizdir. Kral ile Konsey arasında 1319 gibi oldukça eski bir tarihte sağlanan bu siyasal denge, dengenin kendisinde ve taraflarında zaman içinde meydana gelen niteliksel farklılaşmalara ve kurumsal değişikliklere rağmen günümüze kadar varlığını devam ettirmiştir. Bu tarihsel tespitte dikkat çeken husus, hukuk ile sınırlanmış siyasal iktidar anlayışının Kıta Avrupa'sında kuramsal düzeyde ortaya atılmasından çok daha önceleri İsveç'te gözlemlenen bu gelişmenin kamu hukukçuları bakımından çok fazla irdelenmemiş, dillendirilmemiş, daha açıkçası ihmal edilmiş olmasıdır.

İsveç anayasal düzenini incelemeye değer kılan tek özellik anayasal tarihinin dayandığı bu uzun geçmiş değildir. İsveç'in anayasal düzeninin bir diğer özelliği de yurttaşların siyasal karar alma süreçlerine katılımını sağlayan kurumsal düzenlemelerin içeriğinde ve bu düzenlemelerin kabul ediliş yönteminde kendisini göstermektedir[5]. Geçtiğimiz iki yüzyıl içerisinde İsveç siyasal düzeninde, ağırlıklı yetkinin kralın elinde olduğu, dört kamaradan oluşan bir parlamentonun bulunduğu devlet yönetiminden, kralın yetkilerinin temsili ve sembolik bir niteliğe indirgendiği, güçlü bir tek meclisin bulunduğu parlamenter hükümet sistemine hukuka uygun bir şekilde *evrildiği* gözlemlenmektedir. Söz konusu siyasal evrim birbirinden yaklaşık elli yıl arayla üç aşamada yapılan anayasal reformlarla gerçekleştirilmiştir. Burada İsveç anayasası bakımından dikkat çekici olan özellik, Avrupa'nın kalanında anayasa reformlarının çoğunun hukuksal yöntemlerden ziyade, savaş, devrim ve ayaklanma gibi toplumsal olayların bir sonucu olarak gerçekleşmiş olmasına rağmen, İsveç siyasal düzeninin "barışçıl bir devrim" ile değişmiş olmasıdır[6]. Bu yönü ile İsveç anayasal gelişim süreci hukuk sosyologları bakımından da eşsiz bir örnek teşkil etmektedir[7].

İsveç anayasal düzeninin bilimsel bir inceleme konusu olarak belirlenmesini haklı kılacak bir diğer özelliği de İsveç için bir anayasadan çok bir anayasa bloğundan bahsedilmesini gerektiren kurumsal yapısıdır. İsveç anayasa hukukunu benzersiz kılan bu özelliğe göre, anayasa sadece tek hukuk metninden ibaret olmayıp, anayasal statüye sahip dört ayrı hukuksal metinden oluşmaktadır[8]. Bunlar; İsveç toplumunun siyasi örgütlenme

---

5 **Congleton**, s. 2.

6 **Altuğ**, s. 49.

7 **Congleton**, s. 3.

8 **Nergelius**, Joakim: "Constitutional Law"; Swedish Law in the New Millennium, Michael Bogdan (ed.), Norstedts Juridik, 1st Edition, Stockholm, 2000, s. 65; **Sterzel**,

şeklini, temel anayasal ilkeleri içeren, Türkçeye "Devlete İlişkin Belge" olarak tercüme edilebilecek olan ve doktrinde gerçek Anayasa olarak nitelenen[9] Regeringsformen[10] (R.F.); gazete, kitap ve dergi gibi yazılı eserlerde ifade özgürlüğünü düzenleyen Basın Özgürlüğü Yasası[11] (Tryckfrihetsförordningen (T.F.)), 1990'ların başından itibaren gelişmeye başlayan görsel ve işitsel medyada yurttaşların ifade özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan İfade Özgürlüğüne İlişkin Temel Yasa[12] (Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL)) ve son olarak, tahtın hangi sıra ve usullere göre kime devredileceğine, veliahdın nasıl yetiştirileceğine ve eğitimine ilişkin hükümler içeren Tahta Veraset Yasasıdır[13] (Successionsordningen (S.O.))[14].

İsveç hukuk düzeninin oldukça sıra dışı sayılabilecek özelliklerinden birisine göre idari mercilerin somut duruma uygulanacak yasanın anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olmalarıdır. Bu bağlamda, aynı mahkemeler gibi, siyasi kurumların kendi yaptıkları hukuksal düzenlemelere uygun davranıp davranmadığını gözetmek idari mercilerin de görevleri arasındadır[15].

Bu makalenin konusunu İsveç anayasa hukukunun gösterdiği işte bu ayırt edici özellikler ve Anayasal sistemin kurumsal yapısının bu özellikler ışığında incelenmesi oluşturmaktadır.

Makale, İsveç anayasal sisteminin tarihsel gelişimine ilişkin genel bir bakış ile başlamaktadır. Bu bağlamda makalede öncelikle İsveç anayasal düzeninin bugünkü kurumsal yapısına kavuşmasında etkili olduğunu düşündüğümüz tarihsel arka plana yer verilecektir. Zira söz konusu tarihsel gelişim süreci İsveç anayasal düzenindeki kurumsal düzenlemelerin içeriğinde ve

---

Fredrik: "General Public Law": Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994, s. 43.

9 **Ragnemalm**, Hans: Administrative Justice In Sweden, Jurisförlaget, Stockholm, 1991, s. 12.

10 Regeringsformen'in İngilizceye resmi çevirisi "The Instrument of Government" 'tır. Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-instrument-of-government-2015.pdf

11 Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the- press-act-2015.pdf

12 Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-fundamental-law-on-freedom-of-expression-2015.pdf

13 Bkz. riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-act-of-succession-2012.pdf

14 **Sterzel**, s. 43; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 65.

15 **Larsson**, Torbjörn; Governing Sweden, Gotab, Stockholm, 1997, s. 23.

yapılış yönteminde oldukça belirleyici bir role sahiptir. Çalışmanın esas noktasını İsveç anayasal düzeninin kurumsal bileşenleri ve bunların içerikleri oluşturmaktadır. Ancak bu noktada seçici davranılmış, bir anayasal düzenin temel kurumlarına makale sınırlarının izin verdiği ölçüde yer verilmesi konusunda titizlik gösterilmiştir. İnceleme konularının belirlenmesinde göz önünde bulundurulan temel kriter, "Konusu belli bir devletin anayasal düzeni olan makale düzeyindeki bilimsel bir çalışmanın incelemekten kaçınamayacağı asgari konular nedir? sorusuna verilen cevap olmuştur. Bu bağlamda İsveç anayasasını oluşturan dört hukuk metni ayrı ayrı başlıklar altında ve yüzeysel olarak dahi ele alın(a)mamıştır. Zira bu çapta bir çalışma ancak bir kitap düzeyinde ele alınıp bilimsel olarak tatmin edici bir şekilde gerçekleştirilebilir. Bu nedenle çalışmamızın çerçevesi ve sınırları az önce sorduğumuz soruya verilebilecek bir yanıt olarak, sadece bir devletin temel fonksiyonları olan yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin İsveç anayasal sistemindeki izdüşümleri ve bunlara ilişkin kurumsal düzenlemeler olarak belirlenmiştir. Sonuç olarak makalenin ağırlıklı referans noktasını, makalenin çerçevesinin çizilmesinde kullandığımız kriter soruya söz konusu dört anayasal belgeden en detaylı ve tatmin edici cevabı alabileceğimiz Regeringsformen (R.F.) oluşturmaktadır. Basın Özgürlüğü Yasası'na ve İfade Özgürlüğüne İlişkin Temel Yasa'ya bir makalenin sınırlarını aşan kapsamları ve farklı düzenleme alanları nedeniyle değinilmemiştir. Bu hukuksal belgeler ayrı bir makalenin konusunu oluşturabilecek nitelikte bir içeriğe sahiptirler. Oldukça sınırlı bir içeriğe sahip olan Tahta Veraset Yasasına ise yürütme organının incelendiği başlık altında ilgili yerlerde atıf yapılacaktır. Çalışmada pozitif hukuk bakımından anayasal bir belge niteliğini haiz olmamakla birlikte, uygulamada doğurduğu anayasal sonuçlar itibarıyla İsveç Meclis İçtüzüğü'ne (Riksdag Act) sıkça atıf yapılacak ve bu hukuk metninin getirdiği düzenlemelere de değinilecektir.

I. TARİHSEL ARKA PLAN

İsveç'in resmi anayasal geleneği modern dünyada en eski geleneklerinden birisidir. İsveç'te devletin kuvvetler ayrılığına dayalı anayasal bir devlet olması gerektiği yönündeki düşüncenin oldukça eski olduğu söylenebilir[16]. Ülkenin siyasi tarihi yakından incelendiğinde, İsveç'te anayasal

---

[16] Kuzey Avrupa ülkelerinde anayasa hukukunun tarihsel gelişimi hakkında bkz. **Nergelius**, Joakim: "New Tendencies in Modern Nordic Constitutional Doctrine or the

devlet talepleri ile yazılı anayasa talebinin el ele gittiği görülecektir. XIII. Yy'ın sonlarındaki Uppland Kanunundan beri kural, *"ülke hukuk ile inşa edilmelidir"* olmuştur[17]. Bu taleplerin bir sonucu olarak İsveç, XIV. Yy'ın ortalarından itibaren bir yazılı anayasaya sahip olmuştur[18]. 1319 kadar erken bir tarihte, kralın hukuk devleti ilkesi ile bağlı olduğunu belirten, normal kanun yolunu güvence altına alan ve yeni vergiler salınmasını Kraliyet Konseyine (Royal Council) danışma koşuluna bağlayan bir Ayrıcalık Mektubu (Letter of Privilege) imzalanmış ve böylece Genç Magnus Eriksson'un kral seçilmesi ile birlikte, erken bir anayasal hükümet şekli de yazılı bir belgede hukuksal nitelik kazanmıştır[19]. Söz konusu erken dönem belgelerindeki önemli ilkeler, ilerleyen yüzyıllarda bütün İsveç Krallığının tamamında geçerli hale gelen bir yönetim kuralları dizisi içinde yer almıştır. Bu yönetim kuralları ve temel ilkeleri altı yüzyıl varlığını sürdürmüştür. Başta Kralın statüsünü belirlemek amacıyla ortaya çıkan bu yazılı anayasa geleneğinin günümüzdeki karşılığını R.F. oluşturmaktadır.

İsveç anayasal tarihinde Kral ile Meclis arasındaki inişli çıkışlı güç mücadelelerinin etkisi oldukça belirleyicidir. Daha yakın tarihli gelişmelere ve resmi belgelere bakıldığında Kral karşısında meclisin yetkilerinin giderek artan bir eğilim ortaya koyduğu gözlemlenmektedir[20]. İlk Riksdag (İsveç Parlamentosu) Yasası 1617'de kabul edilmiştir. Bu yasa, Krala savaş ilanında ve ittifak anlaşmalarında, İsveç'teki dört toplumsal sınıfa, soylulara, ruhban sınıfına, kasabalılara ve çiftçilere, danışma şartı getirmektedir[21].

II. Gustaf Adolf'un 1611 yılında kabul ettiği *Tahta Çıkış Nizamnamesi* Kralın yetkilerini arttıran hükümler içermekteydi ve II. Gustaf'ın hükümeti büyük ölçüde nihai karar vericinin kral olduğu gerçeği ile nitelik kazanmıştı[22]. II. Gustaf 1632'de öldüğünde, Kraliçe Christina adına işlem yapmak üzere naipler atanmıştır. 1634 tarihinde İsveç'in en önde gelen devlet adamlarından birisi olan Axel Oxenstierna tarafından İsveç'in ilk R.F'sinin hazır-

---

Development of Nordic Constitutional Law": Scandinavian Studies in Law, Vol.52 (2007), s. 11-16.

17 **Holberg**, Erik/**Stjernquist**, Nils/**Isberg**, Magnus: The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and The Riksdag Act, (Translated by Ray Bradfield), Published by Sveriges Riksdag, Stockholm, 2007, s. 11.

18 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 11; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 11; **Congleton**, s. 2.

19 **Congleton**, s. 21.

20 **Altuğ**, s. 49.

21 **Altuğ**, s. 49.

22 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 11.

lanması da işte bu naiplerin rehberliğindeki döneme denk gelmektedir[23]. Monarşi yönetiminin devamını sağlayan bu R.F., geniş ölçekli bir idare hukuku düzenlemesi olarak da değerlendirilebilir. İsveç'in idari gelenekleri pek çok açıdan işte bu 1634 tarihli R.F'ye dayanmaktadır[24].

1660 yılında, 1634 tarihli R.F'de yapılan değişiklikle Riksdag'ın üç yılda bir toplanacağı düzenlenmiş ve bu değişiklik ile Meclis, devletin düzenli bir organı haline gelmiştir. Bu değişiklik, sadece Kralın hukuksal statüsünün belirlendiği bir hukuk metninin ötesinde, daha kapsamlı, kamu gücünün farklı alanlardaki kullanımına ilişkin düzenlemeleri de içeren bir hukuk metninin kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşleri de beraberinde getirmiştir. Ancak dönemin otoriter Kralı XI. Carl'ın yönetim anlayışı ile örtüşmeyen bu görüşlerin hayata geçmesi mümkün olmamıştır. Bunun da ötesinde Kral XI. Carl'ın baskıları sonucunda Riksdag 1680 yılında Kralın hiçbir R.F. hükmü ile bağlı olmadığını ve R.F'yi istediği zaman değiştirebileceğini düzenleyen bir karar almıştır[25].

1718 yılı İsveç Anayasa tarihinde bir kırılma noktası oluşturmaktadır. Kral 12. Carl'ın bu tarihte ölmesi ile otoriter yönetim sona ermiş ve tarihin sarkacı dönemin ruhuna uygun olarak özgürlükçü yönetim anlayışına doğru salınıma geçmiştir[26]. Voltaire, Rousseau ve Malby gibi filozofların görüşlerinin de etkisi ile kamu gücünün hukuk ile sınırlanması gerektiği anlayışı İsveç'te güç kazanmaya başlamıştır. Bu anlayışın bir hukuk metninde, yeni kabul edilen bir R.F'de somutlaştığı tarih 1719'dur.1720 yılında, kraliçe Ulrica Elenora'nın tahttan çekilmesi ile kabulünün üzerinden henüz bir yıl geçmiş olan R.F.'de değişiklik yapılmış *Tahta Çıkma Nizamnamesi* yeniden düzenlenmiştir[27].

Sonraları 1719-72 Özgürlük Çağı olarak adlandırılacak olan bu dönemde yapılan anayasal reformlar siyasal karar alma sürecinde elli yıllık parlamento üstünlüğünü doğurmuştur ve bu çağın hükümet şekli, parlamenter hükümet sistemidir[28]. Kral, *Tahta Çıkma Şartı*'nda *"egemenliğin sahibi olarak"* zümre meclisleri ile her koşulda görüş birliğine varacağını,

---

23 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 11

24 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 11.

25 **Altuğ**, s. 49; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 12.

26 **Altuğ**, s. 50.

27 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 12.

28 **Cronbult**, Par: "Introduction": Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994, s. 32; **Congleton**, s. 22.

ülkeyi R.F'ye uygun olarak Konsey ile birlikte yöneteceğini kabul etmiştir[29]. Eğer Kral, Konsey'de yapılan oylamada azınlık oyu tarafında kalırsa, *"bütün olasılıklar arasındaki en iyisi ve en güvenlisi olarak"* çoğunluk görüşünü kabul etmek zorundadır[30]. İlk Basın Özgürlüğü Yasasının kabulü de 1766'da özgürlük çağı içinde olmuştur[31]. Bu yasa, dinsel metinler dışındaki yazılı eserlerde sansürü yasaklamakta ve resmi belgelerin kamuya açılması ilkesini getirmektedir[32]. Bu yıl içinde Riksdag, Adalet Bakanı'nın Kral tarafından değil Riksdag tarafından atanması gerektiğine karar vermiştir. Bu yıl aynı zamanda normal yasalar ile temel yasalar arasında açık bir sınır çizgisi çizilmiştir[33]. Temel yasalarda yapılacak değişikliklerin her iki parlamento tarafından da onaylanması şartı getirilmiştir[34].

1772'de tahtın el değiştirmesi ile birlikte otoriter rejim tekrar kendini hissettirmeye başlamıştır. Kral III. Gustav'ın gerçekleştirdiği bir hükümet darbesi sonucunda kabul edilen yeni R.F. ile Kral, Konsey'e olan bağımlılığından kurtulmuştur[35]. Bununla birlikte 1772 tarihli R.F'de Kral ile Parlamento arasında bir kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş, Kral ve Parlamento yasama yetkisini paylaşmışlar ve ülkenin saldırıya uğraması halinde Krala vergi salma yetkisi verilmiştir[36]. 1789'da Kral III. Gustav, ikinci bir hükümet darbesi daha gerçekleştirmiş ve bu darbenin sonucunda *Birlik ve Güvenlik Yasası* yürürlüğe girmiştir[37]. Bu yasa, kralı her amaç ve hedef için otoriter bir yönetici haline getirmiş ve Kral, devlet işlerini uygun gördüğü şekilde yürütme hakkına sahip olmuştur. Konsey varlığını sürdürmüştür.

1809 yılında, Finlandiya'nın kaybedilmesi nedeniyle bir darbe gerçekleşmiş ve bu darbe sonucunda Kral tahttan indirilmiştir[38]. Bu olay, İsveç'te otoriter yönetimin ani bir şekilde sona ermesinin de bir nedeni olmuştur. Yeni siyasal düzenin hukuksal meşruiyet zemini ihtiyacının bir

---

29 **Cronbult**, s. 32; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 12.

30 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 12.

31 **Cronbult**, s. 33.

32 **Cronbult**,s. 33.

33 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 12.

34 **Congleton**, s. 22.

35 **Cronbult**, s. 33.

36 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 13.

37 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 13.

38 **Petersson**, Olof: Swedish Government and Politics (Translated by Frank Gabriel Perry), 1st Edition, Fritzes, Stockholm, 1994, s. 20; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 66; **Cronbult**, s. 33, 34.

gereği olarak, 1772 tarihli R.F ve 1789 *Birlik ve Güvenlik Yasası* değiştirilmiştir. Bu değişiklik Kral ile meclis arasında kurduğu yeni güç dengesi nedeniyle 1809 tarihli R.F olarak adlandırılmaktadır[39]. 1809 tarihli R.F, dünyanın en eski yazılı anayasalarından birisi unvanını taşımaktadır[40]. 1809 tarihli R.F. Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı ilkesinden etkilenmiş olmasına rağmen, kuvvetler arasında kesin ve belirli bir ayrılık ortaya koymamıştır[41]. Kral, devlet yönetimine ilişkin bazı haklarından vazgeçmiş ve Devlet Konseylerinin rolü bütünüyle istişari bir nitelik kazanmıştır[42]. Temel yasa (Anayasa) ile medeni ve ceza hukuk alanlarındaki yasama yetkisi Kral ile Riksdag arasında paylaşılmış iken ekonomik ve idari düzenlemeler Kralın yetki alanında kalmıştır[43]. Vergi ve bütçe üzerindeki yetki ayrıntılı bir denetim yetkisi ile birlikte Riksdag'a verilmiştir[44]. Kral Yüksek Mahkemedeki iki oy hakkına 1909 yılına kadar sahip kalmakla birlikte uygulamada Mahkemenin hiçbir faaliyetine katılmamıştır. 1809 tarihli RF ile birlikte üç temel yasa daha kabul edilmiştir[45]. Bunlar 1809 Saltanat Yasası, 1810 Riksdag Yasası ve 1810 Basın Özgürlüğü Yasasıdır[46]. 1809 tarihli R.F. sansürün ve yayın öncesi müdahalenin yasaklanması, sınırlamanın bir yasaya dayanması gerekliliği, resmi belgelerin kamuya açıklığı gibi basın özgürlüğünün temel ilkelerini yeniden oluşturmuştur[47]. Bununla birlikte, 1809 tarihli R.F'de diğer hak ve özgürlükler ile ilgili düzenlemelere rastlanmamaktadır[48]. Bunun tek istisnasını geçmişi ortaçağ Kraliyet beratlarına dayanan 16. maddesinde yer alan, yurttaşı korumayı amaçlayan bazı ilkeler oluşturmaktadır[49]. Bu ilkeler, hukuk doktrininde yurttaşların hukuk karşısında eşit muamele görmesi gerekliliği olarak yorumlanmıştır[50]. 1809 tarihli R.F, yargı fonksiyonunun bağımsız ve azledilemez hakimler eliyle yerine getirileceğini

---

39 **Altuğ**, s. 50.

40 **Altuğ**, s. 50; **Palm**, s. 62.

41 **Ortwein**, Bernard, Michael: "The Swedish Legal System: An Introduction": Ind.Int'l&Comp.L.Rev. Vol.13:2 (2003), s. 409; **Petersson**, s. 20.

42 **Altuğ**, s. 50.

43 **Cronbult**, s. 34; **Petersson**, s. 21; **Altuğ**, s. 50.

44 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 13.

45 **Cronbult**,s. 34.

46 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 66; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 13.

47 **Altuğ**, s. 50; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 13.

48 **Petersson**, s. 21.

49 **Palm**, s. 63; **Petersson**, s. 21.

50 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 13.

düzenlemiş ve bürokrasiye karşı yurttaşların çıkarlarının korunması amacı ile Riksdag'ın himayesinde bir Ombudsman kurmuştur[51]. 1809 tarihli R.F, hali hazırda yürürlükte bulunan 1974 tarihli R.F kabul edilinceye kadar, süreç içerisinde çeşitli değişikliklere uğramış olsa da, yürürlükte kalmıştır[52]. Bu değişikliklerden bazıları son derece önemlidir. Örneğin 1866 yılında yapılan değişiklik ile dört farklı toplumsal sınıfın temsil edildiği eski parlamento yerine iki kamaralı Riksdag kurulmuş ve bu yeni yapılanmaya uygun yeni bir Riksdag Yasası kabul edilmiştir[53]. Yeni Riksdag'ın aldığı en önemli karar, 1867 tarihinden bu yana uygulanan ve Riksdag'ın her yıl toplanacağını belirten karardır[54]. 1809 tarihli R.F'de 1909-1921 yılları arasında yapılan değişikliklerde de, Riksdag'ın her iki Kamarası için de kadın ve erkek yurttaşlar için genel ve eşit oy ilkesi kabul edilmiştir[55]. 1949'da yeni bir Basın Özgürlüğü yasası yürürlüğe girmiştir. En önemli değişikliklerden birisi de 1969 yılında iki Kamaralı Riksdag'ın tek meclis haline getirilmesini sağlayan değişikliktir[56]. Günümüzde 1809 tarihli R.F. eski anayasalardan birisi konumundadır[57]. 1809 tarihli R.F'de Parlamenter yönetime ilişkin yapılan bu köklü değişiklikler, sonraki yüzelli yıl içinde İsveç yönetiminin güç dengesinde kademeli bir değişiklik başlatmıştır. Sonuç olarak, siyasi konularda Kral yerine Riksdag üstün hale gelmiş ve yönetim babadan oğula geçen bir yetki olmaktan çıkarak, halk egemenliği ilkesine dayandırılmıştır. Bu anayasal değişikliklerin yapılması için bir iç savaş gerekli olmamıştır. Bunun yerine siyasi koşulların temelindeki değişiklikler, parlamentoyu daha etkili ve daha güçlü hale getiren bir dizi önemli fakat barışçıl değişikliklere yol açmış ve sonuç olarak İsveç yönetimini tamamıyla değiştirmiştir[58].

1974 yılında İsveç, hali hazırda yürürlükte olan yeni bir R.F kabul etmiştir[59]. 1974 tarihli bu yeni R.F, başta 1970 tarihli Meclis İçtüzüğü'nün

---

51 **Wieslander**, Bengt: The Parliamentary Ombudsman in Sweden, The Bank of Sweden Tercentenary Foundation, 2nd Revised Edition, 1999, s. 11; **Cronbult**, s. 34; **Altuğ**, s. 50; **Ortwein,** s. 409.

52 **Ortwein,** s. 409; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 13 ve 14.

53 **Nyman**, Olle: "Some Basic Features of Swedish Constitutional Law": An Introduction to Swedish Law, Stig Strömholm (ed.), Institutet För Rattsvetenskaplıg Forskning, CVIII, 2nd Edition, Norstedts, s. 48; **Congleton**, s. 24-26; **Petersson**, s. 22.

54 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 14.

55 **Congleton**, s. 28.

56 **Congleton**, s. 26 vd; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 14.

57 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 15.

58 **Congleton**, s. 23.

59 **Cronbult**, s. 37.

(Riksdag Act) pek çok hükmü olmak üzere, o zamana kadar daha kolay değiştirilebilen yasalarda düzenlenmekte olan temel seçim yöntemlerine ilişkin düzenlemeleri bünyesine dahil etmiştir[60]. Bunun dışında İsveç anayasa hukuku bakımından yeni düzenlemelere de yer vermektedir. Bu yeniliklerden ilki, İsveç hükümeti için bütünüyle yeni yönetim usulleri ve sınırlama hükümlerinin getirilmiş olmasıdır[61]. 1974 tarihli R.F anayasa değişikliği önerilerinin referandum yolu ile halkoyuna sunulmasını öngören bir düzenlemeye de yer vermektedir. R.F'nin 2. bölümü, olağan yasama faaliyetinin konusu olamayacak ve bu faaliyetler ile sınırlanamayacak bir temel hak ve özgürlükler listesini de içermektedir[62]. 1974 tarihli R.F, 1809 tarihli eski R.F'ye göre, Kralın hükümet üzerindeki yetkilerinin çoğunun kaldırmıştır. Kral zaten 1920'den beri kamu politikası oluşturma yönündeki anayasal yetkisini kullanmamıştır. 1974 tarihli R.F'de yer alan "Kraliyet reformları", kral ile Riksdag arasında uzun yıllardır gayrı resmi (fiilen) olarak var olan bu yetki paylaşımını kodifiye etmiştir[63]. Yeni anayasa bir hak ve özgürlükler listesine yer vermekle birlikte, anayasaya aykırı yasaları veto edecek ve bu temel hak ve özgürlüklerin bekçiliğini yapacak bağımsız bir anayasa mahkemesi kurarak, sağladığı güvenceyi desteklenmemiştir.

1809 tarihli R.F'de öngörülen İsveç anayasal yapısı 1974'de kabul edilen son R.F'de belirgin bir şekilde korunmuştur. Bir tarafında Kralın diğer tarafında Riksdag'ın yer aldığı iki kutuplu anayasa yapısının öngördüğü siyasi güç dengesi zaman içerisinde önemli oranda değişmiş olmasına rağmen, hem kral hem de Riksdag siyaset arenasının başat aktörleri olmaya devam etmişlerdir. Değişikliğe uğrayan R.F. krala az da olsa bir yetki (örneğin özel oturumlarda Parlamento'ya başkanlık etmek) vermiş, tahtın varislerine ilişkin kuralları belirlemiş fakat kralın yetkileri, büyük oranda törensel ve tavsiye niteliğinde olmuştur. 1970'lerin anayasal reformlarından sonra, seçilmiş Riksdag fiili olduğu kadar hukuksal olarak da egemen hale gelmiştir[64].

1974 tarihli R.F günümüze kadar pek çok değişiklik geçirmiştir. Ancak bu değişikliklerin en önemlileri 2011 ve 2014 yıllarında yapılan değişiklik-

---

60 **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 47.

61 **Congleton**, s. 30.

62 **Petersson**, s. 29.

63 **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 47; **Congleton**, s. 30.

64 **Congleton**, s. 30.

lerdir[65]. Çünkü diğer değişikliklere oranla 2011 ve 2014 değişiklikleri, 1974 tarihli R.F'nin bütünüyle gözden geçirilmesi ve köklü değişikliklerin yapılması ile sonuçlanmıştır. Oldukça kapsamlı olan 2011 değişikliği aynı yıl yapılan seçimlerden sonra gerçekleşmiştir. Bu değişiklik Riksdag'ta sandalyesi bulunan bütün partilerin temsilcilerinden oluşan Anayasa Komitesinin 2004 ve 2008 yıllarında yaptığı çalışmalara dayanmaktadır[66]. Bu tip bir çalışmanın yapılmasındaki neden 2000'li yılların başında İsveç'te, akademik ve siyasi çevrelerde anayasa üzerine artan tartışmalardır. Anayasa Komitesinin 2008 yılında oybirliği ile hazırladığı raporun içeriğindeki öneriler hiçbir değişikliğe uğramadan Riksdag tarafından kabul edilmiş, değişiklikler 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir[67]. 2011 değişikliği ile 1974 tarihli R.F'nin yapısı ve dili gözden geçirilmiş ve önemli değişiklikler getirilmiştir. Anayasanın önceki halinde tek başlık altında düzenlenmiş olan Yargı ve idare, yargıya ve idareye ilişkin ayrı başlıklara sahip iki ayrı bölümde düzenlenmiş, ayrıca anayasaya yerel yönetimlere ilişkin yeni bir bölüm eklenmiştir[68].

2011 değişikliği temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak da bazı düzenlemeler ve eklemeler getirmiştir. Örneğin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme cinsel eğilime dayalı ayrımcılık yasağını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir[69]. Ayrıca AİHS'nin 6. maddesi ile uyum sağlama gereğinin bir sonucu olarak hukuksal işlemlerin adil bir şekilde yürütülmesi ve makul bir süre içerisinde tamamlanması yükümlülüğü getirilmiştir. Kamulaştırma veya mülkiyet hakkına etki eden benzeri bir tasarrufta, bedelin ödenmesine ilişkin önceki düzenlemelerdeki belirsizlik giderilerek, malikin hukuksal durumuna açıklık getirilmiştir[70]. Bunun yanı sıra özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeni bir düzenleme de 2011 değişikliği ile anayasa eklenmiştir. 2011 değişikliğinde Hükümet ile Riksdag arasındaki ilişkiler de ele alınmış, sonuç olarak Riksdag'ın Hükümet karşısındaki konumu güçlendirilmiştir[71]. Örneğin Anayasa Komitesinin Hükümetin denetlenmesi alanındaki

---

65 **Isberg**, Magnus: The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and The Riksdag Act, Sveriges Riksdag, 2016, s. 19, 20. Bkz. www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf; **Nergelius**, J.: "Constitutional Reform in Sweden, Some Important Remarks": Tijdschrift voor Constitutioneel Recht, No: 4 (2013), s. 372.

66 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 20.

67 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 20.

68 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 20.

69 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 21.

70 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 21.

71 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 21.

yetkileri arttırılmıştır. 2011 değişiklikleri ile anayasada gerçekleştirilen en önemli yenilik AB üyeliğinin Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilmiş olmasıdır. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemede İsveç'in sadece AB üyesi olduğunun belirtilmiş olmasının dışında, bu üyeliğinin anayasal sonuçlarının ne olduğu sorusu cevapsız bırakılmıştır[72].

2014 yılında yapılan değişiklik, kendisinden önceki değişikliğe göre daha dar kapsamlıdır. Bu değişiklik ile seçim sistemi ve seçimlerde partilerin ön bildirim yükümlülüğünde değişiklik yapılmıştır[73].

II. İSVEÇ ANAYASASININ KURUMSAL BİLEŞENLERİ

İsveç anayasası anayasal statüye sahip dört ayrı hukuksal metinden oluşmaktadır. Bunlar; İsveç toplumunun siyasi örgütlenme şeklini, temel anayasal ilkeleri içeren ve doktrinde gerçek Anayasa olarak nitelenen Regeringsformen (R.F.); gazete, kitap ve dergi gibi yazılı eserlerde ifade özgürlüğünü düzenleyen Basın Özgürlüğü Yasası (Tryckfrihetsförordningen (T.F.)), 1990'ların başından itibaren gelişmeye başlayan görsel ve işitsel medyada yurttaşların ifade özgürlüklerini güvence altına almayı amaçlayan İfade Özgürlüğüne İlişkin Temel Yasa (Yttrandefrihetsgrundlagen(YGL)) ve son olarak, tahtın hangi sıra ve usullere göre kime devredileceğine, veliahtın nasıl yetiştirileceğine ve eğitimine ilişkin hükümler içeren Tahta Veraset Yasasıdır (Successionsordningen(S.O.)).

İsveç anayasa bloğunun temel metnini "Regeringsformen (R.F)" oluşturmaktadır[74]. Esasen, İsveç anayasal bloğunu oluşturan dört belge içinde, klasik Anayasa hukuk doktrini bakımından anayasa olarak nitelendirilmeyi hak eden belge de bu belgedir[75]. R.F. 15 Bölümden oluşmaktadır ve her bölüm kendi içinde madde numaralandırmasını birden başlatmaktadır. R.F.'nin son kısmında, kabul edildiği 1974 yılına ve takip eden yıllarda yapılan değişikliklere ilişkin geçici maddelere de yer verilmiştir. Geçici maddeleri hariç, R.F toplam yüzdoksandört maddeden oluşmaktadır. Bölümlerin başlıkları ve maddelerin bu bölümler içindeki dağılımı şu şekildedir;

1. Bölüm; Devlet Şekline İlişkin Temel İlkeler (10 madde)
2. Bölüm: Temel Hak ve Özgürlükler (25 madde)

---

72 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 22.

73 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 22.

74 **Bkz**. dipnot 10.

75 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 12.

3. Bölüm; Riksdag (İsveç Parlamentosu) (13 madde)
4. Bölüm: Riksdag'ın Çalışma Usulü (14 Madde)
5. Bölüm; Devlet Başkanı (8 madde)
6. Bölüm: Hükümet (Yürütme) (12 madde)
7. Bölüm: Hükümetin Çalışma Usulü (7 madde)
8. Bölüm: Kanun ve diğer Hukuksal Düzenlemeler (22 madde)
9. Bölüm: Mali Yetki (14 madde)
10. Bölüm: Uluslararası İlişkiler (14 madde)
11. Bölüm: Yargının Yönetimi (14 madde)
12. Bölüm: İdare (10 madde)
13. Bölüm: Parlamento Denetimi (9 madde)
14. Bölüm: Yerel Yönetimler (6 madde)
15. Bölüm: Savaş ve Savaş Tehlikesi (16 madde)

Bu makalenin sistematiği ve başlıkları da, anayasanın yukarıda verilen işte bu sistematiğe sadık kalınarak ve fakat makale için çizilen sınırlar da göz önünde bulundurularak oluşturulmuştur.

III. TEMEL İLKELER

R.F.'nin 1. bölümü "Devlet Şekline İlişkin Temel İlkeler" başlığını taşımaktadır. Bu bölümün 1. maddesi halk egemenliğine oldukça güçlü bir vurgu yapmaktadır[76]. Maddenin ilk cümlesine göre; "bütün kamu otoritesi, halktan kaynaklanır"[77]. Bu temel hükmün bir sonucu olarak temsili demokrasinin ve parlamentonun İsveç hükümet sisteminin temelini oluşturduğu söylenebilir[78]. Maddenin devamında İsveç demokrasisinin fikirlerin özgürce oluştuğu, genel ve eşit oy ilkesinin geçerli olduğu, parlamenter hükümet şekline ve yerel yönetim ilkesine dayandığı, kamu otoritesinin de hukuka uygun bir şekilde kullanılması gerektiği belirtilmiştir[79]. İlk bakışta madde metninin demokrasiye yaptığı atıf oldukça yüzeysel görünmekte ve demok-

---

76 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 66,67; **Nyman**, Olle: "The New Swedish Constitution": Scandinavian Studies in Law, Vol. 26 (1982), Stockholm, s. 189; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 13; **Sterzel**, s. 45.

77 R.F. md. 1:1.

78 **Ortwein**, s. 410; **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 51.

79 R.F. md. 1:1; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 13; **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 189.

rasiyi salt bir siyasi karar alma yöntemi olarak belirtilmiş izlenimi yaratmaktadır[80]. Bununla birlikte, demokrasiye atıf yapan diğer maddelere bakıldığında anayasanın daha geniş bir demokrasi anlayışı üzerine inşa edildiği anlaşılmaktadır[81]. Örneğin, anayasada devlet faaliyetlerinin amaçlarından birisi olarak toplumun her kesimine (hakim olan) temel ilke olarak demokrasi idealinin desteklenmesi gerektiği belirtilmiş[82], yine temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin düzenlemede de, temel hak ve özgürlüklerin ancak demokratik bir toplumda kabul edilebilir nitelikteki amaçlara ulaşmak için sınırlanabileceği vurgulanmıştır[83].

Anayasa 1:2 maddesinde kamu faaliyetlerinin yürütülmesinin temel amacına yönelik genel bir çerçeve çizmektedir[84]. Bu maddede, kamu gücünün bireylerin insan onuruna, özgürlüğüne ve herkesin eşit değerine saygılı bir şekilde kullanılacağı, idarenin temel amacının bireylerin kişisel, ekonomik ve kültürel refahını sağlamak olduğu vurgulanmıştır[85]. Buna ek olarak aynı madde devlet kurumlarını, bireylerin sağlık, istihdam, barınma ve eğitim haklarını güvence altına almak ve sosyal güvenlik ve sağlık bakımlarını desteklemekle yükümlü kılmıştır. Maddenin devamında kamu kurumlarının, bugün ve gelecekteki kuşaklar için yaşanabilir bir çevreyi mümkün kılacak sürdürülebilir bir gelişmeyi desteklemesi gerektiği de belirtilmektedir. R.F. md.1:2 hükmüne göre, kamu kurumları herkes için fırsat eşitliğini desteklemek ve bireylerin cinsiyet, renk, ulusal veya etnik köken, dinsel ya da dilsel mensubiyet, bedensel engel, cinsel eğilim, yaş veya başka bir sebebe dayalı olarak maruz kalacakları ayrımcılığa karşı mücadele etmekle yükümlü tutulmuştur. Maddenin son fıkrasında etnik, dilsel ya da dinsel azınlıklara kendi kültürel ve toplumsal yaşamlarını korumayabilmeleri ve geliştirebilmeleri için imkan sunulması gerektiği belirtilmektedir.

Anayasaya göre "Riksdag, halkın en önde gelen temsilcisidir"[86]. Bu hükme yer verilen maddenin devamında Riksdag'ın görevleri olarak, kanun koymak, vergileri belirlemek ve devlet bütçesinin nasıl uygulanacağına karar

---

80 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 25.

81 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 67; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 25.

82 R.F. md. 1:2/4.

83 R.F. md. 2:21.

84 R.F. md. 1:2; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 67.

85 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 67.

86 R.F. md. 1:4/1.

vermek ve hükümeti ve idareyi denetlemek sayılmaktadır[87]. Bu nedenle diğer ülkelerde farklı organlar eliyle kullanılan bazı geleneksel devlet yetkileri İsveç'te Riksdag'ta toplanmış durumdadır[88].

Anayasa'ya göre İsveç parlamenter bir hükümet sistemine sahiptir[89]. Bu nedenle siyasi partiler demokrasinin asli unsurları olarak değerlendirilir[90]. Referandumlar, temsili demokrasinin bir istisnasını oluşturmaktadır. İsveç hukuk uygulamasında, hukuk kurallarının taslak çalışmalarına, diğer ülkelerde gözlemlemeyecek derecede, oldukça güçlü bir değer atfedilmektedir[91]. Taslak çalışmalarına atfedilen bu değerin siyasi partiler bakımından taşıdığı önem ise Anayasanın hazırlık çalışmalarında, siyasi faaliyetlerin, bireyler tarafından serbestçe kurulacak olan siyasi partiler eliyle yürütüleceğinin belirtilmiş olmasıdır. Bu vurgunun yapılmasındaki temel amaç, siyasi partilerin faaliyetlerinin olağan kanunlarla düzenlenmesinin önüne geçilmek istenmesidir[92]. Bu nedenle, siyasi parti faaliyetlerine olağan yasalar ile getirilecek olan muhtemel bir sınırlama ifade ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirilecektir.

Referandum uygulaması İsveç'teki temsili demokrasinin bir istisnasını oluşturmaktadır. İsveç'te 1922'den beri istişari referandum yapmak, 1980 yılından itibaren de anayasa değişiklikleri konusunda bağlayıcı referandum yapmak mümkün hale gelmiştir[93]. İsveç tarihinde istişari referandum bugüne kadar altı defa uygulanmıştır. Bunlardan sonuncusu, 2003 yılında gerçekleşmiş olup, Euro'nun İsveç'in para birimi olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkindir[94].

1974 tarihli R.F., Parlamento'ya atfettiği değer bakımından 1809 tarihli R.F'den farklılık göstermektedir. Yeni R.F. denge ve uyumun bir güvencesi olarak görülen eski kuvvetler ayrılığı düşüncesini terk etmiş, fonksiyonların ayrılığı ilkesini benimsemiştir[95]. İsveç Anayasasının öngördüğü parlamenter hükümet sistemine göre, Devlet Başkanının hiçbir siyasi gücü yoktur ve hükümetin parlamentonun güvenine ya da daha doğru bir ifade ile en azın-

---

87 **Sterzel**, s. 45.
88 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 67.
89 R.F. md. 1:1/2.
90 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 25.
91 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 67.
92 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 25.
93 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 25 ve 26.
94 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 26.
95 **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 57.

dan hoşgörüsüne sahip olması gerekir[96]. Parlamento çoğunluğu her zaman hükümeti düşürme imkanına sahiptir. Buna karşılık hükümetin de Parlamentoya karşı kullanabileceği bir erken seçim kararı alma olanağı bulunmaktadır[97]. Anayasanın önce Parlamentoyu, takip eden bölümlerinde Devlet Başkanlığını ve hükümeti düzenlemesinin, ona verdiği değer bakımından da sembolik bir önemi bulunmaktadır[98]. R.F.1:5 maddesi, monarşiyi düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre Kral ya da Kraliçe devletin başı konumundadır[99]. Bununla birlikte, Parlamenter hükümet sistemin bir gereği olarak Kral ya da Kraliçe'nin yetkilerinin gerçek olmadığı, temsili nitelikte olduğu belirtilmelidir[100]. R.F.md.1:6 hükmüne göre "Hükümet, Riksdag'a karşı sorumludur".

İsveç'te yerel yönetimlere verilen önem, bu kurumlara Anayasanın daha birinci maddesinde yer ayrılmış olmasında ve yine aynı bölümün 7. maddesinde müstakil bir düzenlemeye yer vermiş olmasında kendisini göstermektedir. Gerçekten de Belediyeler ve Şehir Konseyleri İsveç idari teşkilatı içinde oldukça geniş bir yer işgal etmektedir[101]. Yerel yönetimlerde temel ilke, bu yönetimlerin bölgelerindeki işlerle ilgili kendi kararlarını kendilerinin vermesi şeklinde özetlenebilir. 2011 değişiklikleri ile R.F.'ye eklenen 14. bölüm ile yerel yönetimler anayasada münhasır bir düzenleme alanına sahip olmuşlardır. Bu anlamda Yerel Yönetimler Yasası uyarınca yerel yönetimler merkezi hükümetin münhasır sorumluluk alanına ve başka bir yerel yönetimin yetki alanına girmeyen, sadece kendi bölgesinde ikamet eden kişilerle ilgili konularda yetki sahibi durumundadır[102].

Anayasanın devlete hakim olan temel ilkelerinin düzenlendiği birinci bölümünde yargı ve idareye ilişkin olarak da bazı düzenlemeler getirilmektedir. Buna göre yargı ve idare ile kamu gücünü kullanan diğer kurumlar görevlerini yerine getirirken yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranmalı ve tarafsız ve bağımsız hareket etmelidirler[103].

---

96 **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 56; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 26.

97 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 26.

98 **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 56.

99 R.F. md. 1:5; **Sterzel**, s. 46.

100 **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 56.

101 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 26.

102 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 67, 68.

103 R.F. md. 1:9.

IV. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Anayasanın 1. bölümünde belirtilen ilkelerin gerçekleştirilebilmesi ve güvence altına alınabilmesi için, sadece devlet organlarının yapıları, yetkileri ve görevleri ile ilgili değil, demokratik bir devlet yönetiminin gerçekleştirilebilmesi için ön koşul olan bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile ilgili kurallara da yer verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle anayasanın bir tür haklar bildirgesi ya da haklar kataloğu içermesi bir zorunluluktur[104]. Oysa İsveç anayasası, kamu otoritelerine karşı güvenceye alınmış, dokunulamaz ve iyi bir şekilde kaleme alınmış bir insan hakları listesi beklentisi içinde olanlar için bir hayal kırıklığı yaratmaktadır[105]. Anayasanın insan haklarına yaklaşımındaki temel mantık, temel hakların, Anayasa var olduğu için var oldukları ve sadece Anayasanın çizdiği sınırlar içinde var oldukları yönündedir[106]. Anayasanın temel hak ve özgürlükler ile ilgili getirdiği sistemin en dikkat çekici kısmı, sınırlama rejimidir. Bu bağlamda tartışmanın odak noktasını, parlamentonun faaliyet alanını gereğinden fazla kısıtlamadan, temel hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisinin sınırlanması sorunu oluşturmaktadır. İsveç sisteminin amacı, yargıya ve diğer kamu otoritelerine karşı ileri sürülebilecek bağlayıcı hukuk kuralları sağlamaktır[107]. Bu bağlamda R.F'nin 2. bölümü BM ve Avrupa Konseyi gibi uluslar arası örgütlerin bünyesinde kabul edilmiş insan hakları belgelerinde güvence altına alınmış farklı kategorilerde sınıflandırılan hak ve özgürlüklere ayrılmıştır. Bu bölüm, Anayasanın diğer bölümlerine oranla daha uzundur (25 madde)[108].

Temel hak ve özgürlükler ile ilgili düzenlemelerde dikkat çeken birkaç özellik bulunmaktadır. İlk olarak, Anayasa, birkaç küçük istisna dışında, temel hak ve özgürlükleri "bireylere" karşı değil, "topluma/topluluğa" karşı güvence altına almaktadır[109]. Yani İsveç hukukunda temel hak ve özgürlüklere sağlanan güvencenin yatay etkisi (Drittwirkung) sorunu çözümsüz bırakılmıştır[110]. Temel hak ve özgürlükler ile ilgili dikkat çeken ikinci nokta hak ve özgürlüklerin olağan yasalarla sınırlanması tekniği ve imkanına

---

104 **Nyman**, Some Basic Feautures, s. 51.

105 **Palm**, s. 64.

106 **Palm**, s. 64.

107 **Palm**, s. 64.

108 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 68.

109 **Palm**, s. 65.

110 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 38; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 68.

yapılan vurgudur[111]. Düzenlemelerde dikkat çeken bir diğer husus da, anayasada siyasi karar alma sürecine katılımı sağlayan "siyasi" nitelikteki temel hak ve özgürlüklere merkezi bir yerin ayrılmış olmasıdır[112]. Bu hak ve özgürlükler, R.F. md. 2.1 ile md. 2.2'de düzenlenmektedir. Anayasanın buradaki amacının, siyasi, dinsel ve kültürel alanlarda serbest fikir ve kanaat oluşumunu güvence altına almak olduğu söylenebilir. Temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği 2. bölümün 4 ila 8. maddelerinde, bireyi gayri insani cezaya ve bireyi taciz edici ya da zorlayıcı başkaca fiziksel ve ruhsal müdahalelere karşı koruyan temel hak ve özgürlüklere yer verilmektedir. Genel olarak bakıldığında Anayasa, bireyin ekonomik hak ve özgürlükleri konusunda sessiz kalmaktadır[113]. Doktrinde anayasanın bu alandaki sessizliği, anayasa hükümleri üzerinde mümkün olan en yüksek toplumsal mutabakat oranının sağlanması gerekliliği ile açıklanmaktadır[114].

2. bölümün 9 ila 11. Maddelerinin konusu hukuki güvenlik ilkesidir. "Hukukun üstünlüğü" ara başlığını taşıyan bu bölümde kanuni hakim güvencesi, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, lehe kanunun uygulanması ilkesi, davaların makul sürede sonuçlandırılması, yargılamanın aleniliği, vergilerin ve diğer mali yükümlülüklerin kanuniliği ilkesi gibi evrensel ilkelere yer verilmiştir[115].

12. ve 13. maddelerde İsveç'te son derece hassas bir konu olarak değerlendirilen ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir. 12. madde düzenlemesinde dikkat çeken konu, genel ayrımcılık ilkesi yerine azınlık gruplarına mensubiyete dayalı ayrımcılığın düzenlenmiş olmasıdır. Bu hükme göre hiçbir yasal düzenleme bir kimseye etnik köken, renk veya benzer özelliklere dayalı olarak bir azınlık grubuna mensup olması veya cinsel eğilimi dolayısıyla ayrımcılık yaratacak şekilde uygulanamaz[116]. 13. maddede de bir önceki düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikte bir hükme yer verilerek, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla yapılan pozitif ayrımcılığın ve askerlik hizmetine veya muadili bir hizmete ilişkin düzenlemenin ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyeceği düzenlenmiştir[117]. Ayrımcılık yasağının düzenlen-

---

111 **Palm**, s. 65.
112 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 28.
113 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 28.
114 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 23.
115 R.F. md. 2:9-11.
116 R.F. md. 2:12.
117 R.F. md. 2:13.

diği bölümde, içerik olarak diğer iki madde ile örtüşmeyen 14. maddede ise, sendika veya işveren ve işveren derneklerinin aksi yasa ile veya bir sözleşme ile belirtilmediği müddetçe greve gidebilecekleri düzenlenmektedir[118]. Bu içerikte bir maddenin neden ayrımcılık yasağının düzenlediği bölümde yer aldığı ise belirsizdir.

2. bölümün 15. maddesi mülkiyet hakkına hasredilmiş ve idarenin kamulaştırma vb. işlemleri ile mülkiyet hakkını ortadan kaldırması halinde malike yapılacak ödeme ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Bu maddede dikkat çekici düzenleme son fıkrada yer almaktadır. Bu hükme göre, "genel giriş hakkı" bağlamında herkesin doğal çevreye erişim hakkı bulunmaktadır. Bu düzenleme İsveç'te yaşayan her bireyin ormanlara ve diğer tabiat ortamlarına serbestçe girmesine ve buralardaki doğal kaynaklardan serbestçe yararlanmasına anayasal bir güvence sağlamaktadır[119].

Anayasanın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bölümü ile ilgili en önemli tartışma, söz konusu hak ve özgürlüklere sağlanan güvenceye kamu otoriteleri tarafında riayet edilip edilmediğinin denetlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır[120]. R.F.'nin taslak çalışmalarında bu alanda bir yargısal denetimin bulunması gerekliliği dile getirilmiş olmakla birlikte, bu görüş temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını incelemenin olağan bir yargısal işlem haline gelmemesi gerektiği gerekçesi ile kabul edilmemiştir[121]. Bu görüşe göre Riksdag tarafından kabul edilen bir hukuk kuralının, olağanüstü haller dışındaki bir nedenle iptal edilmesi, yasama organına yönelik toplumsal güveni sarsacaktır. Buna ek olarak yargıçların atanması da siyasi tercihlerden etkilenir hale gelecektir[122].

Taslak çalışmalarında anayasaya uygunluk denetimi üzerine yapılan uzun tartışmaların ardından, R.F'nin 11. bölümünün 14. maddesi kabul edilmiştir[123]. Bu maddeye göre; eğer bir mahkeme ya da devlet kurumu önüne gelen olaya uygulayacağı hukuk kuralının içerik ya da usul olarak temel yasalara aykırı olduğunu tespit ederse, söz konusu yasayı uygulamaktan imtina edebilecektir[124]. 2011 yılında R.F.'de yapılan değişikliğin 11:14. maddeye de yansıması olmuştur. Anayasa değişikliği öncesinde 11. bölümde

---

118 R.F. md. 2:14.

119 R.F. md. 2:15.

120 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 28.

121 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 28.

122 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 23.

123 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 23.

124 R.F. md. 11:14.

bir arada düzenlenen yargı ve idare, değişiklikten sonra anayasanın ayrı bölümlerinde düzenlenir hale gelmiştir. Bu nedenle değişiklik öncesi 11:14. maddede yer alan anayasaya uygunlu denetimi, değişiklik sonrasında yargı ve idare için aynı içerikte ve fakat ayrı ayrı maddelerde düzenlenir olmuştur. Bu bağlamda, yeni düzenlemede mahkemelere anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi veren madde 11:14 iken idari mercilere bu yetkiyi anayasanın 12:10. maddesi sağlamaktadır.

İsveç'in 1950 yılında AİHS'ne taraf olması ile birlikte, R.F'deki temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler önemini yitirmeye başlamıştır[125]. Özellikle 1982 yılından başlamak üzere İsveç hukuk düzeninin medeni hak ve özgürlükler alanındaki eksikliğinin Sözleşmeye aykırılığını tespit eden bir dizi AİHM kararının ardından İsveç, AİHS'ni iç hukukunun bir parçası haline getirmeye yönelik adımlar atmıştır. Bu adımlardan en önemlisi Anayasada yapılan değişikliğin ardından bireylerin hak ve özgürlükleri üzerinde etki doğuran bazı idari kararlara karşı Yüksek İdare Mahkemesinde dava açma yetkisini düzenleyen "İdarenin Belli Kararlarının Yargısal Denetimine Dair Kanun"'un kabul edilmiş olmasıdır[126]. 1994 yılında AİHS bütünüyle İsveç hukukunun bir parçası haline gelmiştir. AİHS'ni iç hukukun bir parçası haline getirilmesi sürecinde, Sözleşmenin, temel yasaların bir parçası mı olacağı yoksa olağan bir yazılı hukuk kuralı olarak mı değerlendirileceği konusunda tartışmalar yaşanmıştır[127]. Bu tartışmaların ardından Sözleşmenin olağan bir yasa gibi yayınlanmasına karar verilmiş ve fakat Anayasaya Sözleşme ile üstlenilen yükümlülüklere aykırı bir hukuksal düzenleme yapılmasını yasaklayan özel bir hüküm konulması konusunda bir mutabakat sağlanmıştır. İşte Anayasa'nın 2:19. maddesi hükmü bu mutabakatın bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır ve Sözleşmenin İsveç ulusal hukuku karşısındaki konumunu düzenlemektedir. Bu madde hükmünde; AİHS nedeniyle İsveç'in üstlendiği yükümlülükler ile çatışan herhangi bir hukuksal düzenlemenin kabul edilemeyeceği ve yürürlük kazanamayacağı belirtilmektedir[128].

Anayasa, 2. bölümünde yer alan temel hak ve özgürlükler arasında sınırlandırılma yöntemleri bakımından bir ayrım yapmaktadır[129]. Bu bağ-

---

125 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 28.

126 Yasanın İsveççe metni için bkz. www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1988205-om-rattsprovning-av-vissa_sfs-1988-205

127 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 24.

128 R.F. md. 2:19.

129 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 38 ve 39; **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 192.

lamda bazı hak ve özgürlüklere özel bir ilgi gösterilmektedir[130]. Öyle ki, bu hak ve özgürlükler mutlak niteliktedir ve anayasada bir değişiklik yapılmadan sınırlandırılmaları mümkün değildir[131]. Kendisine mutlak nitelik atfedilen bu hak ve özgürlükler dışında kalan bir diğer hak ve özgürlük kategorisi de olağan yasalarla ya da diğer hukuksal düzenleme şekilleri ile sınırlandırılabilir nitelikte olanlardır[132].

Anayasa siyasi hak ve özgürlükleri oldukça detaylı sayılabilecek bir şekilde tanımlamakta ve temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirecek bir yasa teklifinde yasama organının uyması gereken temel ilkeleri içeren *nitelikli usul kurallarına (qualified procedure rules)* yer vermektedir[133]. Mutlak hak ve özgürlükler dışında kalan hak ve özgürlüklerin düzenlenme yöntemi için R.F.'nin 2. bölümde somut bir tanım ve özel bir usul belirtilmediği gözlemlenmektedir. Bu nedenle söz konusu hak ve özgürlüklere ilişkin hukuksal düzenlemelerin taşıması gereken nitelikler hakkında Anayasanın 8. bölümünde yer alan genel kurallara müracaat edilmektedir. Anayasanın 8.bölümünde, ayrıntılı tanımları ve sınırlandırılma rejimine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiş olan temel hak ve özgürlükler dışında kalan hak ve özgürlükler için 8:2. madde göze çarpmaktadır. Bu maddeye göre; bireyler ile kamu kurumları arasında, bireylere yükümlülük getiren ya da onların kişisel veya ekonomik koşullarına müdahaleyi öngören ilişkiler kanunla düzenlenir[134]. Aynı şekilde suç oluşturan fiiller ya da bu fiillerin hukuksal etkileri, vergi, müsadere ve benzer uygulamalar da kanunla düzenlenecektir[135].

R.F.'nin 2. bölümünde düzenlenen **mutlak hak ve özgürlükler** şunlardır[136];

- İbadet özgürlüğü: Kişinin tek başına ya da başkaları ile birlikte toplu olarak dinini uygulaması özgürlüğü (md. 2:1/1)

---

130 **Palm**, s. 66.

131 **Palm**, s. 65; **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 192; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 38; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 29.

132 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 30; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 39; **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 192.

133 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 39, 40; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 30.

134 R.F. md. 8:2.

135 R.F. md. 8:3.

136 **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 192 ve 193; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 38, 39.

- Kişinin siyasi, dinsel, kültürel veya benzer bir içerikteki görüşünü açıklamaya zorlanması yasağı (md. 2:2)
- Kişinin, bir görüşün oluşturulması için yapılan toplantıya veya gösteri yürüyüşüne ya da bir fikir açıklamasına katılmaya zorlanması yasağı (md. 2:2)
- kişinin siyasi bir topluluğa, dinsel bir cemaate ya da dinsel, kültürel veya benzer içerikteki bir görüşü destekleme amaçlı bir topluluğa katılmaya zorlanması yasağı (md. 2:2)
- bir İsveç vatandaşı hakkında, onun rızası hilafına, salt siyasi görüşüne dayalı olarak kayıt tutulması yasağı (md. 2:3)
- ölüm cezası yasağı (md. 2:4)
- bedensel ceza ve zorla ya da baskı ile ifade almak için işkence ve tıbbi müdahale yasağı (md. 2:5)
- İsveç vatandaşlarının sınır dışı edilmesinin yasaklanması ya da ülkeye girmekten alıkonulmasına karşı korunması. (md. 2:7)
- suç şüphesi nedeniyle resmi makamlarca özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin mahkemeye başvuru hakkı (md. 2:9)
- Ceza yaptırımlarının geçmişe etki etmesi yasağı (md. 2:10/1)
- vergi ve diğer harçların geçmişe etki etmesi yasağı. Meclis, savaş, savaş tehlikesi ya da önemli bir ekonomik kriz döneminde istisnai uygulamalar yapabilecektir. (md. 2:10/2).
- belli bir uyuşmazlığa ya da suça veya davaya yönelik olarak özel bir mahkeme kurulması yasağı (md. 2:11/1)
- Davaların adil bir şekilde yürütülmesi ve makul bir sürede sonuçlandırılması yükümlülüğü.(md. 2:11/2).

Olağan yasa ile sınırlanabilen ve fakat hak ve özgürlüğe sınırlandırma getiren yasanın kabulünde *nitelikli usul kurallarına* uyma zorunluluğu bulunan temel hak ve özgürlükler ise şu şekilde sıralanabilir[137];

- İfade özgürlüğü: sözlü, görüntülü, yazılı veya başka bir yolla bilgi iletmek ve düşünce, görüş ve duyguların açığa vurulması özgürlüğü (md. 2:1/1)

---

137 **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 193; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 39; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 30 ve 31.

- Bilgi edinme özgürlüğü: Bilgi sağlama ve edinme veya kişinin başkalarının sözlerinden haberdar edilmesi özgürlüğü (md. 2:1/2)
- Toplantı özgürlüğü: bilgi edinme veya düşüncelerin ifadesi edilmesi ya da benzer bir amaç için veya sanatsal bir çalışmanın sunumu amacıyla toplantı yapma veya toplantıya katılma özgürlüğü. (md. 2:1/3)
- Gösteri yürüyüşü özgürlüğü: kamusal bir alanda gösteri yapma ya da gösteriye katılma özgürlüğü. (md. 2:1/4)
- Örgütlenme özgürlüğü: kamusal ya da bireysel amaçlar etrafında başkaları ile örgütlenme özgürlüğü. (md. 2:1/5)
- Vücudun ve konutun aranması veya mahremiyetin başka şekillerde ihlal edilmesi yasağı(md. 2:6/1)
- Haberleşmenin veya iletişimin gizliliği (md. 2:6/1)
- özel hayatın gizliliğine önemli bir müdahale oluşturacak şekilde bireyin kişisel durumunun izlenmesi ya da sistematik olarak takip edilmesi yasağı (md. 2:6/2)
- Kişisel özgürlükten mahrum bırakılma yasağı ve ülke içinde ve ülke dışına seyahat özgürlüğü (md. 2:8).
- Yargılamanın aleniliği ilkesi (md. 2:11/2)

Anayasa, olağan yasalar ile sınırlanabilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında göz önünde bulundurulması gereken bazı kriterler getirmektedir[138]. Buna göre ilk olarak sınırlamanın "*demokratik bir toplumda kabul edilebilir*" olması gerekir[139]. İkinci olarak sınırlama, "*sınırlama sebebini oluşturan amaç göz önüne alındığında gerekli olan*"ın ötesine geçmemelidir. Buna ek olarak sınırlama, "*demokrasinin temellerinden birisi olan fikirlerin serbestçe oluşmasına yönelik bir tehdit oluşturacak boyuta ulaşmamalıdır*"[140]. Anayasaya göre temel hak ve özgürlüklere "*salt siyasi, dinsel, kültürel ya da benzer diğer görüşlere dayalı*" herhangi bir sınırlama getirilemeyeceğini de belirtmektedir[141]. Anayasa, 2:23 ve 2:24. maddelerinde ifade özgürlüğü, bilgi edinme özgürlüğü, toplantı özgürlüğü, gösteri yürüyüşü özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin daha

---

138 R.F. md. 2:21; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 70; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 39.

139 R.F. md. 2:21; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 70.

140 R.F. md. 2:21; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 70.

141 R.F. md. 2:21.

detaylı bazı kriterler getirilmektedir[142]. Buna göre, bu özgürlükler, Anayasanın 8:5. maddesi uyarınca Riksdag'ın kanun ile verdiği yetkiye dayanarak Hükümetçe çıkartılacak kararname ile ve kamu hizmetinin yerine getirilmesi esnasında kişilerin öğrendiği bilgilerin ifşasının yasaklanması amacıyla sınırlanabilecektir[143]. R.F, md. 2:23'de ifade özgürlüğüne ve bilgi edinme özgürlüğüne getirilebilecek sınırlama nedenleri sayılmaktadır. Bu düzenlemeye göre ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğü ülkenin güvenliği, ulusal düzeyde mal ve hizmetlerin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliği, kişilerin şöhretinin korunması, özel hayatın dokunulmazlığı ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi sınırlı sayıdaki nedene dayalı olarak sınırlanabilir[144]. Bunun dışında bu özgürlükler *"özel olarak önemli nedenlerin ortaya çıkması halinde"* de sınırlanabilecektir. Toplantı özgürlüğü ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü de benzer şekilde kamu güvenliği ve düzeni ya da trafik akışının sağlanması gerekçesiyle ve ülke güvenliğinin sağlanması veya salgın hastalıkla mücadele nedeniyle sınırlanabilecektir[145]. Bu özgürlükler için sayılan sınırlama nedenlerine genel olarak bakıldığında, örneğin *"mal ve hizmetlerin ulusal düzeyde sağlanması"* amacının ifade özgürlüğünün sınırlanmasında ya da toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün *"trafik akışının sağlanması"* amacıyla sınırlanmasında olduğu gibi, bazı sınırlama amaçlarının devlete oldukça geniş bir takdir yetkisi tanır nitelikte olduğu gözlenmektedir. Buna ek olarak, ifade özgürlüğünün de *"özel olarak önemli nedenlerin ortaya çıkması halinde"* sınırlanabilmesi gibi, oldukça geniş ve soyut anlamlı nedenlerle bu özgürlüğün sınırlanabileceği anlamına gelmektedir[146].

Yasama organının temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirirken ırk, renk, etnik köken ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını da göz önünde bulundurması gerekmektedir[147].

Anayasanın, bazı temel hakları etkileyen her türlü yasama faaliyetine ilişkin *nitelikli usul kuralları (qualified procedure rules)* öngördüğü belirtilmişti[148]. Bu ilkeye göre, olağan hukuksal düzenlemeler ile sınırlanabilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama getiren bir hukuksal düzenleme

---

142 R.F. md. 2:20; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 39.

143 R.F. md. 2:20/2.

144 R.F. md. 2:23.

145 R.F. md. 2:24.

146 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 70 ve 71.

147 R.F. md. 2:15 ve md. 2:16.

148 **Palm**, s. 67; R.F. md. 2:12/2 ve 5.

hakkında Mecliste yapılan oylamaya katılanların 1/6'dan fazla sayıdaki temsilci, söz konusu düzenlemeyi oniki ay askıda tutma imkanına sahiptir[149]. Bir yasa teklifine nitelikli usul kurallarının uygulanabilir nitelikte olup olmadığına Riksdag adına Anayasa Komitesi karar verir. Ancak Anayasa Komitesi bu usulün uygulanabilir nitelikte olmadığı yönündeki kararını, Yasama Konseyine danışmaksızın ilan edemez[150]. Bu kural ile temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirecek bir yasama faaliyeti için Mecliste mümkün olan en fazla desteği sağlayacak bir soğuma süresi getirilmek ve konunun kamuoyunda daha etraflı bir şekilde tartışılması sağlanmak istenmiştir[151]. Buna ek olarak, nitelikli usul kuralı, temel hak ve özgürlüklerin Riksdag çoğunluğu tarafından keyfi bir şekilde sınırlanmasına karşı önleyici ve kamuoyunun dikkatini çekici bir işleve de sahiptir[152].

Mutlak nitelikli hak ve özgürlükler ile nitelikli usul kuralına uygun olarak çıkartılan olağan yasalar ile sınırlanabilen hak ve özgürlükler dışında anayasada daha zayıf bir güvence ile korunan hak ve özgürlükler de bulunmaktadır[153]. Tabi oldukları sınırlama rejimi nedeniyle diğer iki kategoriden ayrı değerlendirilebilecek bu hak ve özgürlükler; grev hakkı (md. 2:14), mülkiyet hakkı ve genel giriş hakkı (md. 2:15), telif hakkı (md. 2:16), ticaret özgürlüğü ve mesleğin icrası özgürlüğü (md. 2:17/1) ve son olarak da eğitim hakkı ve araştırma özgürlüğüdür (md. 2:18). Grev hakkı yasayla ya da bir anlaşma ile sınırlanabilmektedir[154]. Kamu yararı nedeniyle kamulaştırma vasıtasıyla mülkiyet hakkı ortadan kaldırılabilir ve fakat bu durumda malikin maddi kaybı eksiksiz olarak karşılanacaktır[155]. Ticaret hakkına ve mesleğin icrası özgürlüğüne sadece *"sıkıştıran toplumsal bir çıkar"* nedeniyle sınırlama getirilebilecektir. Aynı düzenlemede bu tip bir sınırlamanın belli bir kişi ya da şirketin ekonomik çıkarlarını korumak için getirilemeyeceği de belirtilmektedir[156]. Ücretsiz temel eğitim hakkı[157], dar bir yorumla mutlak bir hak olarak nitelenebilir[158]. Zira zorunlu eğitim hakkından sadece çocuklar

---

149 **Palm**, s. 67; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 40.

150 R.O. md. 10:5/3.

151 **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 190.

152 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 32.

153 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 40; **Nyman**, The New Swedish Constitution, s. 193.

154 R.F. md. 2:14.

155 R.F. md. 2:15.

156 R.F. md. 2:17.

157 R.F. md. 2:18.

158 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 32.

yararlanabilmektedir. Bu hakkın kapsamı sadece olağan yasalarla genişletilemez ancak olağan yasalar ile sınırlanabilir[159].

Bu son kategorideki hak ve özgürlüklerin hepsinin içeriğinde olağan hukuksal düzenlemeler ile oldukça geniş kapsamlı, sık sık ve kesin bir biçimde düzenlemeler yapılabilir. Böyle bir durumda yasama organı anayasanın temel hakların düzenlenmesine ilişkin olarak getirdiği herhangi bir kriter ile bağlı değildir. Anayasa bu hakların kapsamının tespitinde yasama organına, "*yasa ile getirilen ilkelere/kurallara göre belirlenecektir* (md. 2:15/2 ve md. 2:16)"; "*bir yasa ya da anlaşma ile sınırlanabilir* (md. 2:14)"; "*sıkıştıran kamusal bir çıkarın karşılanması için gerekli olması halinde* (md. 2:15/1)" gibi ifadelerle oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

R.F'nin 2. bölümünde güvence altına alınan hak ve özgürlükler, genel olarak ülkede bulunan yabancılara da uygulanır[160]. Bununla birlikte anayasa ülkede bulunan yabancılar için bazı özgürlükler bakımından daha özel sınırlamaların getirilebileceğini düzenlemektedir[161]. Buna ek olarak anayasada İsveç'in AİHS ile üstlendiği yükümlülüklere aykırı herhangi bir hukuksal düzenlemenin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir[162].

V. YASAMA (RIKSDAG)

Anayasanın 3. bölümü, Riksdag'a (İsveç Parlamentosu) özgülenmiş durumdadır. Ancak İsveç hukukunda Riksdag'ın oluşumu, işleyişi ve seçimler ile ilgili kurallar sadece bu düzenlemelerden ibaret değildir. Anayasa'nın 3. bölümündeki bu düzenlemeler, Meclis İçtüzüğü (Riksdagsordningen (RO)) ve Halkın Temsili Yasası (Representation of the People Act) ile tamamlanmaktadır[163].

Meclis İçtüzüğü (RO),bazı yönleri ile bir tür anayasal niteliği haiz iken bazı yönleri itibariyle de sıradan yasa özelliklerini taşımaktadır. Yasanın belli bölümleri, sadece Anayasanın değiştirilmesi usulüne göre ya da Riksdag'ın nitelikli çoğunluğu ile değiştirilebilirken, daha çok Riksdag'ın çalışma şekline ilişkin pratik konuları düzenleyen bölümleri sıradan bir oylama ile değiştirilebilir niteliktedir[164].

---

159 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 32.

160 **Palm**, s. 68, 69; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 32.

161 R.F. md. 2:25.

162 R.F. md. 2:19.

163 **Nyman**, Some Basic Features, s. 64.

164 **Larsson**, s. 27; **Nyman**, Some Basic Features, s. 47.

Riksdag, diğer ülkelerdeki seçilmiş parlamentoların sahip olduğu klasik yetkilere sahiptir. Bunlardan ilki yasama yetkisidir. Bu anlamda temel olarak İsveç'te Anayasayı ve kanunları Riksdag yapar ve değiştirir. Riksdag'ın ikinci önemli yetkisi mali kontrol yetkisidir. Bu anlamda devlet gelir ve giderlerine ilişkin karar merci Riksdag'tır. Riksdag'ın sahip olduğu üçüncü temel yetki hükümetin ve idarenin denetlenmesidir. Parlamenter hükümet sisteminin temel ilkesi olarak hükümetin ülkeyi yönetebilmesi için Parlamento'nun güvenine sahip olması gerekmektedir. Bu anlamda Riksdag, bir güvensizlik oyu ile hükümeti düşürme yetkisine sahiptir. Riksdag'ın sahip olduğu dördüncü yetki, dış işlerine ilişkindir. İsveç'in taraf olduğu uluslararası anlaşmaların Riksdag tarafından onaylanması gerekmektedir. Buna ek olarak, Riksdag, Dış İlişkiler Tavsiye Komitesi'ndeki üyeleri aracılığı ile hükümetin dış işlerindeki politikasını etkileme imkanına da sahiptir[165].

Riksdag'da önceden üçyüzelli olan sandalye sayısı, 1973 ve 1976 yıllarında mecliste bulunan üye sayısının farklı siyasi çizgide iki parti arasında eşit olarak bölünmesi sonucunda, üye tam sayısının bir azaltılmasına karar verilerek üçyüzkırkdokuza düşürülmüştür[166]. Üçyüzkırkdokuz sandalye siyasi partiler arasında ama aynı zamanda seçmenler arasında dağıtılmaktadır[167]. İlke olarak seçmenler partiler için oy kullanırlar ancak seçmenlerin oy pusulasında yer alan herhangi bir adayı işaretlemek suretiyle kişisel tercih oylaması yapması da mümkündür[168]. Bu şekilde yapılan seçimler sonucunda Riksdag, ülkedeki farklı siyasi görüşlerin ve farklı bölgesel çıkarların temsiline imkan sağlayacak bir kompozisyona sahip olmaktadır. Seçim sisteminde, sandalyelerin tek sayı yöntemine göre dağıtıldığı nisbi temsil esası geçerlidir[169]. Ülke, yirmidokuz seçim bölgesine bölünmüştür[170]. Sandalyelerin çoğunluğu (310 sandalye), seçime katılanlar arasında sabit bir oran gözetilerek seçim bölgeleri arasında, her bir bölgedeki seçmen sayısı göz önünde bulundurularak dağıtılırken, küçük bir kısmı (39 sandalye), ulusal orantıyı sağlamak için *"denkleştirici sandalyeler"* olarak muhafaza edilir[171]. Seçim sistemi, küçük partiler için bir baraj getirmektedir. Buna göre, ülke

---

165 **Petersson**, s. 64 ve 65.

166 R.F. md. 3:2; **Ortwein**, s. 410; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 71; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 33.

167 R.F. md. 3:1.

168 R.F. md. 3:1.; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 33.

169 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 33.

170 R.F. md. 3:5.

171 R.F. md. 3:6; **Sterzel**, s. 47; **Larsson**, s. 27, 28.

genelindeki toplam oyların en az %4'ünü almayı başarabilmiş partiler mecliste temsil imkanına sahip olabilmektedir[172]. Bütün ülkede kullanılan oyların %4'ü Riksdag'ta ondört sandalyeye tekabül etmektedir. Bununla birlikte, burada önemli bir nokta bulunmaktadır. Ülke genelindeki toplam oyların %4'ünü alamamış ancak bir seçim bölgesindeki oyların en az % 12'sini almayı başarmış parti, denkleştirici sandalyelerin dağıtımına katılamamakla birlikte, söz konusu seçim bölgesine tahsis edilen ve sabit orana göre dağıtılan sandalyelerde hak sahibi olabilmektedir[173]. % 4 barajının getirilmesinin nedeni, parlamentonun partiler arasında çok fazla bölünmesinin ve sonuç olarak mecliste buna bağlı sorunlar yaşanmasının önlenmek istenmesidir. İlke olarak, seçim sistemi, barajı geçemeyen partiye verilen oylar dışında bütün oylara aynı değeri vermektedir. Bu bağlamda barajı geçebilen partiler arasında, en fazla oyu alan parti, küçük partilere göre öncelikten yararlanamamaktadır. İsveç Parlamentosu dört yılda bir, Eylül ayının ikinci Pazar günü yapılan genel seçimler sonucunda seçilir[174]. Bununla birlikte, normal süreler içerisinde her zaman erken seçim yapılması da mümkündür. Riksdag her yıl, Ekim ayının başında toplanır.[175] Hükümet, yeni seçilen meclisin ilk toplantısını gerçekleştirdiği tarihten itibaren üç ay geçmeden bir erken seçim kararı alamaz[176]. Diğer çoğu ülkenin aksine İsveç'te yapılan bir erken seçimin ardından dört yıllık yeni bir yasama dönemi başlamaz. Erken seçim sonunda yeniden oluşan Riksdag, olağan genel seçimlerden arta kalan süre boyunca görev yapar. Bu düzenleme, erken seçim kararını hükümet için elverişsiz bir vasıta haline getirmiştir ve 1974 tarihli R.F yürürlüğe girdiğinden bugüne kadar hiçbir hükümet tarafından kullanılmamıştır[177]. Riksdag, seçimlerden sonraki onbeşinci günde ilk toplantısını gerçekleştirir ancak bu toplantı seçim sonuçlarının açıklanmasının üzerinden dört gün geçmeden yapılamaz[178]. Bu tip bir kuralın amacı, seçim sonuçlarının süratle tespit edilerek açıklanmasının sağlanmasıdır. Riksdag her zaman işlevini yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bu nedenle olağan toplantı halinde bulunmadığı dönemde de Riksdag olağanüstü toplan-

---

172 R.F. md. 3:7; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 33; **Sterzel**, s. 48.

173 R.F. md. 3:7; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 33; **Sterzel**, s. 48.

174 R.F. md. 3:3; **Sterzel**, s. 47; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 34.

175 **Sterzel**, s. 48.

176 R.F. md. 3:11.

177 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 34.

178 R.F. md. 3:10.

tıya çağırılabilir. Riksdag dört yıllık yasama dönemi için kendi üyeleri arasından bir Meclis Başkanı ve üç Meclis Başkan Yardımcısı atar[179]. Meclis Başkanı Riksdag toplantılarına başkanlık eder ve tarafsızdır. Bu nedenle Meclis Başkanı ve yardımcıları Riksdag tarafından müzakere edilmekte olan bir konu hakkında beyanda bulunamazlar[180].

Onsekiz yaşını ikmal etmiş ve İsveç'te ikamet eden her İsveç vatandaşı seçme ve seçilme hakkına sahiptir[181]. Bunun dışında Parlamento'ya seçilmek için başka bir şart aranmamaktadır[182]. Bununla birlikte, suç işlemiş üyeler, suçlu bulunmaları halinde mahkeme kararı ile temsil yetkisinden mahrum bırakılabilirler. Parlamentonun hiçbir üyesi Parlamento'nun izni olmaksızın görevinden ayrılamaz[183]. Her üye, görevini hiçbir kısıtlama olmaksızın yerine getirebilir. Bu nedenle, parlamento üyesi olarak seçilen kişi üyeliğinin sona ermesinden sonra, istediği zaman istediği işte çalışma garantisine sahiptir[184].

Parlamentonun hiçbir üyesi, görevi esnasında gerçekleştirdiği bir fiil ya da açıkladığı bir düşünce nedeniyle özgürlüğünden mahrum bırakılmasını veya ülke içinde hareketlerinin sınırlanmasını gerektirecek yasal bir takibata muhatap bırakılamaz[185]. Bu kuralın tek istisnası bu konuda parlamentoda yapılan oylamaya katılan üyelerin 5/6'sının, bu tip bir yasal takibata onay veren karar lehine oy kullanmış olmalarıdır[186]. Bir parlamento üyesinin suç işlediği şüphesi ile yakalanması, gözaltına alınması ya da tutuklanmasına ilişkin genel kuralların uygulanması ancak suçun işlendiğinin itiraf edilmiş olması, suçüstü hali ya da fiilin en az iki yıl hapis cezasını gerektiren bir suç oluşturması halinde mümkündür[187]. Parlamentonun çalışması ve karar alma yöntemi ile ilgili olarak da temel ilke, parlamentonun her üyesinin ve hükümetin parlamentoda görüşülmek üzere her hangi bir konuda teklif sunma hakkına sahip olmasıdır[188]. Riksdag'ın her bir üyesi, kendi tekliflerini yapabilecek imkana sahiptir ve bu yetki, hükümetin tasarılarında değişiklik öneri-

---

179 R.F. md. 4:2; **Sterzel**, s. 48.
180 R.O. md. 6:6.
181 R.F. md. 3:4.
182 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 71.
183 R.F. md. 4/7.
184 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 72.
185 R.F. md. 4:12; R.O. md. 5:7.
186 R.F. md. 4:12.
187 R.F. md. 4:12.
188 R.F. md. 4:4; **Ortwein**, s. 410; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 72; **Sterzel**, s. 48.

leri yapmak ya da bunları desteklemekle sınırlandırılmamıştır[189]. Milletvekilleri kanun teklifi sunmak konusunda da son derece gayretlidirler ve yılda ortalama iki ila üç bin kanun teklifi yapmaktadırlar[190]. Milletvekillerinin kişisel olarak yaptıkları bu kanun tekliflerinden çoğu, sadece bir üye tarafından imzalanmakta, nadiren bazı milletvekilleri ortak kanun teklifi hazırlamaktadır. Bununla birlikte, farklı partilerden milletvekillerinin ortak bir kanun teklifi sunmaları da nadiren görülen bir durumdur. En önemli kanun teklifleri, parti teklifleridir ve bu teklifler parti genel başkanı ile partinin bazı ileri gelen üyeleri tarafından imzalanarak sunulurlar[191].

Milletvekillerinin şahsen yapmış oldukları hemen hemen bütün kanun teklifleri, özellikle tek milletvekili tarafından imzalanmış olanlar, aynı akıbet ile karşılaşırlar; bu teklifler Riksdag tarafından reddedilir. Bununla birlikte bu sonuç aynı milletvekilinin aynı teklifi bir sonraki yıl yeniden yapmasına engel teşkil etmez. Bunun nedeni, Riksdag'da parti disiplinin çok sıkı olması ve bu nedenle milletvekillerinin kendi kişisel görüşlerine göre hareket etmelerine çok nadir izin verilmesidir[192]. Bu nedenle, kanun teklifinde bulunmak ve Riksdag'ta soru sormak bir milletvekilinin kendi seçmenine olan sadakatinin ve bağlığının açığa vurulmasının bir şekli olarak değerlendirilmektedir. Bu yetkinin kullanılması özelikle yeniden nitelikli bir pozisyon için aday olmak isteyen milletvekilleri açısından son derece önemlidir. Verilen teklifin kabul edilmesi ya da yeni bir yasa çıkartılması, bu konuda başka bir düzenleme getirilmemiş olması şartıyla, parlamentoda oylamaya katılan üyelerin çoğunluğunun olumlu oyu ile mümkündür[193]. Anayasa'da Riksdag'ın belli bazı konularda karar alması nitelikli çoğunluk şartına bağlanmıştır[194]. Bu şartın getirildiği durumlar dışında Riksdag, üyelerinin basit çoğunluğu ile karar alabilir[195]. Bu imkan normal yasama faaliyeti ile ilgili olarak da geçerlidir. Burada belirtilmesi gerek dikkat çekici nokta, parlamento üyelerinin genel kurul toplantılarına katılması zorunluluğunu düzenleyen herhangi bir hukuksal düzenlemenin bulunmamasıdır. Buna ek olarak, Anayasal belgelerin hiçbirinde genel kurul için bir toplantı yeter sayısı ve

---

189 **Sterzel**, s. 48, 49.
190 **Larsson**, s. 31.
191 **Larsson**, s. 31.
192 **Larsson**, s. 31.
193 R.F. md. 4:7.
194 **Ortwein**, s. 410.
195 R.F. md. 4:5; **Ortwein**, s. 410.

karar yeter sayısı da belirtilmemektedir. Riksdag'daki oylamalar bazen hareketli geçebilir ve oylamanın sonucunu önceden tahmin etmek mümkün olmayabilir[196]. Ancak bu durum bir istisnadır. Bunun nedeni oylama sonuçlarının çoğu kez önceden biliniyor olmasıdır. Zira Riksdag'ta yapılan oylamalar çoğu kez Riksdag komisyonlarında partiler arasında varılan mutabakatın resmen teyit edilmesi anlamına gelir[197]. Bu nedenle Riksdag'taki oylamalara çok az ilgi gösterilir ve oylamanın konusu hakkındaki tartışmalar genellikle boş genel kurul salonunda cereyan eder. İsveç parlamentosunu bu nedenle "konuşan bir parlamento" olmaktan ziyade "çalışan bir parlamento" olarak tanımlamak daha yerinde olacaktır[198].

Burada belirtilmesi gereken önemli bir diğer konu da "yedek üyelik"tir. Anayasaya göre, her parlamento üyesi için bir "yedek üye" atanır[199]. Seçimlerden sonra parlamentoya girmeye hak kazanan üye, kendisinin yedeği üye ile birlikte atanmaktadır[200]. İlke olarak yedek üyelerin sayısı her partinin bir seçim çevresinde kazandığı milletvekili sayısı ile aynıdır ancak bu sayı üçten az olamaz[201]. Yedek üyelerin göreve atanmalarının belli şartları vardır. Buna göre, Riksdag sözcüsü seçilen ya da Bakan olarak atanan üye, milletvekili olarak sahip olduğu yetkileri kaybeder ve bu üyeler için yedek üyeler atanır[202]. Yine Meclis İçtüzüğüne (R.O.) göre, Parlamento üyelerinden birisinin başvurması ve en az bir ay izne ayrılması halinde, izne ayrılan üyenin görev ve sorumluluklarını yedek üye yerine getirir[203]. Atanan yedek üyeye görevinin başladığı ve sona ereceği tarih bildirilir[204]. Bundan başka, izne ayrılan parlamento üyesinin görevinden istifa etmesi halinde, yedek üye, istifa eden üyenin yerine yenisi atanana kadar görevine devam eder[205].

Riksdag'ın hükümet üzerinde etki etmesini sağlayan anayasal araçlardan birisi, hükümetin bütünüyle ya da belli bir bakanın görevden alınması sonucunu doğurabilen güvensizlik oyu uygulamasıdır. Ayrıca, Riksdag,

---

196 **Larsson**, s. 33.

197 **Larsson**, s. 33.

198 **Larsson**, s. 33.

199 R.F. md. 3:2.

200 R.F. md. 3:2; **Sterzel**, s. 46; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 34.

201 **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 29; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 34.

202 R.F. md. 4:13; **Sterzel**, s. 46; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 29; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 34.

203 **Sterzel**, s. 46; R.O. md. 5:3.

204 R.O. md. 5:5.

205 R.O. md. 5:6.

Anayasa Komisyonu'nun yıllık incelemeleri yoluyla bakanların ve hükümetin görevlerini nasıl yerine getirdiğini araştırabilir. Bu komisyon farklı partilere mensup milletvekillerinden oluşmuş olsa da, bakanların aldıkları kararlarda anayasanın ve diğer yasal düzenlemelerin çizdiği sınırlar içinde kalıp kalmadıklarına dair yargısal nitelikte inceleme yapmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, bu incelemeyi bir güvensizlik oylaması takip etmediği sürece tek başına hükümetin ya da bir bakanın görevden alınması ile sonuçlanmaz.

Riksdag işlemlerini aralarında Anayasa Komisyonu'nun da bulunduğu bazı komisyonlar eliyle yürütür. Söz konusu komisyonların oluşum şekilleri ve görevleri ile ilgili düzenlemeler Meclis İçtüzüğünün 7. bölümünde yer almaktadır. Anayasaya göre Riksdag, her seçim dönemi için kendi üyeleri arasından, bir Anayasa Komisyonu ve bir Ekonomi Komisyonu atamak zorundadır[206]. Meclis İçtüzüğü ise Anayasada sayılan bu iki komisyonun yanı sıra bir de Vergi Komisyonu atanması gerekliliğini düzenlemektedir[207]. Sadece adları belirtilen bu üç komisyonun (Anayasa K., Ekonomi K., Vergi K.) görev ve yetkileri R.F (Böl.4) ve Meclis İçtüzüğünün (Böl.7) ana hükümlerinde düzenlenmiş, diğer komisyonların oluşumu ve görevleri ise Meclis İçtüzüğünü tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerde belirtilmiştir[208]. Komisyonlar arasında iş dağıtımı yapılırken, belli bir alana giren konuların, söz konusu ekonomik, mali veya hukuksal bir sorun da olsa, o alan için kurulmuş komisyona verilmesine özen gösterilir. Her komisyon en az onbeş üyeden oluşur ve üye sayısı her zaman tek sayı olmalıdır. Belirtilen bu üç komisyon dışında, diğer Riksdag komisyonları şunlardır;

- iş gücü politikalarını, çalışma yaşamını, çalışma hayatında cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi ve entegrasyonun sağlanması gibi konular ile ilgilenen İş Piyasası Komisyonu;
- evlilik, tüketici hakları, barınma ve sigorta gibi konularla ilgili Medeni İşler Komisyonu;
- ordu ve savunma, kurtarma hizmetleri, nükleer güvenlik ve toplumun saldırılara karşı korunması gibi konular ile ilgili Savunma Komisyonu;

---

206 R.F. md. 4:3.

207 R.O. md. 7:2.

208 R.O. md. 7:2/1.

- mahkemeler, kolluk ve ceza infaz kurumları ile ilgili Adalet Komisyonu;
- kültür, gençlik faaliyetleri, spor ve dinsel cemaatler ile ilgili Kültür İşleri Komisyonu;
- tarım, orman, avcılık, balıkçılık ve doğanın korunması ile ilgili Çevre ve Tarım Komisyonu;
- endüstri politikaları, ticaret ve enerji konuları ile ilgili Endüstri ve Ticaret Komisyonu;
- sosyal güvenlik ödemeleri, sağlık ödemeleri ve göç ile ilgili sosyal Güvenlik Komisyonu;
- yaşlı ve engelli kişilerin bakımı, bu alanlardaki hizmetlerin kötüye kullanımının engellenmesi, sağlık ve tıbbi bakım konuları ile ilgili Sağlık ve Refah Komisyonu;
- hava ve kara taşımacılığı, posta hizmetleri ve elektronik iletişim hizmetleri ile ilgili Taşımacılık ve iletişim Komisyonu;
- okul öncesi eğitim, zorunlu eğitim, okul çağındaki çocukların bakımı, yetişkinlerin eğitimi, yükseköğretim ve öğrencilerin maddi olarak desteklenmesi konuları ile ilgili Eğitim Komisyonu;
- diğer devletlerle ilişkiler, diğer devletlerin gelişimine yardım edilmesi ve uluslararası ticaret gibi konularla ilgili Dış işleri Komisyonu.

VI. HÜKÜMET VE DEVLET BAŞKANLIĞI

Parlamentoya ilişkin açıklamaların bulunduğu başlık altında da vurgulandığı gibi, İsveç anayasası halk egemenliğine ve parlamentarizme çok sıkı bir bağlılık göstermektedir[209]. Devlete ilişkin karar alma süreçlerinde Krala hiçbir yetki ve fonksiyonun verilmemesi, İsveç anayasasının parlamentarizme verdiği önemin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. İsveç Hükümeti başbakan ve bakanlardan oluşur[210]. Anayasa bakan sayısı için bir üst sınır koymamakla birlikte, bir alt sınır getirmektedir[211]. Buna gören hükümet toplantılarına en az beş bakanın katılması gerekmektedir[212]. Başbakanın atanması sürecinde Meclis Başkanı'nın kritik bir işlevi vardır[213]. Çünkü

---

209 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 372.

210 R.F. md. 6:1.

211 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 373.

212 R.F. md. 7:4.

213 **Larsson**, s. 37.

başbakanlık görevi için bir aday önerisinde bulunma yetkisi meclis başkanına aittir[214]. Meclis başkanı tarafından önerilen adayın başbakanlığını ise Riksdag oylar[215]. Hükümetin kurulmasında meclis başkanının rolü bu nedenle çok önemlidir ve sonuç olarak meclis başkanlığına seçilecek kişinin belirlenmesi Riksdag'taki siyasi partiler için son derece hassas bir konudur[216]. Başbakanın seçimi süreci meclis başkanının Riksdag'taki partilerin bu konudaki görüşlerini almaya başlaması ile başlar. Kurala göre, meclis başkanı, başbakan adayını belirlenmeden ve oylama için parlamento önüne getirmeden önce Riksdag'ta grubu olan bütün partilerin temsilcilerinin ve üç meclis başkanı yardımcısının görüşünü alır[217]. Riksdag'ın üyelerinin yarıdan fazlası yani en az 175 üye öneri aleyhine oy kullanacak olurlarsa, öneri reddedilmiş olur[218]. Öneriye yarıdan fazla üyenin lehte oy kullanması halinde, öneri onaylanmış sayılır ve yeni bakanların başbakan tarafından atanması ile yeni bir hükümet oluşturma süreci yürütülebilir[219]. Meclis başkanının yeni başbakana ilişkin önerisinin reddedilmesi halinde, tekrar parti liderleri ve meclis başkan yardımcıları ile geleneksel görüşmeyi yaparak Riksdag'a yeni bir öneri sunma görevi de yine meclis başkanına aittir[220]. Riksdag'ın, kendisine yapılan öneriyi dört kez reddetmesi halinde başbakan atanmasına ilişkin süreç kesilir ve yeni bir genel seçim yapılana kadar yeni bir başbakan atama süreci başlamaz[221]. Üç ay içerisinde olağan bir genel seçim yapılamayacaksa, bir erken seçim yapılmalıdır[222]. Riksdag'ın, yeni başbakan için yapılan öneriyi dört kez reddetmesi, onun parlamenter hükümetin oluşması için yeterli olmadığı ve bu nedenle yapılacak yeni bir genel seçim ile yapısının yenilenmesi gerektiği anlamına gelmektedir.[223].

Başbakanın atanması sürecine ilişkin getirdiği usul ile anayasa parlamentarizmin olumsuz şeklini ortaya koymaktadır[224]. Zira başbakanın atana-

---

214 R.F. md. 6:2; **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 374; **Sterzel**, s. 49.
215 R.F. md. 6:2; **Petersson**, s. 86; **Ortwein**, s. 410.
216 **Larsson**, s. 37.
217 R.F. md. 6:4; **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 374.
218 R.F. md. 6:3; **Sterzel**, s. 49.
219 **Ortwein**, s. 410; **Sterzel**, s. 49.
220 R.F. md. 6:5; **Sterzel**, s. 49.
221 R.F. md. 6:5; **Sterzel**, s. 50.
222 R.F. md. 6:5.
223 **Nyman**, Some Basic Features, s. 68.
224 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 372.

bilmesi için Riksdag'ın güveni ile desteklenmesi gerekmemektedir[225]. Anayasanın başbakanın atanması için aradığı şart, meclis başkanının başbakanlık için önerdiği aday için Riksdag'ta yapılan oylamada, öneriyi reddetmek suretiyle bir güvensizlik oyu ortaya koymamış olmasıdır[226]. Bu anlamda anayasa Riksdag'ın başbakana sadece hoşgörü (tolerate) göstermesini yeterli görmektedir[227]. Hükümetin, Riksdag tarafından aksi bir karar alınmadıkça, yani bir mutlak çoğunlukla güvensizlik kararı almadıkça, Riksdag'ın güvenine sahip olduğu varsayılır[228]. Herhangi bir açıklama yapılmaksızın veya gündemdeki herhangi bir konu hakkında alınmış belli bir karar ile bağlantısı olmayan, sadece genel siyasi konular ile ilgili bir güvensizlik oylaması, bu oylamadan etkilenen kabinedeki bir bakan ya da birden fazla bakanın istifasını, bu oylamanın başbakana yönelik olması halinde ise, hükümetin istifasını gerektirir[229]. Buna karşı hükümetin de karşı önlemleri bulunmaktadır. Bunların başında da, güvensizlik oyunun ilan edilmesinden itibaren bir hafta içinde alınabilecek olan bir erken seçim kararıdır[230]. Bir erken seçim kararının alınması, seçmenlerin hükümet ile bu hükümetin hasmı olan Riksdag çoğunluğu arasında hakemlik yapmaya çağrılması anlamına gelmektedir. Kimin yönetimde olacağı sorusunun cevabını yeni yapılacak olan seçim belirleyecektir.

Parlamenter sistem ilkesi, başbakanın atanmasının Kral tarafından değil, Riksdag adına meclis başkanı tarafından ilan edilmesini düzenleyen kural ile oldukça katı bir şekilde ifade edilmiştir[231]. Hükümet değişikliği sürecine kralın müdahalesi, kralın başkanlığında toplanan devlet konseyinin bu değişikliği tanıması ile sınırlanmıştır[232]. Bu şekilde hükümetin oluşumu sonuçlanmış olur ve başbakan kabinesini Riksdag'a ilan eder[233].

Riksdag tarafından oylanarak kabul edilen başbakan daha sonra bakanları seçer[234]. Yeni seçilen başbakanın bakanların atanmasında ya da görevden

---

225 **Sterzel**, s. 49.
226 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 372.
227 **Sterzel**, s. 49; **Nyman**, Some Basic Features, s. 68.
228 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 372.
229 **Nyman**, Some Basic Features, s. 69.
230 **Sterzel**, s. 49.
231 R.F. md. 6:6.
232 **Petersson**, s. 87; **Nyman**, Some Basic Features, s. 68.
233 R.F. md. 6:6; **Nyman**, Some Basic Features, s. 68.
234 R.F. md. 6:6; **Ortwein**, s. 410.

alınmalarında uyması gereken çok az kural ve teamül bulunmaktadır[235]. Bir koalisyon hükümeti durumunda, partiler bakanlıkların aralarında nasıl paylaşılacağı ile ilgili görüşmeler de son derece sık uygulanan bir teamüldür. Sonuç olarak, koalisyondaki partilerin genel başkanları kendi partisi için tahsis edilen bakanlıkları kendi partilileri arasında dağıtır. Yerine getirilmesi gereken bir diğer standart da hükümetin belli sayıda kadın bakana yer vermesi gereğidir[236]. Hükümetin iktidar süresi en fazla dört yıldır. Bu dört yıllık sürenin dolmasından önce hükümetin alacağı bir seçim karar ile ya da meclis başkanının başbakanlık için yaptığı önerinin dört kez Riksdag tarafından reddedilmesi nedeniyle yeni bir seçime gidilebilir. Fakat böyle bir durumda göreve gelen yeni hükümet sadece dört yıllık süreden kalan süre kadar görevde kalır[237]. Başbakan tarafından işgal edilen liderlik pozisyonu anayasa tarafından güçlü bir şekilde vurgulanmaktadır[238]. Kabinen diğer bakanlarını başbakan'ın kendisi atar ve başbakan, her zaman her hangi bir bakanı görevden alabilir[239]. Başbakan, sadece güvensizlik oyu nedeniyle değil her hangi bir başka sebeple istifa ettiğinde, kabinenin geri kalanı da görevden ayrılır. Yeni başbakan, hükümetin parlamentodaki tabanı değişmemiş olsa dahi, selefi başbakan'ın bakan tercihleri ile bağlı değildir[240].

Başbakan tarafından atanan bakanlar Riksdag üyesi olmak zorunda değildir. Fakat genellikle bakanlar Riksdag üyeleri arasından atanır. Atama yapıldıktan sonra ilgili bakan Riksdag'ın bütün faaliyetlerine katılma hakkını kaybeder[241]. Bu durumda bakan olarak atanan üyenin yerine mensubu olduğu partiden bir yedek üye, milletvekili olarak Riksdag'ta göreve başlar. Bakan, Riksdag'taki sandalyesini koruyabilir ve meclisteki oturumlara ve tartışmalara katılabilir. Bununla birlikte oy kullanma hakkına sahip değildir, Komisyonlardaki görüşmelere katılamaz ve Riksdag ile bağlantılı diğer işlere dahil olamaz[242]. Bütün bu görevler bakanın yerine gelen yedek üye tarafından gerçekleştirilir.

---

235 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 373; **Sterzel**, s. 51; **Larsson**, s. 38; **Petersson**, s. 87.

236 **Larsson**, s. 38.

237 **Sterzel**, s. 47; **Larsson**, s. 37.

238 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 373.

239 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 373.

240 **Nyman**, Some Basic Features, s. 69.

241 **Larsson**, s. 40.

242 **Larsson**, s. 40.

İsveç'te resmi ve gayrı resmi olmak üzere iki tür güvensizlik oyu uygulaması vardır[243]. Resmi güvensizlik oyu iki tür olabilir. Bunlardan ilki başbakana yönelik ve dolayısıyla top yekün hükümete karşı güvensizlik oyu uygulamasıdır[244]. Diğeri, sadece belli bir bakana yöneltilmiş ve dolayısıyla bütün hükümeti değil sadece söz konusu bakanın görevden alınması amacını taşıyan güvensizlik oyu uygulamasıdır[245]. Gayrı resmi güvensizlik oyu uygulaması bir meclis geleneğine dayanmaktadır. Buna göre eğer bir hükümet önemli bir yasayı Riksdag'tan geçiremezse bu, onun istifa etmesi gereğini ortaya koyan bir durum olarak değerlendirilir ve böyle bir durumda hükümet istifa eder[246]. Görevden ayrılan hükümet, yeni hükümet kurulana kadar geçici hükümet sıfatıyla görevde kalır[247].

Anayasa, hükümetin çalışma yöntemleri konusunda son derece az sınırlama getirmektedir. Çalışma yönteminin belirlenmesi konusu, hükümetin, tek parti hükümeti, çok parti hükümeti ya da bir koalisyon hükümeti olması gibi kendi koşulları bağlamında yine kendisinin belirleyeceği bir konudur[248]. Anayasa, hükümet programının hazırlanması ile ilgili sadece çeşitli faaliyet alanlarındaki bakanlıkları ihtiva eden bir "Hükümet Kurulu" olması gerektiğini ve bakanlıklar arasındaki iş dağılımının hükümet tarafından gerçekleştirileceğini söylemektedir[249]. Bakanlığın görevleri iki ya da nadiren de olsa ikiden fazla bakan arasında paylaşılabilir[250]. Bu genellikle iki veya daha fazla bakanın, bakanlığın görevlerini kendi arasında paylaşmaları anlamına gelir. Bu bakanlardan birisi, bakanlığın başkanı olur ve buna göre bakanlığın örgütsel yapısının nasıl olacağının ve nasıl çalışacağının sorumlusu da bu bakan haline gelir[251]. Fakat, başkan bakan unvanı bu bakana, bakanlığı paylaştığı diğer bakan ya da bakanlara oranla hükümet içinde daha üstün bir konum tanımaz. Başbakan hariç, hükümet içinde yer alan bütün bakanlar eşit konumdadır[252]. Başbakan kendisine bir başbakan yardımcısı atayabilir. Eğer

---

243 **Ortwein**, s. 410 ve 411; **Larsson**, s. 38.
244 R.F. md. 6:9.
245 R.F. md. 6:8.
246 **Sterzel**, s. 49; **Larsson**, s. 38.
247 R.F. md. 6:11.
248 **Nyman**, Some Basic Features, s. 69.
249 R.F. md. 7:1.
250 **Sterzel**, s. 51.
251 **Larsson**, s. 46.
252 **Larsson**, s. 46.

bir başbakan yardımcısı atanmamışsa, en kıdemli bakan, başbakanın yokluğunda yerine vekalet eder[253].

Hali hazırda İsveç'te on bakanlık bulunmaktadır. Anayasada bu alanda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, hükümet kararlarını konsensüs ile alır ve kolektif sorumluluk esastır[254]. İlke olarak İsveç anayasasında, diğer ülkelerin anayasasının aksine, bir bakanın tek başına karar almasını ve bu kararın hukuksal sorumluluğunu da tek başına üstlenmesini mümkün kılacak kurumsal bir düzenleme yoktur. Bu ilkenin en önemli istisnasını bir bakanın kendi bakanlığına bir memur ataması ya da bir memuru görevden alma yetkisi oluşturmaktadır[255]. Bununla birlikte herhangi bir bakanın, bakanlar kurulu toplantısında alınan karara muhalefet şerhi yazma hakkı da bulunmaktadır[256]. Bakanlar kurulunda alınan karara muhalefet şerhi koyan bakan, şerhe konu kararın doğuracağı olası siyasi ya da hukuki sorumluluktan da kurtulmuş olur[257].

1974 tarihli R.F'nin 5. bölümü, devlet başkanlığını düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre Kral ya da Kraliçe devlet başkanıdır. R.F.'nin 5. bölümünün yanı sıra, anayasal bir niteliği haiz olan Tahta Veraset Yasası ile tahtın varisleri ve kimin hangi usullere göre tahta geçeceği düzenlenmiştir. İsveç kralının hiçbir siyasi yetkisi yoktur ve fakat daha çok temsili ve törensel nitelikte görevlere sahip bulunmaktadır[258]. Sadece İsveç vatandaşı olan ve onsekiz yaşını ikmal etmiş kraliyet ailesi mensubu devlet başkanı olabilir. Devlet başkanı, aynı zamanda bakan, meclis başkanı ya da Riksdag üyesi olamaz. Kral ya da Kraliçe devletin iç ve dış işleri hakkında sürekli bilgi sahibi kılınmalıdır ve devlet ile ilgili konularda kralı bilgilendirme görevi başbakana aittir. Bunun da ötesinde, bakanlar kurulu da kralı bilgilendirme toplantısında kralın başkanlığında toplanabilir. Bu tip bilgilendirme toplantıları yılda üç defa gerçekleşir. Devlet başkanının politika alanında işlevsel nitelikteki görevleri arasında, hükümet değişikliklerinin gerçekleş-

---

253 R.F. md. 7:8.

254 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden**,** s. 373; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 37.

255 **Ragnemalm**, Hans: "Administrative Appeal and Extraordinary Remedies in Sweden": Scandinavian Studies in Law, Vol.20 (1976), s. 207-231.

256 R.F. md. 7:6.

257 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 373.

258 **Ortwein**, s. 410.

tirildiği özel Devlet Konseyine başkanlık etmek[259] ve parlamentoyu açmak[260] sayılabilir. Bunun da ötesinde, kral, Riksdag ve hükümete dış işleri ile ilgili sorunlar hakkında görüş bildiren Dışişleri Tavsiye Konseyi Başkanlığı'nı da elinde bulundurmaktadır[261]. Uluslararası hukuka göre, yabancı devletlerin elçilerinin kabulü ve yabancı devletlere elçi atamaları devlet başkanı tarafından yapılır. İsveç hukukunda da bu yetki devlet başkanı yani kral ya da kraliçeye aittir. Benzer şekilde yabancı devlet başkanlarının İsveç'i ziyaretlerinde bu kişilerin karşılanması ya da İsveç'in ülke dışında devlet başkanları düzeyinde temsili de kral ya da kraliçe tarafından gerçekleştirilir.

VII. YARGI

R.F'nin 1. bölümün 8. maddesinde "Yargının yönetimi için mahkemeler, kamu yönetimi için de yerel ve merkezi yönetimler bulunmaktadır" hükmüne yer verilmiştir. Yargıya ilişkin anayasada karşılaştığımız ilk hüküm bu olmakla birlikte anayasanın 11. bölümü "Yargının Yönetimi" başlığı altında nisbeten daha detaylı düzenlemelere yer vermektedir[262]. Anayasa'da yapılan 2011 değişikliğinden önce, yargı ve idare aynı bölüm altında düzenlenmiş ve anayasanın önceki halinde yargı işlevi ile idari işlev arasındaki sınır açık bir şekilde ortaya koyulmamıştır[263]. Yani idarenin yetki alanı ile yargının yetki alanı açık ve belirli anayasal ilkelerle belirlenmemiştir[264]. Bu eksiklik 2011 yılında yapılan değişiklikle yargıya ve idareye ilişkin düzenlemelerin anayasanın iki ayrı bölümünde düzenlenmesi ile nispeten giderilmiştir. Doktrinde, anayasanın önceki düzenlemesinin nedeni olarak İsveç anayasal sisteminde geleneksel anlamda bir kuvvetler ayrılığından ziyade, işlevler ayrılığının görülmesi belirtilmektedir[265].

İsveç yargı örgütü, adli yargı, idari yargı ve özel görevli yargı olmak üzere temel olarak üç kola ayrılmıştır[266]. Anayasanın yargıyı düzenleyen 11. bölümü, söz konusu yargı sisteminin genel çerçevesini çizerek, İsveç yargı

---

259 R.F. md. 6:6.

260 R.O. md. 3:6.

261 R.F. md. 10:12.

262 **Petersson**, s. 115.

263 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 22; **Nergelius** Constitutional Law, s. 77.

264 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 22.

265 **Akıncı**, Müslüm: "İsveç İdare Hukuku": SÜHFD, C.16, S. 2, 2008, s. 175, 176; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 77, 78.

266 **Akıncı**, s. 202; **Petersson**, s. 117; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 24.

sisteminin genel yapısını açıklayan bir hükümle başlar. Bu düzenlemeye göre adli yargıda ve idari yargıda üç dereceli yargı sistemi bulunmaktadır[267]. Bu nedenle anayasada hem adli yargının hem de idari yargının Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemesi ve Bölge İlk Derece Mahkemelerinden müteşekkil olduğu, yasa ile başka mahkemelerin de kurulabileceği belirtilmektedir[268]. Adli yargı kolunun en tepesinde Yüksek Mahkeme (Hagsta Domstolen), onun altında İstinaf Mahkemesi (Hovratten), en altta da ilk derece mahkemeleri (Tingsratter) yer almaktadır. Benzer bir hiyerarşi idari yargıda da gözlemlenmektedir. Buna göre idari yargının en tepesinde Yüksek İdare Mahkemesi (Regeringsratten), onun altında İdari İstinaf Mahkemeleri (Kammaratter), en altta da ilk derece idare mahkemeleri (Lansratter) yer almaktadır[269]. Yargı sistemi içerisindeki iki yüksek mahkemeye başvuru hakkı oldukça sınırlıdır ve bu mahkemeler, hukuksal olarak önemli buldukları davalara bakarlar[270]. Zira İsveç yargı sistemine ilişkin düzenlemelerde bu mahkemelerin görev alanı açık bir şekilde belirtilmemiştir; bu mahkemeler hangi davaya bakacaklarına kendileri karar verirler[271]. Yüksek mahkemeler, alt dereceli mahkemelerin kararlarını her zaman esas bakımından inceler ve bu inceleme sonunda ilk derece mahkemelerinin kararlarını onayabilir veya reddedebilirler[272]. Bu iki yargı kolu dışında İsveç yargı sisteminde ihtisas mahkemeleri bulunmaktadır[273]. Belli alanlardaki uyuşmazlıkları karara bağlamakla görevli bu mahkemeler, Çevre Mahkemesi (Miljödomstolen), Göçmenlik Mahkemesi (Migrationsdomstolen), İş Mahkemesi (Arbetsdomstolen) ve Ticaret Mahkemesi (Marknadsdomstolen) olarak sıralanabilir[274]. İhtisas mahkemelerini benzersiz kılan özellik, yargıç heyetinde sadece hukukçu hakimlerin değil aynı zamanda davanın taraflarının mensubu olduğu örgütlerin temsilcilerinin de yer alıyor olmasıdır[275].

Anayasa, mahkemelerin bağımsızlığını Riksdag da dahil hiçbir idari merciin mahkemelerin belli bir hukuk kuralını belli bir davada nasıl uygula-

---

267 **Petersson**, s. 117.

268 R.F. md.11:1; **Petersson**, s. 115; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 43.

269 **Ortwein**, s. 417-422.

270 **Ortwein**, s. 419,420; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78.

271 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78.

272 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78.

273 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 43.

274 **Akıncı**, s. 203.

275 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 49.

maları gerektiğine ilişkin karar veremeyeceğini belirtilmek suretiyle açıkça ifade etmektedir[276]. Mahkemelere dışarıdan yapılacak olası müdahalelere karşı anayasa tarafından tanınan bu koruma, oldukça geniştir ve mahkemelerin bütün faaliyetlerini kapsamaktadır[277]. Bu nedenle mahkemelerin ve yargı teşkilatının bağımsızlığının oldukça iyi korunduğu söylenebilir. Benzer bir bağımsızlık, idari mercilere de tanınmıştır[278]. Bu düzenlemeye göre, Riksdag da dahil hiçbir merci, bir idari otoritenin belli bir kişi ya da yerel idare ile ilgili bir konuda *"kamu gücünü nasıl kullanacağına"* ya da *"hukuk kuralını nasıl uygulayacağına"* karar veremez[279]. İdari mercilerin çoğu hükümete bağlı olmasına rağmen, bakanlar kamu görevlilerine belli bir konun nasıl çözümleneceği konusunda talimat veremezler ve buna bağlı olarak söz konusu yetkilinin yaptığı yanlışlardan dolayı da bakan sorumlu tutulmaz[280]. 1988 yılında dönemin Adalet Bakanı, Olof Palme cinayetinin soruşturulması sürecine yaptığı müdahale nedeniyle istifa etmek zorunda kalmıştır[281]. Riksdag kendisine anayasa veya meclis içtüzüğü tarafından verilenler dışında hiçbir yargısal ve idari fonksiyon yerine getiremez[282]. Yargılamaya ilişkin usul kuralları ile mahkemelerin kurulması ve işleyişine ilişkin kuralların da yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir[283].

Mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin olarak getirilen bir diğer güvence de hakimlik teminatına ilişkin düzenlemelerle gerçekleştirilmektedir[284]. Hakimleri atama yetkisi hükümete aittir ve bu yetki devredilemez[285]. Atama işlemi beşi yargıç, ikisi avukat ve ikisi halk arasından Riksdag tarafından seçilen üyelerden oluşturulan bağımsız bir kurul tarafından hazırlanmaktadır[286]. Hükümet bu kurulun hazırladığı atama önerisi ile bağlı değildir ve kurulun önerdiği adaylar dışında atama da yapabilir. Bununla birlikte, hükümetin böyle bir yolu tercih etmesi halinde kurulun yeni adaylar hakkında

---

276 R.F. md. 11:3; md. 11:4; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 25; **Petersson**, s. 115; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78; **Sterzel**, s. 59; **Ortwein**, s. 416.

277 **Ortwein**, s. 416; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 25.

278 **Ortwein**, s. 416; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78.

279 R.F. md. 12:2.

280 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78.

281 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78.

282 R.F. md. 11:4 ve md. 12:3.

283 R.F. md. 11:2.

284 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 45; **Petersson**, s. 115.

285 R.F. md. 11:6.

286 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 45.

görüşünü belirtmesine olanak sağlamalıdır[287]. Anayasada hakimlerin görevden ihraç edilmelerine ilişkin getirilen düzenlemelerde de hakimlik teminatına yapılan vurgu gözlemlenmektedir. Bu düzenlemelere göre; bir hakim ancak bir suç işlemesi, sürekli işini savsaklaması ve bu nedenle hakimlik mesleğine uygun olmadığının açıkça anlaşılması veya emeklilik yaşına ulaşması halinde meslekten ayrılabilir[288]. Meslekten çıkartılma kararı, mahkeme dışında bir merci tarafında verilmişse, söz konusu karara karşı yargı yoluna başvurulabilecektir[289]. Hakimlerin meslekten ihraç edilmelerine yargı dışındaki kurumlarca da karar verilebiliyor olması, hukukçular- özellikle de hakimler ve meslek örgütleri- tarafından yargı bağımsızlığını zedeleyen bir durum olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir[290]. Anayasa sadece İsveç vatandaşlarının atanabileceği makamları belirtmektedir. Buna göre, yargı organlarına, doğrudan hükümete bağlı kurumlara, doğrudan Riksdag'a ya da hükümete bağlı bir kurumun başkanlığına, doğrudan bir bakanlığa bağlı kurumlara ya da İsveç elçiliğine sadece İsveç vatandaşları atanabilmektedir[291]. Bu hükme göre hakimlik mesleği de sadece İsveç vatandaşı olan kişilerce icra edilebilecektir[292].

Yargı fonksiyonu ile ilgili en önemli ve en karmaşık kural anayasaya uygunluk denetimi *(normprövningsratten)* ile ilgilidir[293]. Anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili olarak öncelikle, İsveç'te yasaların ve diğer hukuksal düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bir anayasa mahkemesinin bulunmadığının belirtilmesi gerekir[294]. Doktrinde bunun için iki neden ileri sürülmektedir. Bu nedenlerden ilki, İsveç siyasi ve anayasal kültüründe halk egemenliğine ve onun kurumsallaşmış hali olan Riksdag'a atfedilen tarihsel değer ve önemdir[295]. İkincisi de ilerleyen paragraflarda

---

287 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 45.

288 R.F. md. 11:7; **Petersson**, s. 115; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 78.

289 R.F. md. 11:9.

290 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 79.

291 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 79.

292 R.F. md. 11:11.

293 R.F. md. 11:14 ve md. 12:10; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 79.

294 **Hautamaki**,Veli-Pekka: "Reasons for Saying:No Thanks!,Analysing the Discussion about the Necessity of a Constitutional Court in Sweden and Finland": Elektronic Journal of Comparative Law, Vol.10.1 (June 2006), s. 2. <http://www.ejcl.org/>

295 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 374.

açıklanacak olan Hukuk Konseyinin 1909 yılından bu yana yasa teklif ve tasarıları üzerinde gerçekleştirdiği ön denetim faaliyetidir[296].

İsveç'te bir anayasa mahkemesi bulunmamakla birlikte, hukuksal bir kurum olarak anayasaya uygunluk denetimi bulunmaktadır. Anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili düzenlemeye göre, bir mahkeme[297] veya başka bir kamu mercii[298] bir kuralın anayasaya ya da bu kuralın kendisinden daha üstün bir başka hukuksal düzenlemeye aykırı olduğunu düşünürse ya da söz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden sonra, yürürlük koşullarında önemli bir eksiklik bulunduğunu yani usulüne uygun olarak yürürlüğe girmediğini tespit ederse, bu hukuk kuralını uygulamama yetkisine sahip kılınmıştır[299]. Kıta Avrupası hukuk geleneği bakımından son derece ilginç olan bu düzenlemenin amacı bu tip konularda mahkemelerin yetkilerinin azaltılmasıdır. Bu nedenle, İsveç temel olarak adem-i merkezi, ex post facto ve somut norm denetiminin hakim olduğu, bunun da ötesinde mahkemeler dışında bazı kamu otoritelerinin sınırlı da olsa anayasaya uygunluk denetimi yapabildiği bir sisteme sahiptir[300]. İsveç Anayasası, kamu otoritelerinin davranışlarını sınırlayan üstün bir norm *(lex superior)* niteliğine sahiptir[301]. Bu nedenle normlar hiyerarşisinde daha alttaki bir normun kendinden daha üstteki bir norm ile çatışması halinde, genel ilke olan daha düşük seviyedeki normun uygulanmaması ilkesi *(lex superior derogat legi inferiori)* İsveç hukuku bakımından da geçerlidir[302]. Mahkemenin veya bir kamu otoritesinin, somut bir olaya uygulanacak ve birbiri ile çatışan iki norm ile karşılaşması halinde, bu iki norm arasında bir seçim yapması gerekmektedir[303]. Bu seçim, daha alt düzeydeki normun uygulanmaması yönünde olabilir. Bununla birlikte, bu sonuç, daha alt düzeydeki normun şekli geçerliliğini etkilemez çünkü yetkili organ tarafından usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş norm, sadece

---

296 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 374.

297 R.F. md. 11:14.

298 R.F. md. 12:10.

299 **Petersson**, s. 115; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 79; **Sterzel**, s. 60; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 46.

300 **Husa**, Jaakko: Nordic Reflections on Constitutional Law, A Comperative Nordic Perspective, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002, s. 150.

301 **Petersson**, Olof/**Beyme**, Klaus von/**Karvonen**, Lauri/**Nedelmann**, Birgitta/**Smith**, Eivind: Report From The Democratic Audit of Sweden 1999, Democracy the Swedish Way, SNS Förlag, 1st Edition, 1999, s. 49; **Husa**, Nordic Reflections, s. 151.

302 **Ortwein,** s. 414.

303 **Husa**, Nordic Reflections, s. 151

somut olay bakımından geçersiz kılınmaktadır[304]. İsveç anayasal siteminde, ayrı anayasa mahkemesi bulunan devletlerin aksine, parlamento tarafından çıkartılan yasaların anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmesi ile sonuçlanacak genel bir denetleme yetkisi bulunmamaktadır[305]. Anayasa'da 2011 yılında yapılan değişiklikten önce anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili süreci daha da karmaşık hale getiren önemli bir koşul bulunmaktaydı. 2011 değişikliği ile kaldırılan bu koşula göre, Anayasa ile çatışan yasanın somut olay bakımından uygulanmamasına karar verilebilmesi için, anayasaya aykırılığın *"açık"* olması gerekmektedir[306]. Bunun pratik anlamı, çatışmanın tamamıyla tartışmasız ve su götürmez bir niteliğe sahip olmasıdır[307]. Bu *"açık aykırılık"* gerekliliği İsveç anayasasının tartışmasız en anlaşılmaz hükmü olmuştur. Çünkü, bu konuda yapılan tartışmalara göre, bu hüküm mahkemeleri yasama ve diğer siyasi organlara oranla ikincil dereceye düşürmektedir[308].

2011 anayasa değişikliğinden önce, 1996 yılında, Temyiz Mahkemesi, bakmakta olduğu davaya uygulanacak yasanın anayasaya "açıkça aykırı" olduğu gerekçesi ile bir hüküm tesis etmekten kaçınmıştır. Yine 2000 yılında da Yüksek Mahkeme de bir yasanın anayasaya aykırılığını tespit eden bir karara imza atmıştır[309].

Yasalar dışında parlamento tarafından çıkartılan ve yasalardan daha alt seviyedeki hukuk kuralları ile ilgili çatışma durumunun ortaya çıkması halinde ne yapılacağı sorusuna ilişkin anayasal düzeyde bir yanıt bulunmamaktadır[310]. Fakat doktrinde *"basit"* bir çatışma halinde bir tüzüğün hükümlerinin uygulanmamasının mümkün olabileceği belirtilmektedir[311].

İsveç mahkemeleri, anayasaya uygunluk denetimi konusundaki yetkilerini kullanmakta oldukça isteksiz davranmaktadır[312]. Bunun nedeni R.F. md.11:14'deki sınırlayıcı düzenlemeler olduğu kadar, 1970 yılındaki ana-

---

304 **Husa**, Nordic Reflections, s. 151.
305 **Husa**, Nordic Reflections, s. 151.
306 **Petersson**, s. 116.
307 **Husa**, Nordic Reflections, s. 152.
308 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 79.
309 **Hautamaki**, s. 4.
310 **Husa**, Nordic Reflections, s. 152.
311 **Husa**, Nordic Reflections, s. 152.
312 **Petersson**, s. 116; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 79; **Husa**, Nordic Reflections, s. 152.

yasa taslağı çalışmalarında ileri sürülen görüşlerdir[313]. Bu taslak çalışmalarında, hukuk kurallarının anayasaya uygunluğunu belirlemede Riksdag'ın, diğer organlara göre daha iyi konumda olduğu çünkü anayasa değişikliklerine ilişkin oylamanın parlamento tarafından yapıldığı belirtilmiştir[314]. Taslak çalışmalarındaki bu tartışmaların anayasaya yansıması, anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkeme ya da idari merciin Riksdag'ın halkın en önemli temsilcisi olduğunu da göz önünde bulundurması gerektiği yönündeki hüküm olmuştur[315]. Buna ek olarak anayasa, yasaların anayasaya uygunluğu konusunda *"önleyici denetim"* yapmakla görevli Hukuk Konseyine (Lagradet) yer vermektedir[316]. Hukuk Konseyi, genellikle Yüksek Mahkeme ve Yüksek İdare Mahkemesi hakimlerinin yer aldığı bir grup seçkin hukukçudan oluşmaktadır[317]. Konsey her birinde üç üyenin yer aldığı, en çok dört bölümden oluşur[318]. Konseyin temel görevi nispeten geniş bir şekilde soyut norm denetimi yapmaktır[319]. Bunu yaparken yasa teklifinin sadece anayasaya değil aynı zamanda bütün olarak hukuk sistemine uygun olup olmadığını da değerlendirir[320].

Bütün yasama faaliyetlerinin Hukuk Konseyinin denetimine tabi tutulması yönündeki kural, merkez sağ partilerin itirazları neticesinde 1971 yılında yürürlükten kaldırılmış yerini hükümetin bu konudaki takdir yetkisine bırakmıştır. 1979 yılında yapılan anayasa değişikliği, yasa tekliflerini Hukuk Konseyine gönderme zorunluluğunu geri getirmemiş olmakla birlikte, hükümete bu yola başvurulmamasının haklı gerekçelerini açıklama zorunluluğu getirmiştir[321]. Anayasaya göre, Riksdag basın özgürlüğü, radyo, TV veya benzer araçlar ile haberleşme özgürlüğü ile ilgili anayasal bir kuralı, resmi evraklara ulaşma hakkını kısıtlayan bir yasayı, kişisel verilerin korunması, ifade özgürlüğü, bilgi edinme özgürlüğü, toplantı özgürlüğü, gösteri yürüyüşü özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, fiziksel bütünlüğün korunması, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin korunması, seyahat

---

313 İsveç'te bir anayasa mahkemesinin kurulmasına gerek olup olmadığına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. **Hautamaki**, s. 5-10; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 80.

314 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 80.

315 R.F. md. 11:14.

316 R.F. md. 8:20.

317 R.F. md. 8:20; **Petersson**, s. 116; **Sterzel**, s. 55; **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 374.

318 **Sterzel**, s. 55; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 40.

319 **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 40.

320 R.F. md. 8:22; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 40.

321 R.F. md. 8:21; **Petersson**, s. 116; **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 375.

özgürlüğü, yargılamanın aleniliği ilkesi gibi özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin bir yasayı, sendikaların ya da işveren örgütlerinin grev hakkı, yazar ve sanatçıların telif hakları, yabancıların kişisel verilerinin korunması hakkı ile ilgili yasaları, yerel yönetimlerin vergi salma yetkisi ile ilgili yasaları, kişilerin medeni halleri ile kamu otoriteleri karşısında kişilere yükümlülük getiren yasaları ve yargının yönetimi ve genel idare ile ilgili yasaları Hukuk Konseyine danışmadan görüşemez[322]. Bunun yanı sıra yasama sürecinin özel şekillerinin uygulandığı ya da Anayasa Komisyonunun veya başka bir Riksdag komisyonunun azınlık üyelerinin talepte bulunması halinde, söz konusu yasa teklifinin incelenmesi için Hukuk Konseyine gönderme zorunluluğu bulunmaktadır[323]. Belirtilen bu durumlar dışında, bir hukuk kuralının Hukuk Konseyi tarafından denetlenmesi Riksdag veya Hükümet için hiçbir zaman zorlayıcı değildir[324]. Çünkü yasa tasarılarının Hukuk Konseyinin denetiminden geçmemiş olması, söz konusu yasa Riksdag tarafından kabul edildikten sonra onun uygulanmasına engel teşkil etmez[325]. Bunun da ötesinde, Hukuk Konseyinin çeşitli nedenlerden dolayı verdiği kabul veya ret kararı bağlayıcı değildir[326]. Bu nedenle hükümet, Hukuk Konseyince reddedilmiş bir yasa önerisini Riksdag'a sunabilir ve Riksdag da bu yasanın lehine oy kullanabilir[327]. Bu nedenle Konseyin kararlarının hukuksal ve anayasal statüsü oldukça belirsizdir[328].

Hukuk Konseyinin kararı bağlayıcı olmamakla birlikte, belli bir yasa teklifine ilişkin yaptığı değerlendirme, ilk olarak yasa teklifine karşı olan ve teklifte değişiklik yapılmasını isteyen muhalefetin görüşleri açısından önemli bir dayanak sağlamaktadır. İkinci olarak, bir yasa teklifinin Hukuk Konseyinin soyut norm denetimine tabi tutulmuş olması genellikle teklifin teknik boyutuna odaklanmış durumdadır. Anayasaya göre, Hukuk Konseyi'nin incelemesi, yasa tasarısının anayasa ve genel olarak hukuk sistemi ile ilişki

---

322 R.F. md. 8/21.

323 R.F. md. 8/21; **Petersson**, s. 116; **Cameron,** Ian: "Protection of Constitutional Rights in Sweden": Public Law (1997), s. 501; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 40; **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 375.

324 **Ortwein**, s. 415; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 80; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 40.

325 R.F. md. 8/21; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 80; **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 375.

326 **Ortwein**, s. 415; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 40.

327 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 80.

328 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 80.

tarzı, maddelerinin birbirleri ile ilişkisi, hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirip getirmediği, çerçevesinin ulaşılmak istenen amacı karşılamaya elverişli bir şekilde çizilip çizilmediği ve son olarak yürürlüğe girmesinden sonra herhangi bir soruna neden olup olmayacağı soruları üzerinden gerçekleşir[329]. Bu teknik içerikli inceleme, Hukuk Konseyinin yaptığı denetimin niteliğine karşı temkinli bir iyimserlikle yaklaşılması gereğini de ortaya koymaktadır[330]. Örneğin Konsey bugüne kadar yaptığı değerlendirmede hiçbir zaman bir yasa teklifinin "demokratik bir toplumda kabul edilebilir" olup olmadığına değinmemiştir. Bu durum AİHM içtihatları ışığında yapılan denetimlerde sorunlara neden olabilmektedir. AİHM oldukça geniş kapsamlı bir içtihat yığınına sahiptir ve genellikle bu içtihatların uygulamalarının ortaya çıkartacağı sonuçları öngörebilmek uzman olmayanlar için oldukça zordur. Hukuk Konseyinin, İsveç iç hukukunun bir parçası olan AİHM kararlarını da gözeterek yerine getirmesi gereken denetim görevi, AİHS'nin İsveç hukuk mevzuatına "*aktarılması*" anlamına da gelmektedir[331]. Doktrinde, Hukuk Konseyinin üyelerinin bunu gerçekleştirebilecek yeterli uzmanlığa sahip olmadığı ileri sürülmektedir[332]. Yine konusu temel haklar olan yasa tasarıları ile ilgili değerlendirmelerinde de bir anayasa mahkemesi kadar iyi bir performans göstermediği çünkü Hukuk Konseyinin görüşlerinde ve uzmanlığında bir tutarlılık bulunmadığı da ileri sürülen eleştiriler arasında yer almaktadır[333]. Hukuk Konseyinin kararlarındaki tutarsızlığın nedeni olarak Hukuk Konseyinin daha önceki kararları ile bağlı olmaması ve bir yasa teklifinin Hukuk Konseyinin dört bölümünden herhangi birisine gönderme kararının hükümetin takdir yetkisinde bulunması gösterilmektedir. Hukuk Konseyinin gerçekleştirdiği önleyici denetimin ortaya çıkardığı en önemli sonuçlardan bir tanesi, bu denetimin anayasa ile mahkemelere ve idari mercilere verilen anayasaya uygunluk denetimi yetkisinin kullanılmasını zayıflatıcı ve engelleyici bir rol oynaması ihtimalidir. Zira alt derecedeki mahkemelerin ve idari mercilerin yüksek mahkeme üyelerinden oluşmuş Hukuk Konseyinin bu tip bir önleyici denetiminden geçmiş bir yasanın anayasaya uygun olup olmadığı konusunda görüş bildirmekten çekindikleri gözlemlenmektedir[334]. Gerçekten de anayasa tarafından mahkemelere ve

---

329 R.F. md. 8/22; **Petersson**, s. 116; **Sterzel**, s. 55; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 40; **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 376.

330 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 376.

331 **Sterzel**, s. 70.

332 **Cameron**, s. 501.

333 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 80.

334 **Cameron**, s. 501; **Ortwein**, s. 415; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 81.

idari mercilere verilen anayasaya uygunluk denetimi yetkisi, yazılı hukuk bu tip bir denetimi mümkün kılmasına ve bu kural uzun süredir yürürlükte olmasına rağmen, İsveç hukuk uygulamasında çok nadiren kullanılmıştır. Anayasaya uygunluk denetimine konu olan olayların çoğu, mülkiyet hakkına veya mülkiyet ile ilgili hukuk kurallarına ilişkindir. Diğer kamu otoritelerinin, belli bir hukuk kuralının anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile uygulamamaları gibi bir durum, İsveç hukuku uygulamasında gözlemlenmemektedir. Bunun yerine, Yüksek İdare Mahkemesine (Regeringsratten), anayasaya uygunluk denetimi ile ilgili düzenlemeye dayalı başvurular olmuş, fakat yüksek mahkeme bu başvurularda pasif ve ihtiyatlı bir tavır takınmıştır[335]. Son tahlilde her ne kadar bu yönde anayasal bir düzenleme bulunmasına rağmen İsveç sisteminin anayasaya uygunluk denetimini çok dikkatli bir şekilde kullandığı söylenebilir[336]. Doktrinde sistemin, bu nedenle hukuksal ve ex post facto denetiminin tipik bir örneği olarak görülemeyeceği çünkü, hukukun kaynağı olarak yasa koyucunun görüşüne oldukça büyük değer atfedildiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır[337]. Yüksek İdare Mahkemesinin ve son zamanlarda Yüksek Mahkemenin (pasif sayılabilecek şekilde de olsa), hukuksal denetim konusunda gösterdiği daha aktif davranma emareleri, İsveç'in hem AB'ye üyeliği hem de AİHS'ne taraf olması ve ayrıca İsveçli hukukçular arasında artan tartışma, bu alanda İsveç sisteminde önemli değişiklikler olacağı yönündeki beklentiyi arttırmaktadır[338]. Mevcut gelişmeler bu yönde devam ederse, anayasaya uygunluk denetimi konusunda ciddi bir talebin doğması kaçınılmaz görünmektedir[339]. Bu gelişmelerin genel olarak anayasal haklara yansıması da kaçınılmaz bir sonuç olacaktır.

VIII. YARGI DIŞI DENETİM ORGANLARI

Anayasanın 13. bölümü yabancı bir gözlemci için başlığı, içeriği ve yer verdiği kurumların yerine getirdiği işlev bakımından oldukça ilginç özellikler taşımaktadır. Bir defa, bölümün İngilizce başlığı "*Parliamentary Control (Parlamento Kontrolü)*" olmakla birlikte, bölümün içeriğinde bu başlıkla ne ifade edilmek istendiği, kontrolün mahiyetinin ne olduğu, kontrolün

---

335 **Husa**, Nordic Reflections, s. 152, 153.

336 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 376.

337 **Husa**, Nordic Reflections, s. 153.

338 **Husa**, Nordic Reflections, s. 153.

339 **Nergelius**, Constitutional Reform in Sweden, s. 376.

süjelerinin kim olduğu sorularına tatmin edici bir yanıta rastlanmamaktadır[340]. Bunun yerine, bölüm metninde aralarında bir bağlantı veya uygunluk olmayan bazı denetim kurumları ayrı bir bölüm içinde bir araya getirilmiştir[341]. Bu kurumlar, Anayasa Komisyonu[342], Meclis Ombudsmanı (Justitieombudsman)[343] ve Ulusal Denetleme Ofisi'dir[344].

Anayasa Komisyonu, Riksdag'ın en önemli Komisyonlarından birisidir ve temel görevi, bakanların görevleri ile ilgili performanslarını ve hükümetin faaliyetlerini incelemektir[345]. Bu nedenle Komisyonun denetimi siyasi olmaktan çok, anayasal ve idari bir denetimdir[346]. Komisyonun inceleme yetkisinin kapsamı ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, bir bakanın görevini, kendi alanını düzenleyen hukuk kurallarına uygun yerine getirip getirmediğine ilişkindir[347]. Anayasa Komisyonu'nun bu inceleme faaliyeti genellikle Riksdag üyelerinin bir bakan hakkında yaptıkları başvuru üzerine gerçekleşir[348]. Komisyonun inceleme yetkisinin ikinci kısmını hükümete ilişkin genel incelemeler oluşturmaktadır. Komisyon, hükümetin aldığı kararların ve uygulamaların hukuka uygun olup olmadığını yine bu karar ve uygulamalara ilişkin belgeleri incelemek suretiyle denetler[349]. Riksdag'ın bütün üyeleri, yasama yılı boyunca ile herhangi bir bakan ya da hükümet aleyhine Komisyona başvuruda bulunabilir[350]. Riksdag üyelerinin Komisyona yaptıkları bu başvurulara medya büyük ilgi göstermektedir. Bu anlamda tek tek her bakan ve genel olarak hükümet, Anayasa Komisyonunun denetimi aracılığı ile kamuoyunun da denetimine tabi tutulmaktadır. Yapılan başvuru üzerine Anayasa Komisyonu, bakanın ya da hükümetin belli bir duruma ilişkin aldığı kararın ya da gerçekleştirdiği tasarrufun hukuka uygun olup olmadığının denetimini yapar. Bu görevi yerine getirebilmek için Komisyonun, kabinede alınan kararlara ve bu kararlarla ilgili -gizli olarak tasnif edilmiş belgeler de

---

340 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 81.

341 **Nergelius**, Constitutional Law, s. 81.

342 R.F. md. 13:1 ve 13:2.

343 R.F. md. 13:6

344 R.F. md. 13:7, 13:8 ve 13:9.

345 R.F. md. 13:1; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 47.

346 **Wieslander**, s. 24; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 44; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 47.

347 **Wieslander**, s. 24.

348 R.F. md. 13:1/2.

349 **Wieslander**, s. 24.

350 R.F. md. 13:1/2.

dahil-her türlü belgeye ulaşma yetkisi bulunmaktadır[351]. Eğer Komisyon elde ettiği belgelere rağmen daha fazla bilgiye ihtiyaç duyacak olursa, ilgili bakandan ya da diğer kamu görevlilerinden ayrıca sözlü açıklama talebinde de bulunabilir. Komisyon genellikle hakkında inceleme yaptığı bakan veya kamu görevlisinin de bulunduğu oturumları kamuya açık gerçekleştirmektedir. Komisyon yılda en az bir kez, gerçekleştirdiği incelemeleri hakkında Riksdag'a yazılı bir rapor sunmalıdır[352]. "İnceleme raporu" olarak adlandırılan bu rapor, Riksdag genel kurulunda konu ile ilgili yapılacak olan tartışmanın temelini oluşturmaktadır[353]. İnceleme raporunda ilgili bakan eleştirilebilir ancak komisyonun bakana yaptırım uygulama ya da bakanın istifasını talep etme yetkisi bulunmamaktadır. Komisyonun incelemesinin yöneldiği amaç, hükümetin dikkatini çekmek ve gelecekte benzer hatalar yapmasına engel olmak için uyarıda bulunmaktır. Eğer Anayasa Komisyonu bakan hakkında yaptığı inceleme sonunda bir suç işlendiğinin tespitini yapacak olursa, ilgili bakan hakkında Yüksek Mahkeme tarafından bir soruşturma başlatılmasını sağlayabilir[354].

Meclis Ombudsmanı, İsveç devlet geleneğinin bir ürünü ve dünya siyaset ve hukuk doktrinine bir armağanıdır[355]. İlk defa 1809 tarihli R.F ile meclis denetim mekanizmasının bir unsuru olarak kurumsallaşan ombudsmanlık daha sonraki tarihlerde başka bazı devletlerin siyasal ve hukuksal düzenlerince de kabul edilmiştir[356]. Anayasa'da meclis ombudsmanına ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bunun yerine kurumun oluşumu, işleyişi ve görevleri ile ilgili detaylı düzenlemelere Meclis İçtüzüğünde (R.O)[357] ve Meclis Ombudsmanı Yönergesi'nde (JO-Instruktionen)[358] yer verilmiştir[359]. Doğrudan Riksdag tarafından atanan meclis ombudsmanının temel görevi, bir başvuru üzerine ya da re'sen Riksdag adına ve hükümetten bağımsız olarak, mahkemeler de dahil bütün kamu kurumlarının

---

351 R.F. md. 13:1; **Wieslander**, s. 24.

352 R.F. md. 13:2; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 81.

353 **Wieslander**, s. 25; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 44.

354 R.F. md. 13:3; **Wieslander**, s. 25; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 48; **Holmberg/Stjernquist/Isberg**, s. 44.

355 R.F. md. 13:3; **Nergelius**, Constitutional Law, s. 81.

356 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 127.

357 R.O. md. 13:2, md.13:3 ve md. 13:4.

358 Lag med Instruktion för Riksdagens Ombudsman (JO-instruktionen) (Lag[1986:765]); https://www.jo.se/en/About-JO/Legal-basis/Instructions/

359 **Wieslander**, s. 29.

faaliyetlerinin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesidir[360]. Kamu otoritelerinin kendisini hukuka aykırı bir muameleye maruz bıraktığını düşünen herkes meclis ombudsmanına başvuruda bulunabilir[361]. Ombudsmana başvuruda bulunabilmek için İsveç vatandaşı olma şartı da aranmamaktadır. Bu yönü ile meclis ombudsmanı kamu otoritelerinin faaliyetleri karşısında, inter alia, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin bir güvencesini oluşturmaktadır[362]. Anayasada ombudsmanlığa atanacak üye sayısı ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Meclis İçtüzüğünün meclis ombudsmanlığına hasredilmiş 13. bölümünde ve Meclis Ombudsmanı Yönergesinde, Riksdag'ın biri başkan üçü üye olmak üzere toplam dört ombudsman ataması gerektiği yönünde bir hükme yer verilmektedir[363]. Ombudsmanlar bireysel olarak seçilirler ve atanan her ombudsman, denetim görevini diğerlerinden bağımsız bir şekilde, kendi inisiyatifi doğrultusunda yerine getirir[364]. Her ombudsman eylem ve işlemleri nedeniyle doğrudan Riksdag'a karşı bireysel olarak sorumludur[365]. Ombudsman'ın görev süresi dört yıldır ve aynı üyeler görev süreleri bittikten sonra yeniden atanabilirler[366]. Geleneksel olarak, ombudsmanlar nitelikli hukukçular arasından, siyasi görüşlerine bakılmaksızın ve neredeyse bütün Riksdag üyelerinin onayı ile atanmaktadır[367]. Ombudsman seçimlerinin hazırlanması, Anayasa Komisyonu'nun görevidir[368]. Riksdag, ombudsmanların görevlerini gereği gibi yerine getirip getirmediğini, kendisine sunulan yıllık raporlar aracılığı ile her yıl denetler[369]. Bu denetim Anayasa Komisyonu'nda gerçekleştirilir[370]. Yine Anayasa Komisyonu'nun teklifi üzerine Riksdag'ın güvenini kaybetmiş bir ombudsman, görev süresi dolmadan Riksdag tarafından görevinden uzaklaştırılabilir[371]. Ombudsmanlar denetim

---

360 R.F. md. 13:6; R.O., md. 13:2; **Petersson**, s. 75; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 48.

361 JO-Instruktionen, md. 17; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 48.

362 **Wieslander**, s. 30.

363 R.O. md. 13:2; J.O. md. 1.

364 R.O. md. 13:3.

365 **Wieslander**, s. 38; J.O. md. 2.

366 R.O. md. 13:3/2.

367 **Wieslander**, s. 36; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 129.

368 R.O. md. 13:3.1

369 **Wieslander**, s. 38.

370 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 129; **Wieslander**, s. 38.

371 R.O. md. 13:4; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 129; **Wieslander**, s. 38.

faaliyetlerinde Riksdag'tan ve Riksdag'ın diğer organlarından da bağımsız hareket ederler. Meclis Ombudsmanı Yönergesi bazı kamu kurumlarını ombudsmanın denetim faaliyetinden muaf tutulmaktadır[372]. Bunlar iki grupta toplanabilir. İlk grup, Riksdag üyeleri, Riksdag İdari Heyeti, Riksdag Seçim Denetleme Kurulu, Riksdag Disiplin Kurulu, Genel Kurul Katip Heyeti, İsveç Merkez Bankası Yönetim Kurulu üyeleri (Riksbank) ve şehir konseyleri ve belediye meclisleri gibi siyasi karar alma yetkisine sahip meclis üyelerinden oluşmaktadır. Meclis ombudsmanının denetiminden muaf tutulan ikinci grupta ise hükümet, bakanlar ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı yer almaktadır[373]. Ombudsmanın denetiminin konusu bakanlar değil, bakanlık faaliyetleridir. Zira daha önce de belirtildiği gibi bakanların görevlerini hukuka uygun bir şekilde yerine getirip getirilmediğinin denetimi, Anayasa Komisyonu tarafından yapılmaktadır. Meclis ombudsmanının denetimi esas olarak, idarenin eylem ve işlemlerinin dayanağını oluşturan kanun ve diğer hukuksal düzenlemelerin uygulaması üzerine yoğunlaşmıştır[374]. Meclis Ombudsmanlığı Yönergesine göre, ombudsman mahkeme ve idari mercilerin görevlerini *"nesnel ve tarafsız"* bir şekilde ve *"yurttaşların temel hak ve özgürlüklerine tecavüz etmeksizin"* yerine getirmelerini sağlamakla görevlidir[375]. Söz konusu denetim sadece hukuk kurallarının uygulanmasını değil aynı zamanda kamu kurumlarının bu uygulama esnasında kullandıkları takdir yetkisini de kapsamakta yani bir tür yerindelik denetimini de içermektedir[376]. Meclis ombudsmanı denetiminin sonunda hukuk kuralının eksik ya da hatalı uygulandığını tespit edecek olursa, söz konusu eksikliğin ya da hatanın ortadan kaldırılmasına yardımcı olmakla yükümlüdür[377]. Meclis ombudsmanı bu yükümlülüğünü konuyu doğrudan Riksdag ya da Hükümetin önüne götürerek yerine getirir[378]. Ombudsman, görevinin gereklerini yerine getirebilmesi için kamu kurumlarının faaliyetleri hakkında sınırsız bir bilgi erişimi hakkına sahip kılınmıştır[379]. Buna ek olarak, ombudsmanın

---

372 JO-Instruktionen, md. 2.

373 JO-Instruktionen, md. 2; **Wieslander**, s. 32, 33.

374 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 130.

375 JO-Instruktionen, md. 3; **Wieslander**, s. 30.

376 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 130.

377 JO-Instruktionen, md. 4.

378 JO-Instruktionen, md. 4; **Wieslander**, s. 46, 47; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 131.

379 R.F. md. 13:6; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 131; **Wieslander**, s. 41.

denetimine maruz kalan herkes denetim süreci boyunca ombudsmana her türlü bilgi ve belgeyi sağlamakla yükümlü tutulmuştur[380].

Mahkemelerin bir meclis bir organı tarafından ve onun adına denetlenmesi, İsveçli olmayan hukukçular bakımından son derece şaşırtıcı gelmektedir. Ancak, meclis ombudsmanının mahkemelere ilişkin denetiminin konusunu, belli bir davada nasıl karar verildiği ya da belli bir yasanın nasıl uygulandığı oluşturmaz[381]. Mahkemelerin denetimi söz konusu olduğunda meclis ombudsmanı sadece, yargılamaların usul hukuku kurallarına uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini ve davaların makul sürede sonlandırılıp sonlandırılmadığını inceler[382]. Denetimi kapsamında bir mahkemedeki duruşmaya ya da bir idari mercide yürütülmekte olan faaliyete nezaret etmekte olan ombudsmanın yürütülmekte olan faaliyet hakkında görüş beyan etme yetkisi yoktur[383]. Son tahlilde ombudsman bir mahkemenin vermiş olduğu kararı değiştirme yetkisine sahip olmadığı gibi bir idari merciye de belli bir şekilde tasarrufta bulunma talimatı verme yetkisine de sahip değildir[384].

Meclis ombudsmanı sadece söz konusu mahkeme ya da idari merciin tasarrufunu değil, aynı zamanda bu kararı alan ya da tasarrufu gerçekleştiren kamu görevlisini de denetler[385]. Bunun nedeni, meclis ombudsmanının ilk halinin görevini ihmal eden kamu görevlilerine karşı dava açma hakkı olan bir savcı gibi tasarlanmış olmasıdır[386]. Günümüzde kamu görevlilerinin cezai sorumluluğuna sadece ciddi kural dışılıklarda gidildiği ve ombudsmanın savcılık fonksiyonuna daha az başvurulduğu gözlemlenmektedir[387]. Buna rağmen, halen ombudsman sadece *"görevi ihlal"* suçunu değil, aynı zamanda bir kamu görevlisinin görev ve sorumluluklarını ihmal ettiği sonucunu doğuran başkaca bir suç iddiasını da soruşturma yetkisine sahiptir[388].

Ombudsmana herkes, başvurunun yazılı olması gerekliliği dışında başkaca bir usul şartı aranmaksızın herhangi bir konudaki şikayeti için başvuruda bulunabilir[389]. Bununla birlikte ombudsman kendisine yapılan her

---

380 R.F. md. 13:6; **Wieslander**, s. 41.
381 **Wieslander**, s. 41.
382 **Wieslander**, s. 35.
383 **Wieslander**, s. 41.
384 **Wieslander**, s. 44.
385 JO-Instruktionen md. 6; **Wieslander**, s. 34.
386 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 131.
387 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 131.
388 JO-Instruktionen, md. 6; **Wieslander**, s. 42 ve 45.
389 JO-Instruktionen, md.17.

başvuruyu incelemek zorunda değildir[390]. Bu nedenle ombudsman başvurunun dayanaksız olduğu, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu ya da kendisi dışında başka bir denetim organı tarafından ele alınmasının daha uygun olacağı sonucuna ulaşacak olursa, başvuruyu reddedebilir ya da ilgili başka bir denetim organına gönderebilir[391]. Ombudsman tarafından yapılan denetimin sonucunda eksik ya da hatalı olduğu tespit edilen idari bir karar ya da işlemin derhal iptali ya da düzeltilmesi mümkün olmayabilir. Ombudsman, yaptığı denetim sonucunda idari merci tarafından alınan kararın hukuka aykırı olduğu ya da başka bir nedenle yanlış ya da uygun olmadığı belirtir[392]. Genellikle bu tespit, söz konusu kararı alan kamu görevlisi hakkında disiplin yaptırımı uygulamaya yetkili makama yazılacak eleştirel bir rapor ile birlikte, ombudsmanın ihlale karşı verebileceği tek tepkidir[393]. Ombudsmanın denetim sonucunda yaptığı bu tespitin gerçek bir etki doğurup doğurmayacağı, eksikliğin ya da hatanın bulunduğu kararı alan ya da tasarrufu gerçekleştiren idarenin ikna edilebilmesine bağlıdır. Ombudsman eğer idareyi ikna edebilirse, şikayet konusu karar veya uygulama genellikle değiştirilmektedir. Ombudsman, disiplin yaptırımı uygulamakla yetkili amirin denetime maruz kalan görevli hakkında almış olduğu karardan tatmin olmaz ise, amirin kararının değiştirilmesi için mahkemeye başvurma yetkisine sahiptir[394]. Buna paralel olarak, ombudsmanın hazırladığı denetim raporuna dayalı olarak disiplin yaptırımına maruz kalan bir kamu görevlisinin, bu kararın iptali için dava yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır. Böyle bir durumda ombudsman söz konusu davaya kamu adına katılır[395]. Bununla birlikte, meclis ombudsmanının denetimi sonucunda bir yaptırıma değil ve fakat bir eleştiriye maruz kalan kamu görevlisi, ombudsmanın bu kararına karşı Anayasa Komisyonu'na başvuru hakkına sahiptir. Kamu görevlilerinin meclis ombudsmanın kararına karşı başvuru yollarının bu derece sınırlanmış olması eleştirilere maruz kalmaktadır[396]. İsveç'te idari merciler ombudsmanın denetim sonucunda ulaştığı sonuçlara genellikle uygun hareket etmekte-

---

390 JO-Instruktionen, md. 5; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 132.

391 JO-Instruktionen, md.18.

392 JO-Instruktionen, md. 6.

393 JO-İnstruktionen, md. 6; **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 133; **Wieslander**, s. 45.

394 JO-Instruktionen, md. 7; **Wieslander**, s. 46.

395 JO-Instruktionen, md. 7.

396 **Wieslander**, s. 47.

dirler[397]. Bunun nedenlerinin başında ombudsmanlık kurumunun köklü geçmişi ve geniş bir toplumsal kabule sahip olması gelmektedir[398]. Öte yandan ombudsmanın kararına uygun davranmayan idari merciin tekrar bir denetime maruz kalması tehlikesi de kararların yerine getirilmesinde etkili bir unsurdur. Kamu görevlileri hakkında gerçekleştirilen denetim ve bunun sonucunda yapılan eleştiri hem yıllık raporda yer almakta, hem de medyanın yoğun ilgisini çekmektedir[399]. Buna ek olarak İsveç kamu görevlileri için ombudsmanın eleştirisine maruz kalmanın, eksik ya da hatalı bir kararı iptal ederek düzeltmenin sebep olacağı utançtan daha fazlasına neden olduğu belirtilmektedir[400].

R.F. md.13:7'e göre, Riksdag'ın devlet faaliyetlerinin mali boyutunu denetleyebilmesi amacıyla yine kendi üyeleri arasından seçilen üyelerden oluşan bir Ulusal Denetim Dairesi (Riksrevisionsverket) kurulmuştur[401]. Meclis İçtüzüğüne göre, Ulusal Denetim Dairesi, biri Denetim Dairesinin idari işlerinden sorumlu olmak üzere üç genel denetçiden oluşmaktadır[402]. Genel denetçilerden hangisinin idari amir olacağını Riksdag belirler[403]. Genel denetçilerin görev süresi yedi yıldır ve aynı kişinin genel denetçi olarak tekrar seçilmesi mümkün değildir[404]. Riksdag, bir genel denetçiyi, görevinin gereklerini yerine getirmekteki yetersizliği veya görevinin ağır ihmali nedenlerine dayalı olarak görevden alabilir[405]. Yine bir genel denetçi, Anayasa Komisyonu'nun talebi üzerine de Riksdag tarafından görevinden alınabilir. Eğer genel denetçi görev süresinin bitiminden önce emekli olursa, Riksdag yedi yıllık yeni bir görev süresi için yeni bir genel denetçi seçer[406]. Meclis ombudsmanın seçiminde olduğu gibi Ulusal Denetim Dairesi üyelerinin seçim hazırlıklarını Anayasa Komisyonu yapar[407]. Ulusal Denetim Dairesinin denetimi asli ve genel denetimdir ve denetimde devlet bütçesine, özellikle de harcamalarına özel bir önem verilmektedir. Denetçiler, bütçenin ve devletin de içinde yer aldığı ticari faaliyetlerinin genel eğilimini analiz

---

397 **Wieslander**, s. 83, 84.
398 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 133.
399 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 133.
400 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 133.
401 R.F. md. 13:7. ve md. 13:8.
402 R.O. md 13:5.
403 R.O. md. 13:5
404 R.O. md. 13:6.
405 R.F. md. 13:8.
406 R.O. md. 13:7.
407 R.O. md. 13.6.1.

eder ve bunun sonunda sağlam bir mali yönetimin oluşturulmasını ve devletin mali kaynaklarının verimli kullanımını teşvik ederler. Genel denetçiler devletin hangi faaliyetlerinin denetleneceğinin tespitinde bağımsız hareket ederler[408]. Buna ek olarak genel denetçiler denetim faaliyetinin başlatılması, yürütülmesi ve sonuçlandırılmasında birbirlerine karşı da bağımsızdırlar[409]. Tıpkı meclis ombudsmanı gibi, Ulusal Denetim Dairesi de görevleri sırasında ihtiyaç duydukları her türlü bilgi ve belgeye ulaşma yetkisine sahiptir[410]. Denetçilerin, denetim faaliyetleri esnasında denetim konusu olay ya da olguyu yerinde görmek için ülke içinde teftiş seyahatleri yapmaları sık rastlanılan bir durumdur. Denetimin sonunda denetlenen her bir konu için ayrı ayrı karar verilir ve Ulusal Denetim Dairesi bu tespit ve kararlarını hükümete veya Riksdag'a bir sunum ile aktarır[411]. Buna ek olarak Daire faaliyetleri hakkında hazırladığı yıllık raporu Riksdag'a sunmakla yükümlüdür[412]. Denetim Dairesinin gerçekleştirdiği denetim faaliyeti, kişilerin üzerinden sorumluluğu kaldıran ya da onları bir tazminat sorumluluğu altına sokan bir karara dayanak teşkil edecek nitelikte değildir[413].

SONUÇ

İsveç anayasasının geçmişi XIV.yüzyılın ortalarına kadar giden oldukça eski bir geleneğe dayanmaktadır. Bu köklü geçmiş uzun, istikrarlı ve barışçıl bir evrim sürecinin ardından yazılı ve yarı sert bir anayasa olarak nitelendirilebilecek bugünkü haline ulaşmıştır[414]. Parlamenter demokrasinin başlangıcı XX. yy. gibi daha yakın bir döneme denk gelmekle birlikte, aynı tarihsel kesitte dünyanın kalanında benzer bir siyasal-hukuksal sisteme sahip çok az devletin bulunması, anayasa hukuku bakımından İsveç'in ayrıcalıklı bir konuma sahip olmasını haklı kılacak bir durumdur. Tarihsel arka planının dayandığı bu özelliklere ek olarak İsveç anayasası, karşılaştırmalı hukuktaki geleneksel sınıflandırmada herhangi bir kategori içerisinde konumlan-

---

408 R.F. md. 13:8.

409 R.F. md. 13:8/2.

410 **Ragnemalm**, Administrative Justice in Sweden, s. 136.

411 R.O. md. 9:19; **Isberg**, The Constitution of Sweden, s. 48.

412 R.O., md. 9:18.

413 **Ragnemalm** Administrative Justice in Sweden, s. 136.

414 **Board**, Joseph, B.: "Judicial Activism in Sweden": Judicial Activism in Comparative Perspective, Kenneth M. Holland (Ed.), Macmillan Academic and Professional LTD, 1991, s. 176.

dırmaya yönelik bütün çabalara meydan okuyan önemli sıra dışılıklara sahip bir sistem kurmaktadır. İlk olarak anayasal nitelikte ve birbiri ile iç içe geçmiş dört ayrı belgeden oluşan kurumsal yapı, kıta Avrupası hukuk geleneği içerisinden gelen bir hukukçu için biraz kafa karıştırıcı mahiyettedir. Öte yandan, anayasanın süreç içerisinde oluşan bu parçalı yapısı hukuk sosyologları ve hukuk tarihçileri bakımından eşine az rastlanır bir bilimsel araştırma alanı sunmaktadır.

İçerik bakımından ele alındığında İsveç anayasası bazı çelişkileri de barındırıyor izlenimi yaratmaktadır. Örneğin, İsveç devleti ve hukuku, federalizmin hiçbir unsuruna yer vermeyen üniter bir yapıda olmasına rağmen bünyesinde çok uzun geçmişi olan bir yerel yönetim geleneğini de rahatlıkla barındırabilmektedir. Anayasa güçlü bir parlamento olarak Riksdag'ı bütün siyasal sistemin merkezine konumlandırmış olmasına rağmen -geleneksel nedenlerden dolayı- temsili nitelikte de olsa monarşi varlığını devam ettire gelmiştir. Yine Anayasada siyasi karar alma sürecinin kontrolü hükümete bırakılmış olmakla birlikte, devlet yönetimi fiilen yarı özerk merkezi idare teşkilatı tarafından yürütülmektedir. Zira bakanlıklar, kendisine bağlı idari teşkilatlara belli bir durumda nasıl karar alınacağı ve yasanın söz konusu duruma nasıl uygulanacağına ilişkin talimat verme yetkisinden mahrum bırakılmışlardır. İsveç anayasasının temel hak ve özgürlüklere yaklaşımı da alışılmışın dışındadır. İlk olarak temel hak ve özgürlüklerin kuramsal temeline ilişkin yaklaşım, insan hakları doktrinindeki klasik yaklaşım ile örtüşmemektedir. Zira genel olarak bakıldığında İsveç anayasası bakımından temel hak ve özgürlükler, anayasa var olduğu için vardırlar ve sadece onun öngördüğü sınırlar içinde var olabilirler. Yine temel hak ve özgürlüklerin sınırlaması rejimi ve yöntemine ilişkin düzenlemeler de bu anayasal sistemi ilginç hale getiren özelliklerden bir tanesidir.

İsveç anayasasında yasaların anayasaya uygunluğunu denetlenmesine ilişkin bir düzenleme vardır ve fakat bu denetimi yapmakla görevli bir anayasa mahkemesi yoktur. İşte İsveç yargı sisteminin en sıra dışı özelliği de bu noktada kendisini göstermektedir. Bir anayasa mahkemesi bulunmamakla birlikte anayasa, bu denetim yetkisini olağan mahkemelere ve idari mercilere vermiştir. Dahası anayasa olağan mahkemelerin sahip olduğu anayasaya uygunluk denetimi yetkisine oldukça güçlü bir vurgu yapmaktadır. Yabancı bir gözlemci için bundan daha şaşırtıcı olan özellik ise, aynı yetkinin idari mercilere de tanınmış olmasıdır. Kanaatimizce İsveç anayasa sisteminin bünyesinde bu tip bir yetkiyi yargı dışı kurumlara da tanımış olması, kendisine ve getirdiği sisteme duyduğu güvenin bir ifadesidir.

Anayasada yurttaşların siyasi karar alma sürecine katılımını sağlayan temel hak ve özgürlüklere sağladığı ayrıcalıklı konum, çoğulcu demokratik siyasal düzene atfettiği önemin bir göstergesi olarak değerlendirilmelidir. Öte yandan, bir sosyal refah devleti olarak bilinen İsveç'in ekonomik hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal sessizliği ise bir diğer şaşırtıcı özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Herkesin ülke ormanlarından ve doğal çevreden serbestçe yararlanabilmesini ifade eden "genel giriş hakkı"na yer verecek kadar hassas davranan ve güçlü bir sosyal refah devleti olarak bilinen İsveç anayasasının ekonomik hakları ıskalamış olması dikkat çekici bir durum yaratmaktadır. Anayasa bir taraftan genel olarak idarenin eylem ve işlemlerinde temel hak ve özgürlüklere riayet edip etmediğinin yargısal olarak denetlenmesi konusunda bilinçli bir eksiklik ortaya koyarken, bir taraftan da görevi aynı idareyi aynı konuda meclis adına denetlemekle görevli olan ombudsmanlık kurumunu dünya hukuk ve siyaset literatürüne armağan edebilmektedir. Anayasanın taslak çalışmalarında temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını incelemenin olağan bir yargısal işlem haline gelmemesi gerektiği yönündeki gerekçe, İsveç anayasasının, inter alia, yargıya olan farklı ve ilginç bakış açısını da ortaya koyar niteliktedir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Müslüm: "İsveç İdare Hukuku", SÜHFD, C. 16, S. 2, 2008.

Altuğ, Yılmaz: "İsveçte Demokrasinin Kurulması ve Gelişmesi": İÜHFM, S. 21 (2011).

Board, Joseph, B.: "Judicial Activism in Sweden":Judicial Activism in Comparative Perspective, Kenneth M. Holland (Ed.), Macmillan Academic and Professional LTD, 1991.

Cameron, Ian: "Protection of Constitutional Rights in Sweden": Public Law (1997), s. 501.

Congleton, Roger D.: Improving Democracy Through Constitutional Reform: Some Swedish Lessons,Kluwer Academic Publishers, 2003.

Cronbult, Par: "Introduction": Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994.

Hautamaki,Veli-Pekka: "Reasons for Saying:No Thanks!,Analysing the Discussion about the Necessity of a Constitutional Court in Sweden and Finland": Elektronic Journal of Comparative Law, Vol.10.1 (June 2006), <http://www.ejcl.org/>

Holberg, Erik/**Stjernquist**, Nils/**Isberg**,Magnus: The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and The Riksdag Act, (Translated by Ray Bradfield), Published by Sveriges Riksdag, Stockholm, 2007.

Hondius, Ewoud: "Pro-Active Comparative Law:The Case of Nordic Law": Scandinavian Studies in Law, Vol.50 (2007).

Husa, Jaakko: Nordic Reflections on Constitutional Law, A Comperative Nordic Perspective, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2002.

Husa, Jaakko: "Nordic Constitutionalism and European Human Rights-Mixing Oil and Water?": Scandinavian Studies in Law, Vol.55 (2010)

Isberg, Magnus: The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and The Riksdag Act, Sveriges Riksdag, 2016. (www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf)

Lando, Ole: Nordic Countries, A Legal Family? A Diagnosis and a Prognosis, Global Jurist Advances, Vol.1(2), 2001.

Larsson, Torbjörn: Governing Sweden, Gotab, Stockholm, 1997.

Nergelius, J.: "Constitutional Reform in Sweden, Some Important Remarks": Tijdschrift voor Constitutioneel Recht, No: 4 (2013).

Nergelius, Joakim: "Constitutional Law"; Swedish Law in the New Millennium, Michael Bogdan (ed.), Norstedts Juridik, 1st Edition, Stockholm, 2000.

Nergelius, Joakim: "New Tendencies in Modern Nordic Constitutional Doctrine or the Development of Nordic Constitutional Law": Scandinavian Studies in Law, Vol.52 (2007).

Nyman, Olle: "Some Basic Features of Swedish Constitutional Law": An Introduction to Swedish Law, Stig Strömholm (ed.), Institutet För Rattsvetenskaplıg Forskning, CVIII, 2nd Edition, Norstedts.

Nyman, Olle: "The New Swedish Constitution": Scandinavian Studies in Law, Vol. 26 (1982), Stockholm.

Ortwein, Bernard, Micheal: "The Swedish Legal System: An Introduction": Ind.Int'l&Comp.L.Rev. Vol.13:2 (2003)

Palm, Elizabeth: "Human Rights in Sweden": Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994.

Petersson, Olof/**Beyme**, Klaus von/**Karvonen**, Lauri/**Nedelmann**, Birgitta/ **Smith**, Eivind: Report From The Democratic Audit of Sweden 1999, Democracy the Swedish Way, SNS Förlag, 1st Edition, 1999.

Petersson, Olof: Swedish Government and Politics(Translated by Frank Gabriel Perry), 1st Edition, Fritzes, Stockholm, 1994.

Ragnemalm, Hans: "Administrative Appeal and Extraordinary Remedies in Sweden": Scandinavian Studies in Law, Vol.20 (1976).

Ragnemalm, Hans: Administrative Justice In Sweden, Jurisförlaget, Stockholm, 1991.

Sterzel, Fredrik: "General Public Law": Swedish Law, A Survey, Juristförlaget, Stockholm, 1994.

Wieslander, Bengt: The Parliamentary Ombudsman in Sweden, The Bank of Sweden Tercentenary Foundation, 2nd Revised Edition, 1999.

POPÜLER OLMAYAN ANAYASACILIK*

Doç. Dr. Mila VERSTEEG**
(Çev.) Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ**

Öz

Anayasaların ekseriya ulusların üstün değerlerini ifade ettiği düşünülür. Anayasalar, sıkça "Biz, Halk" adına kabul edilmekte ve -benzer şekilde akade-

---

* **Çevirmen notu**: Çeviride "popular", "populist", "populism" kavramlarının doğrudan Türkçe karşılığına yer verilmemektedir. Çünkü bu kavramların, farklı konu başlıklarında farklı anlamlara yol açabilme ihtimali yüksektir. Örneğin "popular" yerine "halka ait" karşılığı kullanılabilirdi ancak farklı paragraflarda anlam bütünlüğü bakımından "popüler"i, her zaman "halka ait" anlamında kullanabilmek mümkün değildir.Çünkü "popular constitutionalism" iki anlamı içerebilir: Birincisi, anayasa yapım sürecinde halkın katılımı; ikincisi ise anayasanın halkın değerlerini yansıtması. Makalede de yer aldığı üzere yapım sürecinde yer alan halkın, kendi değerlerini anayasaya yansıtabilmesi her zaman mümkün değildir. Ya da tam tersi, halkın değerlerinin yansıtıldığı anayasaların yapım sürecinde halk her zaman yer almayabilir. Bu anlamda "halka ait" ifadesi bazı cümlelerde fazla ya da eksik bir çağrışım yaratabilecektir. Ayrıca başka bir karşılık olarak kullanılabilecek "toplumcu" ifadesi de anayasaların ideolojik yönüne vurgu yapabilecek ve anayasal tasarımı akla getirebilecektir. Yine "popular constitutionalism" veya "popular constitutionalist" ifadeleri, anayasacıların ya da anayasaların popülerliğini değil tüm makale boyunca değinilmeye çalışılan ilgili düşünce akımının öğretisini ve destekçilerini ifade etmektedir. Ayrıca "popülist" yerine "moda olan" ya da "rağbet gören" kullanılabilirdi. Ancak bazı paragraflarda bazı değerlere "rağbet gösteren" ya da "belirli değerleri moda haline getiren" kitlenin, halk değil anayasa yapıcıları olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda değerleri "popüler" kılan her zaman halk olmayabilir. Özetle, bu gibi çekinceler "popüler", popülist" ve "popülizm" ifadelerinin çeviride tercih edilmesine yol açmıştır.

Copyright © 2014 Mila Versteeg. (Makalenin yayımlandığı yer: Versteeg, Mila, Unpopular Constitutionalism (January 11, 2013). Indiana Law Journal, Vol. 89, 2014).

** Hukuk Doçenti, Virginia Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lisans ve Yüksek Lisans Tilburg Üniversitesi; Yüksek Lisans, Harvard Hukuk Fakültesi; Doktora Oxford Üniversitesi. Yardımcı olan değerlendirmeler ve söyleşileri için teşekkürler: Lonna Cope, Michelle Cowley, Shai Dotan, Justin Driver, John Duffy, David Erdos, Denis Galligan, Richard Goldstone, Tom Ginsburg, Mike Gilbert, Rich Heinz, Sarah Hardin, Dick Howard, Jeff King, David S. Law, Pedro Magalhães, Greg Mitchell, Jide Nzelibe, Ana Maria Ibarra Olquin, John Setear, Paul Stephan, James Stern ve Virginia Üniversitesi Fakülte Çalıştayı'ndaki katılımcılar, Virginia Üniversitesi bilimsel öğle yemeği buluşmaları, Chicago Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bölgesel Uluslararası Hukuk Kolokyumu. Elizabeth Drake, Benjamin Rogahn, Vahid Gholamapour, and Heidi Schramma size de araştırmaya ilişkin müthiş yardımınız için teşekkür ederim. Kevin L. Cope'a ise bu çalışmanın birçok taslağına ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu için özel teşekkür ederim. 2007-2010 döneminin veri kısmı için Washington Universitesi/St. Louis Ampirik Hukuk Araştırması Merkezi'nin cömert mali yardımını da belirtmek isterim.

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: safakevran@yahoo.com) (Çeviri Gönderim Tarihleri: 27.03.2018-27.03.2018/Çeviri Kabul Tarihleri: 21.05.2018-30.04.2018)

misyenler ve kamuoyu tarafından- halkın görüş ve değerlerinin ifadesi olarak kabul edilmektedir. Bu makale, anayasaların bu şekilde ortaya konulan imajının, dünyadaki anayasa yapımı gerçeğiyle ampirik olarak bağdaşmadığını göstermektedir. Bu makale, doksan ülkenin 1981 ve 2010 yılları arasındaki anayasal hak tercihlerini aynı dönemde geçerli olan kültürel, dini ve popüler değerlere ilişkin yaklaşık yarım milyon anket cevabından elde edilen veriyle birlikte karşılaştırmaktadır. Araştırma, ulusların bu dönemde belirli anayasal tercihleri ile vatandaşların değerleri arasındaki bağın genellikle çok zayıf olduğunu hatta olmadığını şaşırtıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Makale, bu orijinal araştırmadan hareketle ek bir kanıt sunarak, halkın baskın bir şekilde, sahip oldukları değerleri kendi anayasalarında yer almasını istediğini ortaya koymaktadır. Bu sonuçlar, dünya anayasalarının temsil ettikleri halk tarafından tam anlamıyla desteklenmediğini ve anayasa yapımının global pratiğinin, "popüler olmayan anayasacılık" uygulaması olarak nitelendirilebileceğini ortaya koymaktadır.

Makale, bu tespiti anayasal tasarımın özünde yer alan çelişkiye dayandırmaktadır. Anayasalar, ulusal idealleri ve popüler değerleri tanımlayan yegâne beyanlar işlevi gördüğünde evrensel insan hakları normlarını veya anayasal tasarımın yerleşik ilkelerini gözardı edebilir. Diğer yandan anayasal kurallar, sadece sağlam bir anayasal tasarımı ve evrensel hak normlarını yansıttığı zaman toplumun değer ve geleneklerinden uzak kalabilir ve bu nedenle pratikte başarısız olabilir. Bu tespitler, anayasa yapıcılarının büyük çapta bu çelişkiyi, evrensel hakların ve mevcut anayasal modeller lehine çözdüğünü göstermektedir.

Anahtar Kelimeler

Anayasalar, anayasacılık, kamuoyu, anayasal teori, ampirik hukuk çalışmaları

UNPOPULAR CONSTITUTIONALISM

Abstract

Constitutions are commonly thought to express nations' highest values. They are near-universally proclaimed in the name of "We the People" and regarded - by scholars and the general public alike - as an expression of the people's views and values. This Article shows empirically that this widely held image of constitutions does not correspond with the reality of constitution-making around the world. The Article contrasts the constitutional-rights choices of ninety countries between 1981 and 2010 with data from nearly one-half million survey responses on cultural, religious, and social values conducted

over the same period. It finds, surprisingly, that in this period, the link between nations' specific constitutional choices and their citizens' values has generally been weak or non-existent. The Article presents additional evidence from an original survey that reveals that, overwhelmingly, people want to enshrine their values in their constitution. Together, these findings suggest that the world's constitutions are not meaningfully supported by the people they represent, and that the global practice of constitution-making can be characterized as an exercise in "unpopular constitutionalism."

The Article attributes this finding to a dilemma that lies at the heart of constitutional design. When constitutions serve as unique and defining statements of national ideals and popular values, they may flout universal human rights norms or well-established principles of constitutional design. On the other hand, when constitutional rules merely reflect sound constitutional design and universal right norms, they may be remote from the people's values and traditions and therefore fail in practice. The findings suggest that constitution-makers have largely resolved this dilemma in favor of universal rights and ready-made constitutional models, which explains the disconnect from popular values.

Keywords

Constitutions, constitutionalism, popular opinion, constitutional theory, empirical legal studies

GİRİŞ

Anayasal değerler, sıkça popüler değerler ile çatışma içindedir. Güney Afrika'nın ırkçılık sonrası 1996 tarihli Anayasası yazıldığında, Güney Afrikalıların yüzde 88'i eşcinselliğin ahlaken kabul edilemez olduğunu düşünüyordu[1] ancak yeni anayasa yine de cinsel yönelimlere bakmaksızın eşit korumayı garanti altına aldı[2]. Aksine, nüfusunun yüzde 22'sinin eşcinselliğe karşı olduğu Hollanda'da[3] eşcinsel haklar, anayasada hiçbir zaman korunmamıştır. Fas'ta, yakın zamanda yapılan bir kamuoyu yoklamasında, nüfusun yüzde 95'i hiçbir durumda yasal greve gitmeyeceğini ortaya koyarken[4]; Fas Anayasası, grev hakkının ülkenin en üstün değerlerinden biri olduğunu belirtmektedir[5]. Tam tersine Britanya nüfusunun yüzde 99'u greve gitmeyi istemekteyken, grev hakkı, Britanya'da anayasal değer taşımamaktadır[6]. Dominik Cumhuriyeti'nde nüfusun yüzde 86'sı daha güçlü bir doğal

---

1 World Values Survey Ass'n, *World Values Survey 1981-2008 Anketin Official Aggregate v.20090901* (2009), http://www.wvsevsdb.com/wvs/WVSData.jsp; Anketin, eşcinselliğe ilişkin sorusunun detayı için bkz. Tablo 1.

2 Güney Afrika Anayasası 1996 § 9(3) "Devlet ırk, cinsiyet, hamilelik, medeni durum, etnik veya sosyal köken, renk, cinsel yönelim, yaş, engel, din, vicdan, inanış, kültür dâhil olmak üzere bir veya birkaç nedenle bir kişiye karşı haksız bir şekilde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapamaz."

3 World Values Survey Ass'n, *supra* not 1.

4 *Id.*; *bakınız infra* grev hakkında ilişkin anket sorusunun detayı için bkz. Tablo 1.

5 ROYAUME DU MAROC [Anayasa], Eylül 13, 1996, madde 14 (Fas) "Grev hakkı, güvence altındadır."

6 Bu makaleye analiz konusu edilen ülkelerin çoğu, tek bir belgeden oluşan yazılı anayasalara sahiptir. Britanya Anayasası farklıdır çünkü anayasa, yazılı olmayan göreneklerden, mahkeme yorumlarından ayrıca yarı anayasal statüye sahip yasalardan oluşmaktır. *Bakınız*. A.V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 22 (8th ed. 1915) (anayasayı, "devlette egemen olan gücün dağılımını veya kullanımını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen tüm kurallar" olarak tanımlamaktadır.) Bu makalede ortaya konulan analizin amacı bakımından şu belgeler anayasal olarak değerlendirilmiştir: Magna Carta, 1297, 25 Edw. 1, cc. 1, 9, 29; Habeas Corpus Act, 1640, 16 Car. 1, c. 10; Habeas Corpus Act, 1679, 31 Car. 2, c. 2; Bill of Rights, 1689, 1 W. & M., c. 2; Parliament Act, 1911, 1 & 2 Geo. 5, c. 13; Human Rights Act, 1998, c. 42; Freedom of Information Act, 2000, c. 36. Grev hakkı, bu belgelerin herhangi birinde düzenlenmediği gibi yargı veya görenek yoluyla da anayasal bir statüye sahip değildir. *Bakınız* Federico Fabbrini, *Europe in Need of a New Deal: On Federalism, Free Market, and the Right to Strike*, 43 GEO. J. INT'L L. 1175, 1191-94 (2012) (Birleşik Krallık'ın greve yasal bir özgürlük olarak yaklaşmak yerine grevi bir hak olarak tanımayı reddettiğini belirtir.)

çevre korumasını -yüksek vergi bedelleri pahasına[7]- isterken; anayasa metni, çevrenin korunması hususunda sessizdir. Bunun aksine, sağlıklı çevre hakkı Litvanya Anayasasında korunmaktadır[8]; ancak Litvanyalıların ancak yüzde 24'ünü aşmayan bir oranı, daha iyi çevre koruması için bir bedel ödemeye hazırdır[9].

Anayasal metinler ile popüler değerler arasındaki böylesi kopukluklar, anayasanın anayasa hukukçuları ve kamuoyu tarafından nasıl algılandığıyla ilgili tam bir tezat oluşturmaktadır. Köklerini "yönetilenlerin rızasından[10]" alan anayasalar, yazıldıkları günden bu yana birey ve devlet arasındaki toplum sözleşmesi olarak kavramsallaştırılmıştır. Günümüzde anayasalar, genellikle "Biz, Halk[11]" adına ilan edilmekte ve sıkça halk oylamasıyla kabul edilmektedir[12]. Anayasa hukukçuları, anayasa hukukunun başlıca rollerinden birinin her zaman ulusun ve halkın en yüksek değerlerini ifade etmek, korumak ve inşa etmek olduğunu ileri sürmektedirler[13].

---

7 World Values Survey Ass'n, *supra* note 1; *Evrensel değerler hakkındaki anket sorusuna ilişkin detaylar için bkz.* Tablo 1.

8 LIETUVOS RESPUBLIKOS KONSTITUCIJA [CONSTITUTION], 25 Ekim, 1992, madde 53 (Litvanya) ("Devlet ve her birey, *çevreyi zararlı etkilerden korumak zorundadır.)* Madde 54 ("Devlet, doğal çevrenin, vahşi yaşamın ve bitkilerin, doğanın her bir parçasını ve belli değerdeki alanların korunmasını gözetmelidir ve doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımını, yenilenmesini ve geliştirilmesini gözetmelidir.")

9 World Values Survey Ass'n, *supra* not 1.

10 *Bakınız*, e.g., THE DECLARATION OF INDEPENDENCE para. 2 (U.S. 1776) ("Bu doğruları aşikar olmak için muhafaza ediyoruz….Bu….hükümetlerin….kendi haklı güçleri, yönetilenlerin rızasından kaynaklanır.)

11 Denis J. Galligan, The Sovereignty Deficit in Modern Constitutions, 33 OXFORD J. LEGAL STUD. 702, 707 (2013) (demokratik anayasaların büyük bir çoğunluğunun, halk adına ilan edildiğini göstermektedir.)

12 Bkz. Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Justin Blount, Does the Process of Constitution-Making Matter?, 5 ANN. REV. LAW & SOC. SCI. 201, 207 fig.1 (2009) (Ampirik olarak belgelenen şudur ki günümüzde anayasaların yüzde 40'ndan fazlasının onaylanması için halk oylaması gerekmektedir).

13 *Bakınız* e.g., BEAU BRESLIN, FROM WORDS TO WORLDS: EXPLORING CONSTITUTIONAL FUNCTIONALITY 5 (2009) (Anayasaların en önemli işlevinin "hayal etmek ve sonrasında paylaşılan ortak varlığın gerçeklik kazanmasına yardımcı olmak" olduğunu belirtir.); ZACHARY ELKINS, TOM GINSB URG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS 38 (2009) ("anayasaların hizmet ettiği işlev, ulusu ve onun değerlerini tanımlayan sembollerden biri olmaktır"); VICKI C. JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 155 (2009) (Anayasaları, "ulusun kendi çekişmelerinin, bağlılıklarının ve kimliğinin belli usullerini geliştirilmesi için bir çerçeve sunan ulusun

Hem popüler anayasacılar hem de hukukun üstünlüğünü savunanlar dâhil olmak üzere çağdaş anayasa hukuku teorisyenleri, sıradan yasalara nazaran anayasaların daha geniş bir demokratik meşruiyete sahip olması gerektiğine inanır. Popüler anayasacılar, anayasaları hem halk tarafından hem de halk için[14] yapılan belgeler olarak görür. Popüler anayasacılar, anayasaların sadece popüler değerleri yansıtmayacağını[15]; aynı zamanda "halkların kendilerinin" de bu değerleri, açıklamak ve tamamlamak zorunda olduğunu ileri sürer[16]. Popüler yorumlar ve uygulamalar arasında ihtilaf olabilirken anayasaların popüler değerleri yansıtmasına ilişkin görüş ihtilaflı değildir[17]. Hatta hukukun üstünlüğünü savunanlar, anayasaların halkın en

---

kendini ifade etme şekilleri" şeklinde tanımlar. (atıf belirtilmemiştir); GARY JACOBSOHN, CONSTITUTIONAL IDENTITY 3 (2010) (anayasa hukukunun en önemli işlevinin ulusun özgün kimliğinin ifade edilmesi olduğunu iler sürer.); MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 14 (2008) "Dışavurumculuk, anayasanın ifade ettiği şekilde ulusların, kendi kendini anlamaya sahip olduğunu ileri sürer." (aslındaki vurgu) ; Geoffrey Brennan & Alan Hamlin, Constitutions as Expressive Documents, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY 329, 333-38 (Barry Weingast & Donald A. Wittman eds., 2006) (yazılı anayasaların, ulusların kendi kendilerini anlamalarını ifade ettiğini belirtir.); Seth F. Kreimer, Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing, 1 U. PA. J. CONST. L. 640, 648-50 (1999) (diğer şeylerin arasında, anayasaların ulusal kimliği ifade ettiğini ileri sürer.); H.W.O. Okoth-Ogendo, Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD 65, 65-66 (Douglas Greenberg et al. eds., 1993) (Anayasaların ayrılmaz bir şekilde egemenliğe bağlı olduğunu ve ulusun en üstün değerlerini ortaya koyduğunu belirtir.)

14 LARRY D. KRA MER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW *passim* (2004) ("Popüler anayasacılığın", anayasal belgenin yazımında, yorumlanmasında ve hayata geçirilmesinde halkın sürekli bir ilgisini gerektirdiğini ileri sürer.)

15 *Bakınız id.* 7'de (Anayasaları, "temelde toplum iradesinin bir eylemi: Halk tarafından yapılan popüler bildirge" olarak tanımlamaktadır.)

16 *Id.* 7-8'de (Amerikan tarihinin büyük bir kısmı, "halkın kendisinin"… anayasanın düzgün bir şekilde yorumlandığının ve uygulandığının gözetilmesinden sorumlu olduğunu" belirtir.)

17 *Bakınız, e.g.*, Laurence H. Tribe, *The People's Court*, N.Y. TIMES, Oct. 24, 2004, A32 (Halka anayasa hakkında son sözü vermenin, "hukuku, anayasa hukuku dışına almak" olduğunu ileri sürer. "Eğer anayasalar halkın her durumda istediğini akıtabildiği bir boru olsaydı" anayasayı tasarlamadaki tüm amaç kaybolacaktı.)

yüksek değerlerini yansıtması gerektiğini düşünürler. Anayasal hükme ilişkin karşıt-çoğunluğun engelini aşabilmek için bu teorisyenler, normatif iddialarını, anayasaların sıradan yasalara göre daha demokratik olması gerektiği üzerine inşa eder[18]. "Daha üstün yasa yapımı"nın önemli zamanlarında, anayasaların yapılması gerektiğini ileri sürerler ki bu durumlarda halk bir araya gelir, gündelik kısa vadeli çıkarlarını aktarır ve en üst beklentilerini ve en içten değerlerini dile getirirler[19]. Bu mantığa göre anayasalar, halk tarafından yürütülen makul bir müzakereyi temsil ederken; olağan mevzuat, seçilmiş temsilcilerin kısa vadeli pazarlıklarını, korkularını ve tutkularını temsil eder[20]. Anayasaya aykırı olan olağan mevzuatın geçerliliğini yitirmesi, göründüğü üzere antidemokratik iken, sadece halkın gerçek iradesini yönlendirmektedir[21]. Anayasa ile "Ayık Peter ile Sarhoş Peter birleşir"; böylece hikâye devam eder[22]. Sonuç olarak, birleştiren tek bir fikir vardır; diğer taraftan anayasa düşüncesinin farklı okulları, anayasanın halkın kendi iradesini yansıtacağı en üst belge olması yönünde birleşir.

Kamuoyu, genellikle anayasayı ideallerin ve değerlerin dile getirilmesi olarak algılamaktadır. Örnek vermek gerekirse Amerikan Çay Partisi hareketi Anayasanın, Amerika'nın en yüksek değerlerini yansıttığını ileri sürer; bu değerlerin, müdahaleci olduğu düşünülen Kongre'den korunmasını sağla-

---

18 *Bakınız, e.g.*, 1 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE 6 (1991).

19 *Id.*

20 *Id.* (anayasaların halk tarafından yazıldığını, sıradan yasaların ise halkın seçilmiş temsilcileri tarafından yazıldığını vurgular.); *ayrıca bakınız* JOHN FINN, CONSTITUTIONS IN CRISIS:
POLITICAL VIOLENCE AND THE RULE OF LAW 5 (1991) (1871 tarihli Ku Klux Klan Yasası'na ilişkin tartışmalarda John Potter Stockton'dan alıntılayarak: "anayasalar, halkın çılgın anlarında intihar ederek ölmediği akıllı anlarında bağlandıkları zincirlerdir." (atıf belirtilmemiştir) Jon Elster, *Intertemporal Choice and Political Thought, in* CHOICE OVER TIME 35, 35-45 (George Loewenstein & Jon Elster eds., 1992) (Anayasal bağlılığı, zaman uyumsuzluğu problemi olarak kavramsallaştırır ki burada, gelecek zamanların korkularını ve tutkularını idare etmenin makul ön taahhütleri kutsallaştırılmaktadır.)

21 ACKERMAN, *supra* not 18, 6'da. (normal seçim zaferinin, politikacılara "daha önceden halk tarafından elde edilmiş ilgili kararları tersine çeviren sıradan yasa yapımı konusunda yetki vermeyeceğini" belirtir.)

22 STEPHEN HOLMES, PASSION AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL GOVERNMENT 135 (1995) ("Ayık Peter"ın, anayasayı temsil ederken "Sarhoş Peter"ın sıradan yasama sürecini temsil ettiğini ileri sürmektedir.)

mıştır[23]. Benzer savlar, diğer ülkelerin anayasal söylemine nüfuz etmektedir. Latin Amerika'nın son zamanlardaki radikal popüler anayasa dalgasından [24], 2011 tarihli Macaristan Anayasasına, yeni yazılan Mısır Anayasasına kadar popüler değerlere ve kimliğe ilişkin savlar, sıklıkla yeni anayasal belgelerin kabulünü kuşatmaktadır[25].

Makale, yaygın bir şekilde anayasa hukukunun doğasına ilişkin resmedilen imajın, dünyadaki anayasa yapımı gerçeğiyle bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Makale, devletlerin tüm anayasalarının ilgili hakkı içeren veri setinden yararlanılırken, anayasaların genellikle kamuoyuyla örtüşmediğini göstermektedir. Makale özellikle 1981 ve 2010 yılları arasında devletlerin anayasal hak tercihleri ile doksan ülkede aynı zaman diliminde kültürel, dini ve popüler değerlerine ilişkin yarım milyon hane halkıyla yapılan araştırmadan elde edilen veriyle çelişmektedir. Bu analiz, belli anayasal tercihler ile kamuoyu arasında genellikle bir bağın olmadığını ortaya koymaktadır[26]. Örneğin kamuoyunun eşcinsellik konusundaki düşüncesi ile eşcinsel hakların anayasal koruması arasında bir ilişki bulunmamaktadır; kamuoyunun kürtaj konusundaki düşüncesi, doğmamışın anayasal koruması ile örtüşmemekte ve yine kamuoyunun çevre hakkındaki düşüncesi, çevrenin anayasal koruması ile bağdaşmamaktadır.

Dahası, çoğu kişinin anayasalarının değerlerinden koparılmasını istemediği ortaya çıkmaktadır. Bu makale, yazar tarafından geliştirilmiş orijinal çalışmanın bazı ek bulgularını sunmakta ve farklı ülkeden binden fazla kişiye ulaştırmaktadır. Her ne kadar örneklem boyutu, kesin sonuçlara ulaşmak için çok küçük olsa da araştırma, genellikle halkın anayasada kendi değerlerini yansıtmayı tercih ettiğini göstermektedir. Bu tespitler, sonuç olarak halkın anayasalardan istediği ile aslında belgenin sağladığı şey arasında

---

23 *Bakınız* Jared A. Goldstein, *Can Popular Constitutionalism Survive the Tea Party Movement?*, 105 NW. U. L. REV. COLLOQUY 288, 292 (2011) ("Çay partisi, Anayasada Amerika karakterini oluşturan temel ilkeleri merkeze alır ve sadece bu ilkelerin canlandırılmasıyla ulusun yıkılmaktan korunabileceğini ileri sürer." (atıf belirtilmemiştir.)

24 *Bakınız* Phoebe King, *Neo-Bolivarian Constitutional Design*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 366, 367 (Denis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013) (Venezuela, Ekvator ve Bolivya'nın yakın tarihli anayasaları, radikal popüler dokümanlar olarak tanımlanmaktadır.)

25 *Bakınız infra* Part VI.C (Yeni Macaristan ve Mısır Anayasaları kapsamında, ulusal kimliğe ve popüler değerlere ilişkin savları tanımlamaktadır.)

26 *Bakınız infra* Part III.

bir farklılık olduğunu göstermektedir. Anayasa yapımının küresel uygulaması, makalede, *popüler olmayan anayasalar* olarak nitelendirilmiştir.

Bu makale, ilgili tespiti anayasal tasarımın merkezinde yer alan çelişkiye dayandırmaktadır[27]. Anayasal teoriye karşın anayasayı kaleme alanlara göre, anayasa sadece popüler değerlerin ifade edildiği bir alan olmayıp ayrıca evrensel insan hakları normlarının korunduğu ve ulusu tasarlayan bir araçtır. Birçok açıdan tüm bu farklı hedefler birbiriyle tutarsız olabilir. Anayasalar, ulusal ideal ve değerlerin benzersiz ve tanımlayıcı ifadeleri olarak işlev gördüğünde, evrensel insan haklarını veya anayasal tasarımın köklü ilkelerini gözardı edebilir. Aynı zamanda, anayasal kurallar sadece kusursuz anayasal tasarımı ve evrensel değerleri yansıttığında da halkın değer ve geleneklerinden uzaklaşabilecek ve uygulamada başarısız olabilecektir. Makalede yer alan ampirik veriler, anayasa yapıcılarının bu çelişkiyi evrensel haklar ve hazır anayasal modeller lehine çözdüğünü göstermektedir ki bu durum, anayasaların popüler değerlerden ayrılışını açıklamaktadır.

Makale, sonrasında şu şekilde devam etmektedir: Birinci bölüm, ulusal anayasalarda popüler değerlerin nasıl yansıtıldığını kavramsallaştırır. Anayasaların başlangıç hükümlerine, katılımcı süreçlere, popüler görüşlere ve değerlere bağlılığın ifadesi olarak haklar bildirgelerine dikkat çekmektedir ve birinci bölüm, bu makalenin odak noktası olarak anayasal hak tercihlerinin popüler değerleri nasıl yansıttığını açıklamaktadır.

II. bölüm, kamuoyunun görüşü ve anayasalar arasındaki bağlantıyı incelemek için kullanılan veriyi tanıtmaktadır. Bölüm III.A ve Bölüm III.B belli değerleri derinden muhafaza eden halkların, bu değerleri kendi anayasalarına dâhil edip etmediğini araştırmaktadır. Bu bölümün temel tespiti, popüler değerler konusunda ülkeler arasındaki farkların, anayasal haklar konusunda ülkelerdeki farklılıkları açıklamamasıdır. IV. Bölüm, her ulusal anayasanın hangi noktaya kadar popüler değerlerle örtüştüğünü incelemektedir. Bölüm IV.A her bir yıl için her bir ülkenin popüler değerleriyle anayasalarının örtüşme derecesini hesaplamakta ve popüler yapısına göre dünya anayasalarını derecelendirmektedir. Bölüm IV.B, anayasal popülizmin gelişigüzel olmadığını; bazı devlet tiplerinin diğerlerine nazaran popüler olmayan anayasalara sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Özellikle eski ve zor anlaşılır anayasalara nazaran yakın tarihli ve daha anlaşılır anayasaların kamuoyuyla örtüşmesinin muhtemel olduğunu ortaya koymaktadır. Anayasal popülizmin, ilham veren bir karakterinin olduğunu ortaya koymaktadır:

---

27 *Bakınız infra* Part VI.C (bu çelişkiyi tanıtmaktadır.)

Anayasal taahhütlerin yerine getirilmediği ülkeler, daha çok popüler anayasalara sahiptir.

V. Bölüm, on bir ülkeden binden fazla kişiyi kapsayan orijinal araştırmayı ortaya koymaktadır ve halkın, kendi değerlerini anayasalarda korumayı tercih edip etmediğini araştırmaktadır. Araştırma, katılımcıların hakim çoğunluğunun, anayasalarda kendi değerlerinin temsil edilmesini istediğini ortaya koymaktadır ki bu durum, anayasal tercihler ve popüler değerler arasında bir ilişki olmadığını göstererek popüler olmayan anayasayı ortaya koymaktadır. Dünya anayasalarının önemli bir bölümü, aslında temsil edildiği düşünülen halkın değerlerini korumamaktadır. V.Bölüm. B sadece Amerikalı katılımcılara ve onların anayasayı nasıl algıladığına odaklanmaktadır. Kendisine benzeyen ülkelerden farklı olarak, Amerikalıların kendi değerleriyle uyuşmasına rağmen sosyoekonomik hakları talep etmede ihtiyatlı olduğunu göstermektedir. Bu görüşe dayanarak, bu bölümde Amerikan Anayasasının aslında ne kadar popüler olduğu tekrar değerlendirilmektedir.

VI. Bölüm popüler olmayan anayasalar hakkında muhtemel açıklamaları ortaya koymaktadır. Gerçek dünyanın anayasa yapıcıları, sadece popüler değerleri yansıtan yazılı belgelerle ilgilenmemekte ayrıca birbiriyle yarışan fikirlerle karşılaşmaktadır. İşlevselcilik ve evrenselcilik, anayasa yapıcıları popüler ifadelerden uzaklaştıran böylesi birbirine rakip iki yaklaşımdır. Makale, çağdaş anayasa teorisi hakkındaki temel tespitlere ilişkin çıkarımları yansıtarak sona ermektedir.

I. POPÜLİST BELGELER OLARAK ANAYASALAR

Her ne kadar anayasalar çoğunlukla popüler görüşlerin ve değerlerin ifadeleri olarak kavramsallaştırılsa da farklı akademisyenler, popüler ifade fikrini ciddi manada farklı şeyleri ifade etmek için kullanırlar. Hatta literatür, anayasaların ulusal değerleri ve kimliği yansıtması fikrinden, halkın yöntemsel sürece dâhil olmasına[28] ve mahkemelerin popüler değerlerle bağlantılı şekilde anayasaların yorumlanması gerektiğini vurgulayan yargısal yorum teorilerine[29] kadar değişiklik gösteren farklı savlarla tanımlanmaktadır[30]. Bu

---

28 *Bakınız, e.g.*, JACOBSOHN, *supra* note 13.

29 *Bakınız, e.g.*, Ginsburg et al., *supra* note 12 (anayasa yapımında halkın katılımını tarif etmektedir.).

30 *Bakınız, e.g.*, Robert Post, *Theories of Interpretation*, 30 REPRESENTATIONS 13, 29 (2009) (Tüm Amerikan anayasal yorumları, "ulusal ethosu vasıflandırmak" olarak

bölüm, anayasal belgelerin popüler değerlere bağlılık gösteren üç farklı yolu ayırmakta ve kavramsallaştırmaktadır: (1) Popüler değerleri ve ulusal karakteri başlangıç hükümlerinde belirtmek (2) Anayasanın yapımında veya onaylanmasında halkın katılımını talep etmek ve (3) Kamuoyunun fikrini yansıtan hakları ve haklarla ilişkili politikaları kabul etmek. Bu bölüm, her bir yolu sırasıyla tartışacak ve makalenin neden öncelikle üçüncü yönteme odaklandığını açıklayacaktır ki bu da anayasal tercihlerin esas itibarıyla popüler değerleri nasıl yansıttığıdır.

A. Başlangıç Hükümleri

Muhtemelen bir anayasa için popüler değerleri anayasanın başlangıç hükümlerinde belirtmek en kolay yoldur. Birleşik Devletler Anayasasının başlangıç hükümleri sadece "Biz, Halk olarak[31]" şeklinde nispeten kısa bir ifadeye yer verirken; birçok anayasa, detaylı tanımlarla halkın en üstün değerlerine, halk yönetiminin başarısına, ulus liderinin başarılarına ve ulusun geçmişteki farklı yönlerine yer verir[32]. Başlangıç hükümleri, bir yorumcuya göre, "misyonu olan ifadelerdir": Ulusun geçmiş deneyiminin ışığında, ulusun gelecek için amaçlarını belirtir[33]. Muhtemelen anayasanın birçok bölümüne nazaran başlangıç hükümleri, devlet ve halk hakkında farklı olanı ifade etmek için muazzam bir fırsat sunmaktadır[34].

---

tanımlamak-tadır); ayrıca *bakınız* Robert Leider, *Our Non-Originalist Right to Bear Arms*, 89 IND. L.J. (2014'de yayımlanacak.)

31 Birleşik Devletler Anayasası Başlangıç Bölümü

32 Bakınız *infra* Tablo 1.

33 Jeff King, *Constitutions as Mission Statements*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, at 73, 81 (anayasalar, misyonu olan ifadelerdir derken "toplumun öz, kurucu siyasi taahhütleri"ni ve "anayasayı ve politikayı geniş çapta canlandıran dâhil siyasi düşünceleri ve öngördüğü devlet yapılanmasında saygı duyulmasını istediği değerleri ifade eder.")

34 *Bakınız, e.g.*, JACKSON, *supra* note 13, at 18 ("Başlangıç hükümleri, böylesi ulusal nitelikler için özel bir yerdir."); Kevin L. Cope, *South Sudan's Dualistic Constitution*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 295 ve 314'de (başlangıç bölümünün yeni Güney Sudan Anayasasının anayasal kimliği ifade ettiği bölüm olduğunu belirtir.); Denis Galligan & Mila Versteeg, *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, at 3, 10 (başlangıç hükümlerini ulusal değerlerin ifade edildiği bir yer olarak tanımlar.); Mark Tushnet, *Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law*, THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 67, 79 (Sujit Choudhry ed., 2006) ("Anayasaların başlangıç hükümleri, bir expressivist için özellikle faydalı olabilir.")

Ulusun geçmişini anlatan ve geleceğini tasavvur eden başlangıç hükümleri örneği çoktur. Yaklaşık iki sayfa uzunluğunda, yakın zamanda kaleme alınan 2011 tarihli Macaristan Anayasasının başlangıç hükümleri, anayasanın "ulusun iradesini ve içinde yaşamak istediğimiz şekli ifade eden" "Macarlıların geçmişi, bugünü ve yarını için bir sözleşme" olduğunu; "gururla", "bin yıl önce… Macaristan Devleti'ni kuran", "Kral Aziz Stephen"'a atıfta bulunur; "ulusun korunmasında Hıristiyanlığın rolü"nü tanır ve diğerlerinin içinde "mirasımızı, tek dilimizi (ve) Macar kültürünü koruma"ya söz verir[35].

Benzer şekilde 1997 Polonya Anayasası, Polonya'nın "1989'da kaderinin egemen ve demokratik olasılığını nasıl geri aldığından" bahsetmektedir ve "emekleri için atamalarımıza, büyük bir adanmışlıkla kazanılan bağımsızlık adına gösterdikleri çaba" ve "ulusumuzun Hıristiyan geleneğinde ve evrensel insan haklarında köklerini bulan kültürümüz" için şükran ifade edilmektedir[36]. Belki daha radikal bir şekilde, 1979 tarihli İran Anayasasının başlangıç hükümleri, "İslam ümmetinin en samimi amacını temsil eden İran toplumunun kültürel, popüler, siyasi ve ekonomik kurumları…" olduğunu beyan etmektedir. "İran Büyük İslam Devrimi"nden ve "Yüce, takip edilesi Ayetullah Uzma İmam Humeyni liderliğinde, ulus mücadelesinde gerçek İslamı ve ideolojik çizgiyi takip etme gerekliliğini kavramaya gelen ulusun uyanmış bilinci"nden söz etmektedir[37]. Başka bir ideoloji harmanında, 1978 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Anayasasında, "büyük lider" Mao Zedong'un ve "Büyük Proletarya Kültür Devrimi'nin" ve aynı zamanda sosyalizmin başarılarını kutlayan altı sayfalık bir başlangıç bölümü yer almaktadır[38].

Artan sayıda devlet, popüler değerleri ve ulusal kimliğe ilişkin açıklamalar yapmak için başlangıç hükümlerini kullanmaktadır. 1946 tarihinden bu yana, dünyadaki yazılı anayasalardan tespit ettiğim üzere, bu anayasaların yüzde yirmi beşi başlangıç hükümlerine sahiptir ve bu işlevi görmektedir[39]. Şekil 1, hem başlangıç hükümlerine sahip anayasaların yüzdesini hem de

---

35 A MAGYAR KÖZTÁRSASÁG ALKOTMÁNYA [Macaristan Cumhuriyeti Anayasası), Başlangıç Bölümü.

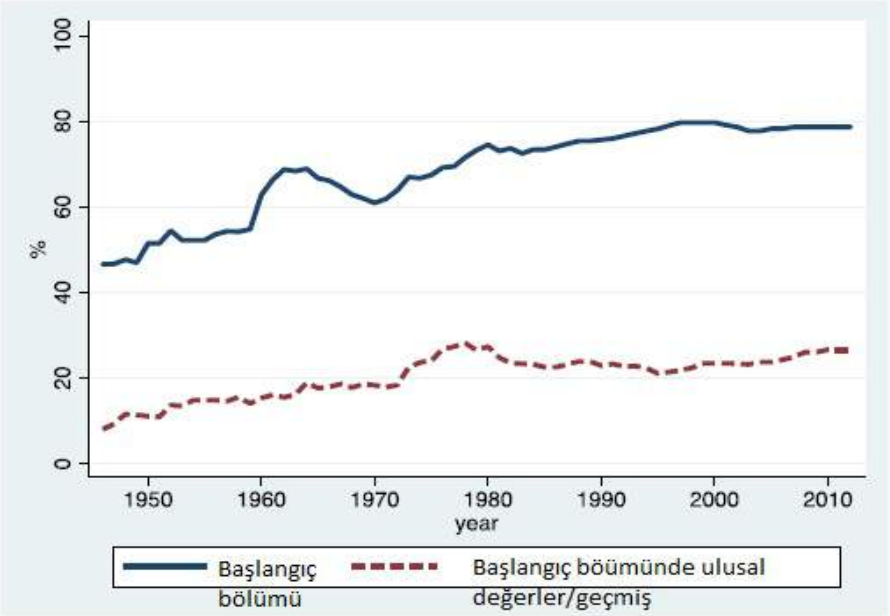
36 KONSTYTUCJA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ [Anayasa] Nisan 2, 1997, Başlangıç Bölümü (Polonya).

37 QANUNI ASSASSI JUMHURII ISLAMAI IRAN [İran İslam Cumhuriyeti Anayasası] 1358 [1980], Başlangıç Bölümü.

38 XIANFA Başlangıç Bölümü (1978) (Çin).

39 Bölüm III'de tüm veri seti ve izlenen yöntem tanıtılacaktır.

popüler değerleri veya ülkenin tarihini aktaran başlangıç hükümlerine sahip anayasaların yüzdesini resmetmektedir. Şekil 1, kimliğe ve değerlere yapılan böylesi referansların, zamanla arttığını ortaya koymaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonunda anayasaların sadece yüzde beşi ulusal kimliğe ilişkin ifadeleri içermekteydi. Bugün ise sayı, yüzde yirmi beştir. Tüm anayasalar, böylesi referanslara sahip değildir: Bazı başlangıç hükümleri, devletin belli bir yabancı devletle veya dünya toplumuyla ilişkini tanımlayan daha evrensel savları içermektedir[40]. Ancak artan sıklıkla, anayasa tasarımcıları, başlangıç hükümlerini devletin ve halkın en üstün değerlerini ifade etmek için kullanmaktadır.



Şekil 1: Başlangıç hükümlerine sahip anayasaların yüzdesi ve ulusal değerlere veya ulusal tarihe atıfta bulunan anayasaların yüzdesi.

Her ne kadar başlangıç hükümleri, ulusal kimliğe ve popüler değerlere bağlılığı ifade etse de son tahlilde sadece retoriktir. Başlangıç hükümleri, genellikle yargıya konu olamamaktadır; bir anlamda mahkemede ileri sürü-

---

40 *Bakınız* Tom Ginsburg, Nick Foti & Daniel Rockmore, "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles 1, 7 (2012) (basılmamış hali) (kopyası mevcut) (Başlangıç hükümlerinin sadece ulusal değerleri değil aynı zamanda oldukça fazla enternasyonal ifadeyi içerdiğini ortaya koymaktadır.)

lememektedir[41]. Bu durum, başlangıç hükümlerinin anlamsız olduğu göstermemektedir: Ulusal karaktere ilişkin ifadeler, ulusu birleştirmede önemli bir işleve sahiptir. Ulusun geçmişine hitap ederek, başlangıç hükümleri şimdiki ve gelecekteki bölünmelerin üstesinden gelmeye yardımcı olabilir[42]. Bununla birlikte, sembolik öneme bakılmaksızın, başlangıç hükümleri genellikle haklı olan ve gelecekteki yapma faaliyetinden kaynaklanan popüler değerleri koruyan ve teminat altın alan anayasa hukukunun gerçek organlarını üretemez.

B. Katılım Süreçleri

Başlangıç hükümleri gibi, katılımcı süreçler (anayasanın hazırlanmasında veya onaylanmasında halkın katılımını öngören süreçler), popüler değerlere saygı duyulduğuna işaret etmektedir ancak başlangıç hükümleri gibi anayasa hukuku pratiğinde, anayasal değerleri yansıtan bir karşılığa erişememiştir.

Halkın anayasa yapımında katılabileceği farklı yollar mevcuttur. Artan sayıda anayasa, onay için halkoylamasını zorunlu kılmaktadır. Şekil 2'de günümüzde anayasaların yüzde 34'nün onay için halkoylamasını zorunlu

---

41 *Bakınız* NATHAN J. BROWN, CONSTITUTIONS IN A NONCONSTITUTIONAL WORLD: ARAB BASIC LAWS AND THE PROSPECTS FOR ACCOUNTABLE GOVERNMENT 11 (2002) Şu şekilde ifade edilmektedir; (Başlangıç hükümlerindeki gibi "devletin temel hedeflerini, ideolojilerini, programını tanımlayan ayrıntılı bölümler", "yayımlandığında samimi olabilecekken böylesi hukuki bir ağırlığa karşılık verebilmek için belirsiz bir şekilde ifade edilen bu bölümler hükümet sınırlandırmak için tasarlanmamıştır"); Ginsburg, *supra* note 40, 4'de (Dünya anayasalarında başlangıç hükümlerini araştırmaktadır ve birçok başlangıç bölümünün yargıya konu olamadığını ortaya koymaktadır.) Bu konuda dikkat çekici istisna, 1958 tarihli Fransız Anayasası başlangıç bölümüdür. Bakınız Conseil constitutionnel [CC] [Anayasa Mahkemesi] Karar No. 71-44. DC, July 16, 1971, J.O. 7114 (Fransızca) (Fransız İnsan Hakları Beyannamesinin ve 1946 tarihli Fransız Anayasasının başlangıç bölümünün, 1958 tarihli başlangıç bölümünün parçası olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca başlangıç bölümünün yargıya konu olabileceğini belirtmektedir.)

42 Örneğin 1999 tarihli Venezuela Anayasasının başlangıç bölümünde özellikle şu husus belirtilmektedir: "Önemli kurtarıcı örneğimiz Simon Bolivar, yerli atalarımızın kahramanlığı ve kendini feda etmesi." Çünkü anayasa yapıcılar, "[Bolivar]'ı, ulusal birliktelik sembolü olarak gören popüler duyarlılık" olarak kabul etmektedir. *Bakınız* King, *supra* note 24, 373'de (Exposicion de Motivos, Gaceta Oficial, 5453, March 24, 2000'den alıntılayarak).

kılarken bu oranın, 1950'de sadece yüzde 7 olduğu görülmektedir[43]. Bazı ülkelerde, vatandaşlar sadece anayasanın son halini onaylamamakta ayrıca anayasanın yapım safhasında da aktif şekilde yer almaktadır. Anayasa yapımında daha aktif katılım yollarından biri, anayasal meclisin doğrudan seçilmesidir[44]. Örneğin 2011 tarihli İzlanda Anayasasını kaleme alan ve "adaylarının arasında kamyon şoförleri, üniversite profesörleri, avukatlar, gazeteciler ve bilgisayar uzmanlarının[45]" yer aldığı meclis, ulus çapında yapılan bir seçimle belirlenmiştir. Bir başka aktif katılım yöntemi ise Güney Afrika, Brezilya, Uganda, Eritre ve diğer devletler gibi yeni kurucu belgesinin yapımına doğrudan bir katkı sunmaktır[46]. Güney Afrika'da anayasal meclis, Twitter, Facebook gibi sosyal medyayı kullanarak halkın katkısını amaçlamıştır[47]. Genel olarak anayasa yapımında katılımcı süreçlere doğru güçlü

---

43 Bu veri, COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT, comparativeconstitutions project.org.'dan alınmaktadır. *Bakınız* Ginsburg et al., *supra* note 12, 207'de (Onaylanması için halk oylamasının gerekli olduğu anayasalardaki ampirik verinin sunulması ve özetlenmesi)

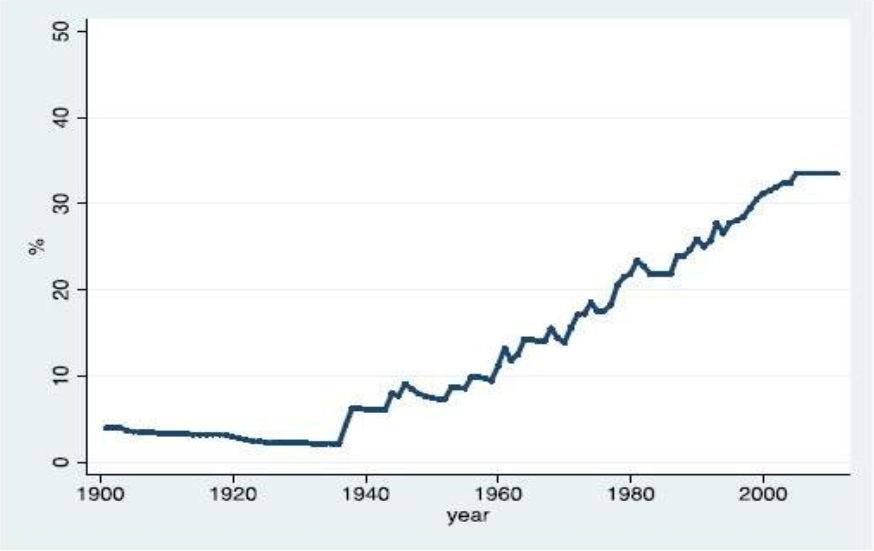
44 Bakınız *id*. 208'de (vatandaşların anayasal belgenin yazımında doğrudan katkı sağladığı katılım türlerinin tanıtılması)

45 Alda Sigmundsdottir, *Iceland Elects Ordinary Folk to Draft Constitution*, BOSTON.COM, Nov. 26, 2010, http://www.boston.com/news/world/europe/articles/2010/11/26/iceland_elects_ordinary_folk_to_draft_constitution/. *See generally* Jennifer Widner, *Constitution Writing & Conflict Resolution: Data & Summaries*, PRINCETON U. (Aug. 2005), http://www.princeton.edu/~pcwcr/about/index.html (doğrudan seçilen anayasal meclislerin önemini tarif etmektedir.)

46 *Bakınız* Ginsburg et al., *supra* note 12, at 208 (Vatandaşların, anayasal metnin yazımına doğrudan katkı sunduğu katılım türlerini tanımlamaktadır.); Erik Martinez Kuhonta, *The Paradox of Thailand's 1997 "People's Constitution": Be Careful What You Wish For*, 48 ASIAN SURV. 373 (2008) (Tayland "Halk Anayasasının" kabul edime sürecini tanımlamaktadır.); Bereket Habte Selassie, *Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach*, *in* FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION: CASE STUDIES IN CONSTITUTION MAKING 57, 61-65 (Laurel E. Miller ed.,2010) (1997 Eritre Anayasasının hazırlanmasında halkın geniş katılımını açıklamaktadır.); Aili Mari Tripp, *The Politics of Constitution Making in Uganda*, FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, *supra*, 158'de, 165-69 (1995 tarihli Uganda Anayasasının yazımında seçilmişlerden oluşan "kurucu meclis"in somut katkısını incelemektedir.)

47 *Bakınız* Hassen Ebrahim & Laurel E. Miller, *Creating the Birth Certificate of a New South African: Constitution Making After Apartheid*, *in* FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, *supra* note 46, 111'de, 133-39 ("Karşılaştırmalı anayasa hukuku perspektifinden ve önceki oluşumlardan farklı olan" 1994 tarihli Güney Afrika Anayasasının yapımında halkın geniş katılımını anlatmaktadır.); Anne Meuwese, *Popular Constitution-Making: The Case of Iceland*, THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 469'da, 476-89 (Rastgele seçilmiş 1000 vatandaşın katılımıyla oluşan seçilmiş anayasal meclise kadar İzlanda

bir eğilim mevcuttur ve böylesi bir katılımın, geleceğin hareket dalgası olacağı yönünde giderek artan bir uzlaşı mevcuttur[48].



Şekil 2: Onaylanması için halkoylamasının arandığı anayasaların yüzdesi

Anayasasının yazımında geniş halk katılımı ve Facebook, Twitter'ın kullanımı yoluyla halkın girdisinin sağlandığı açıklanmaktadır.)

48 ABD Barış Enstitüsü Başkanı Richard Solomon'un hakim yeni aklı özetlediği üzere, "her duruma uyan formüller ve modeller yoktur(,) "ancak iyi yönetilen süreçler…. yetersiz yönetilen süreçlerin böylesi çabalara engel olduğu yerlerde; istikrarlı, barışçıl devletlerin inşasına katkı sağlayabilir." Bakınız Richard H. Solomon, Önsöz FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, xi; ayrıca bakınız Louis Aucoin, Başlangıç Bölümü FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, xiii, xiii, (anayasa yapım süreçlerinin demokratik, şeffaf ve katılımcı olmasına ilişkin geliştirilen uluslararası normun var olduğunu ileri sürmektedir); Thomas M. Franck & Arun K. Thiruvengadam, Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process, içinde FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, 3'de, 8 (1990'larda Afrika'da başlayan ve "katılımı vurgulayan ve diyaloga, münazaraya, danışmaya ve katılıma değer veren anayasa yapımına ilişkin "yeni bir yaklaşım"ın varlığını ileri sürmektedir.) Vivien Hart, Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair, içinde FRAMING THE STATE IN TIMES OF TRANSITION, supra note 46, 20'de, 20 (geleneksel anlamda, "anayasa düzenlemek uzmanlık işiydi" ancak daha çok halk katılımına yönelik "belirgin bir değişiklik" ortaya çıkmakta iken anayasayı görüşmenin gücü elinde tutan siyasi liderlerin yetki alanı olduğunu belirtmektedir.)

Gerçi halk katılımı, otomatik olarak halkın görüşünü somut olarak yansıtan anayasal metinlere dönüşmemektedir. Örneğin halkoylamaları, somut olarak halk girdisine izin vermemektedir; halkoylamaları sadece halkın evet veya hayır kararını temsil etmektedir[49]. Halkoylamaları çoğunlukla bir hak temelinde yapılmamaktadır ve metnin tümü veya düzenlemeleri içeren bir paket için tek bir oy aranmaktadır. Vatandaş, halkoylamasının tüm hükümlerine katılmadığı durumda bile anayasa için sonuç, olumlu oy olabilir. Hatta otoriter liderlerin kendi dönem sınırlarını genişletmek için halkoylaması yoluyla daha ilgi çekici haklar ve aynı zamanda genişletilmiş yürütme erki önerdiği ve bu anayasa reformu serisinin vatandaşlar tarafından oylanmasının istenebildiği sayısız örnek mevcuttur[50]. Muhtemelen en meşhuru, Napolyon Bonapart'ın halkoylamasını kendini Fransa imparatoru olarak ilan etmesi için kullanmasıydı[51].

Anayasa yapımına halkın dâhil olması, ortaya çıkan metnin halkın görüşünü yansıtacağı garantisini vermemektedir. Bir yorumcuya göre oldukça kapsayıcı olan İzlanda'daki anayasa yapımı süreci, kısmen "ödünç alınan bir alıştırma" olmuştur ki burada anayasal meclis, Profesör Persson ve Tabellini tarafından yürütülen yabancı anayasalar ve sosyal bilim araştırmasına başvurmuştur[52]. Tıpkı Güney Afrika Anayasasının, tüm halk katılımlarını, evrensel normların ve değerlerin ürünü olarak tarif etmesi gibidir[53]. Profesör Klug'a göre her ne kadar geçmişte yargı, ayrımcı rejimi önlemede bir araç olarak kullanılmışsa da "ince fakat belirgin uluslararası politik kültür", Güney Afrika'da neden güçlü bir anayasa mahkemesinin kabul edildiğini göstermektedir[54]. Aynı uluslararası kültür, Güney Afrikalı anayasa

---

49 Bakınız Ginsburg et al., supra note 12, 207-08'de (referandumun "sadece hükümler paketine ilişkin olumlu ya da olumsuz oylama olduğu"na işaret etmektedir.)

50 Daniel Lansberg-Rodriguez, Wiki-Constitutionalism, NEW REPUBLIC (Mayıs 25, 2010, 12:00), http://www.tnr.com/article/politics/75150/wiki-constitutionalism ("Latin Amerika liderleri, daha geniş yürütme fonksiyonlarının yanısıra uzun vadeli vaad ve hakların listesini yaparak, referandumda bunun için oy kullanacak ve kitleleri yeterince kendisine çekecek yeni bir anayasa yapabilir.")

51 PETER EMERSON, DEFINING DEMOCRACY 144 (2.baskı, 2012) ("sadece onu tamamen demokratik yapmak" olduğunu belirtir; referandum 1804'de Napolyon'un kralı olmasını onaylamak için yapılmıştır.)

52 Meuwese, *supra* note 47, 485.

53 *Bakınız* HEINZ KLUG, CONSTITUTING DEMOCRACY: LAW, GLOBALISM AND SOUTH AFRICA'S POLITICAL RECONSTRUCTION 7 (2000).

54 *Id.*

yapıcılarının kendi hak bildirgelerini yaparken büyük ölçüde uluslararası antlaşmalara dayanmasına yol açmıştır[55].

Diğer taraftan, halk katılımının olmadığı yazılı anayasalar, yine de kamuoyunun fikriyle benzerlik gösterebilir. 1946 tarihli Japon Anayasası, çarpıcı bir örnek sunmaktadır. Her ne kadar anayasa, General McArthur tarafından gizlice yapılmış ve II. Dünya Savaşı'nın kazananları tarafından tek taraflı olarak uygulamaya konulmuşsa da anayasanın tercihleri Japon halkının değerleriyle yakından örtüşmektedir[56]. Örneğin tarihi kamuoyu yoklamasındaki veriler, yerel politik seçkinler desteklemese de Japon halkının imparatorun gücünü sınırlamayı ve daha fazla hakkın kabulünü desteklediğini ortaya koymuştur[57]. Sonuç olarak halkın katılımı ile anayasanın somut olarak popüler değerleri yansıtması arasında muhtemel bir ilişki olsa da bu anekdotlar, bu iki kavramın birbirinden ayrı olduğunu göstermektedir. Bu nedenle bu makalenin odak noktası, prosedür değil temel anayasal tercihlerdir.

C. Haklar Bildirgeleri

Halkın değerlerine saygı duymaya ilişkin taahhüt, Haklar Bildirgesi'nde yer alırken bu daha çok retorik veya prosedürel bir taahhüttür. Haklar Bildirgesi, genel anlamda hukuken zorlayıcı olan ve ulus tarafından geniş çapta kabul gören görüşleri ve değerleri ortaya koyan bir dizi önemli tercihi temsil etmektedir. Her ne kadar haklar, sıkça normatif bir mesele olarak evrensel anlamda kabul edilse de ampirik geçmiş aksini ortaya koymaktadır. Haklar genellikle kültürel açıdan tartışmalıdır örneğin sadece Batılı ve Üçüncü Dünya ülkeleri arasında veya Batılı veya Asyalı değerler arasında değil liberal demokrasiler arasında ve içinde de haklar tartışmaya açıktır[58].

---

55 *Bakınız* Richard Cameron Blake, *The Frequent Irrelevance of US Judicial Decisions in South Africa*, 15 S. AFR. J. HUM. RTS. 192, 198 (1999) (1996 Güney Afrika Anayasasını, "çağdaş insan hakları antlaşmalarının ve …diğer ulusların anayasalarının ürünü olarak tanımlar" (atıf belirtilmemiştir.)

56 David S. Law, *The Myth of the 1mposed Constitution*, *içinde* THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 239'da, 263 (tarihi kamuoyu yoklaması verisine dayanarak Japon Anayasasının popüler değerlere oldukça benzediğini ancak o dönemin yönetici elitlerinin değerlerine benzemediğini belirtmektedir.)

57 *Id.* 263'de. (tarihi kamuoyu yoklaması verilerinin tarif edilmesi)

58 Kültürel rölativizm tartışmasına giriş için, karşılaştırınız infra Bölüm VLB, ile Josiah A.M. Cobbah, African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective, 9

Eylül 2012'de Hazreti Muhammed'e yönelik alay içeren Youtube videosu, Arap Dünyası'nda bir protesto dalgasına neden olmuştur. Yirmi kadar ülkede, protestocular "Kapa Çeneni Amerika" yazılı pankartlarla bu meseleyi sokağa taşıdılar ve Başkan Obama'dan özür dilemesini istediler[59]. Protestolar, Hazreti Muhammed'in Danimarka'da yapılan bir dizi karikatürünün 2006 yılında dünyada neden olduğu şiddetli protestolara benzemektedir[60]. Tüm bu olayların merkezi, özellikle ve öncelikle özgür ifadeye değer verenler ile dini değerlerinin çok önemli olduğunu düşünenler arasındaki çatışmaydı. Birleşmiş Miletler Genel Kurulu'nda Başkan Obama, son zamanlardaki protestolara ifade hürriyetinin tutkulu bir savunması yaparak cevap vermişti[61]. Ancak demokratik ülkeler, özgür ifade hakkının kapsamı ve doğası hakkında bölünmüş bir duruş sergilemeye devam etmiştir. Mısır'ın yeni seçilen başkanı, Muhammed Mursi, aynı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda Mısır'ın "ifade hürriyetinin kimseyi düşmanlığa sevk etmek için kullanılmayacağını[62]" söyleyerek Başkan Obama'ya doğrudan yanıt vermiştir. Bay Mursi'nin görüşü, ifade hürriyetini; nefret söylemine[63], soykırımın reddine[64] hatta Nazilerin özel eşyalarının Yahoo veya eBay üzerinden satıl-

---

HUM. RTS. Q. 309, 322-29 (1987) ("Afrikalı dünya görüşünü" ve bu anlayışın, yapısı gereği daha toplulukçu olan Afrika'daki hak kavramını nasıl şekillendirdiğini tanımlamaktadır.) ve Bilahari Kausikan, Asia's Different Standard, 92 FOREIGN POL'Y 24, 34-40 (1993) (insan haklarının daha çok Batılı haklar olduğunu belirtmekte ve sivil ve politik haklar üzerinde sosyoekonomik haklara vurgu yapan haklar konusunda farklı Asya perspektifini ifade etmektedir.)

59 David D. Kirkpatrick, Cultural Clash Fuels Muslims Raging at Film, N.Y. TIMES, 17 Eylül, 2012, A1'de (Geniş çaptaki protestoları, Arap Dünyasındaki dini değerler ile "bireyci Batı"daki ifade özgürlüğü arasında değerler çatışması olarak tanımlamaktadır.)

60 Mutual Incomprehension, Mutual Outrage, ECONOMIST, 11 Şubat, 2006, 26'da (Danimarka gazetesinde yayımlanan karikatürlerin yayımı sonrasındaki şiddetli protestoları tarif etmektedir.)

61 *Bakınız* Baş makale, *President Obama at the U.N.*, N.Y. TIMES, 26 Eylül, 2012, A26'da (Başkan Obama'nın "nefret söylemine karşı en güçlü silahın baskı değil daha fazla ifade" şeklindeki ifadesini belirtmektedir.)

62 Neil MacFarquhar, At U.N., *Egypt and Yemen Urge Curbs on Free Speech*, N.Y. TIMES, 27 Eylül , 2012, A10'da.

63 *Bakınız* VENICE COMMISSION, BLASPHEMY, INSULT AND HATRED: FINDING ANSWERS IN A DEMOCRATIC SOCIETY 11 (2010) (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ışığında ifade özgürlüğünün, nefret söylemine nasıl genişletilemeyeceğini anlatmaktadır.)

64 *Bakınız* Ronald Sokol, Op-Ed., *Is It a Crime or an Idiocy?; Holocaust Denial*, INT'L HERALD TRIB., 20 Ocak, 2007, 5'de, http://www.nytimes.com/2007/01/19/opinion/19ihtedsokol.4264282.html'*den ulaşılabilir*. (Birçok Avrupa ülkesinde soykırımın inka-

masına[65] kadar genişletmeyen Avrupa ülkelerinin bakış açısına benzemektedir.

İfade hürriyet gibi din hürriyeti de demokratik ülkeleri ayırmaktadır. Örneğin İslami burkanın giyilmesine ilişkin tartışma konusunu ele alalım: Belçika, Fransa ve Hollanda'da, kadınların kamuda tüm yüzlerin örten örtünün giyilmesini engelleyen burka yasağına ilişkin geniş halk ve yasama erki desteği vardır[66]. Temel endişe, burkanın kadın haklarını ihlal etmesidir. Burka, Fransız Başbakan'ı Sarkozy'nin deyişiyle "kadınları hapseder" ve "barışın ve eşitliğin ulusal değerlerine" karşıdır[67]. Ancak İngiliz ve Amerikan milletvekilleri ve yetkilileri buna büyük ölçüde katılmıyorlar. Eski Birleşik Krallık göç bakanı Damian Green "oldukça İngiliz olmayan[68]" diyerek yasağı reddetmiştir. Ayrıca Amerikan Dışişleri Bakanlığı yetkilileri, din özgürlüğünün gereksiz sınırlanması olarak adlandırdığı Fransız önlemine ilişkin açık bir kınama yayımlamıştır[69]. İlginç bir şekilde, kamuoyu yoklamaları ABD vatandaşlarının % 70'inin, Fransa'da sadece% 17'ye karşılık yasağa karşı olduğunu ortaya koydu[70].

---

rının nasıl bir suç olarak kabul edildiğini tarif etmektedir ve Birleşik Devletler'in bu konuda nasıl farklı bir tavır takındığını belirtmektedir.)

65 Sean Dodson, *The Very Long Arm of the Law*, GUARDIAN (9 Kasım, 2001, 13:15), http://www.theguardian.com/technology/2001/nov/09/internetnews

66 *Bakınız The Islamic Veil Across Europe*, BBC NEWS (22 Eylül, 2011, 17:20), http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-13038095 (Kadınların tüm yüzü kapatan İslami giysi giymesini yasaklayan yasaların Fransa'da ve Belçika'da kabul edildiğini belirtmektedir.); Bruno Waterfield, *Netherlands to Ban the Burka*, TELEGRAPH (15 Eylül, 2011, 17:40), http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/netherlands/8765673/Netherlands-to-ban-theburka.html (Hollanda'da benzer bir yasa olduğunu belirtmektedir.)

67 Mark McGivern, *Two Women Arrested in Paris for Defying Ban on Islamic Veils*, DAILY REC. (12 Nisan, 2011), http://www.dailyrecord.co.uk/news/uk-world-news/two-women-arrested-inparis-for-defying-1100115.

68 David Mitchell, Op-Ed., *If Britain Decides to Ban the Burqa Then I Might Just Start Wearing One*, OBSERVER, 25 Temmuz, 2010, http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2010/jul/25/david-mitchell-burqa-ban-tattoos.

69 *Bakınız US Reiterates Disappointment over French Burqa Ban*, FRANCE 24, 15 Haziran, 2010, http://www.france24.com/en/20100715-usa-tells-france-not-ban-burqa-senate-bill-washington.

70 *French Senate Approves Burqa Ban*, CNN (15 Eylül, 2010, 05:17), http://articles.cnn.com/2010-09-14/world/france.burqa.ban_1_burqa-overt-religious-symbols-ban-lastyear?_s=PM:WORLD (kamuoyu yoklama verilerini göstererek).

Ulusal değerlerdeki bu farklılıklar, bir ülkenin anayasasındaki belirli haklar listesini etkileyebilir. Örneğin oldukça dini bir belge olarak 1937 tarihli İrlanda Anayasası, "En Çok Kutsal Üçlü'nün Adına[71]" kabul edilmiştir, açıkça "doğmamışların yaşam hakkını[72]" açıkça tanır. Ancak diğer birçok Avrupa ülkesi, kürtajın yasaklanmasını reddetmektedir ve İrlandalı kadınların haklarını koruma çabasında olan ve İrlanda sınırları dışında kürtaj hizmetleri öneren "Women on Waves" gibi kuruluşlara desteğini açıklamaktadır[73]. Bu ulusların anayasaları, yaşamı korumakta ancak bu hakkı, doğmamış olana teşmil etmemektedir. Latin Amerika ülkelerinin çoğu, İrlanda ile aynı saftadır ve anayasal korumayı, fetüse de teşmil etmektedir[74]. Bu ülkelerde, görünüşte yaygın olarak kabul edilen popüler değerler anayasaya yansıtılmaktadır.

Sosyoekonomik hakların anayasal statüsü, anayasalarda insan hakları değerlerinin yeri hakkında farklı görüşlere başka bir örnektir. Günümüzde çoğu anayasa, sadece geleneksel liberal hakları değil aynı zamanda beslenme hakkından, eğitim hakkına ulaşma hakkına kadar değişkenlik gösteren bir dizi pozitif sosyal refah hakkını da kapsamaktadır[75]. Örneğin Portekiz'de sağ diktatör rejimin yıkılmasından sonra halkın taleplerine cevap olarak detaylı bir sosyoekonomik haklar katalogu oluşturulmuştur[76]. Yine de diğer bazı ülkeler, bu eğilime oldukça dirençlidir. Birleşik Devletler Anayasası, sosyal hakları dâhil etmemekte aynı zamanda genel olarak pozitif yetkilendirme-

---

71 I R. CONST., 1937, pmbl.

72 *Id.* m. 40(3) ("Devlet, doğmamışın yaşama hakkı ile annenin eşit yaşam hakkını gözeterek kabul eder. Kanunlarında buna saygı duyar ve olabildiğince elverişli şekilde kanunlarıyla bu hakkı savunur ve korur.

73 *Bakınız Who Are We*, WOMEN ON WAVES, http://www.womenonwaves.org/en/page/650/who-are-we.

74 Tüm yazılı anayasaları kodlamama göre on dört anayasa doğmamışın yaşama hakkını korumaktadır ki bunların altısı Latin Amerika'da yer almaktadır. Doğmamışın yaşam hakkının koruyan Latin Amerika ülkeleri, Guatemala, Honduras, El Salvador, Ekvator, Paraguay ve Şili'dir.

75 Tüm yazılı anayasaları kodlamama göre günümüzdeki anayasaların %83'ü sosyoekonomik farklı şekillerde düzenlemektedir. *See infra* Part II (anayasa verileri göstermektedir).

76 *Bakınız* Pedro C. Magalhães, *Explaining the Constitutionalization of Social Rights: Portuguese Hypotheses and a Cross-National Test*, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, supra note 24, 432'de, 443-49 (Portekiz'in detaylı sosyoekonomik hükümlerinin kaynaklarını açıklamaktadır ve bu haklara "Portekiz hukuk geleneği" ve son derece "sosyal Katolik değerlerin" kabulü şeklinde bir atıfta bulunmaktadır.

lerden yoksun bırakmaktadır[77]. Devlet eyleminin yokluğunda bunun anayasal yükümlülükleri mevcut değildir[78]. Bu yaklaşımın "Locke'la başlayan ve Locke ile devam eden…" uzun süreli bir anayasal geleneği yansıttığı ve bunun Birleşik Devletlerin kültürel mirasının esaslı bir bölümünü oluşturduğu belirtilmektedir[79]. Diğer ülkeler de açıkça liberteryen karakterli anayasalara sahiptir[80]. Bu, devletleri diğer devletlerden ayıran böylesi somut anayasal tercihlerdir ve makale, bunu keşfetmeye çalışmaktadır[81].

II. ANAYASAL POPÜLİZMİ ÖLÇMEK

Popüler değerler ve anayasal tercihler arasındaki ilişkinin ampirik analiz, hem dünya anayasalarının içeriğine hem de bu içeriğe ilişkin popüler görüşlere dair veriyi gerektirmektedir. Dünya anayasalarının ilgili haklara ilişkin içeriğini algılayabilmek için 1946'dan bu yana kabul edilmiş her anayasanın kodlamasına dayanarak topladığım verilerden yararlanıyorum[82]. Özellikle bu orijinal veri, 1946-2012 arasında 186 farklı ülke tarafından kabul edilen toplam 751 anayasayı kapsamaktadır. Her bir anayasa için anayasanın tüm metni incelenmiştir; hem temel haklar hem de hakları

---

77 *Bakınız* Frank I. Michelman, The *Protective Function of the State in the United States and Europe: The Constitutional Question*, içinde EUROPEAN AND US CONSTITUTIONALISM 131, 134 (Georg Nolte ed., 2005) (Birleşik Devletlerdeki devlet eylem doktrini ile Avrupa'daki koruyucu ödevler eğilimini karşılaştırmaktadır)

78 *Bakınız* DeShaney v. Winnebago Cnty. Dep't of Soc. Servs., 489 U.S. 189 (1989) (ABD Anayasa Hukukunda devlet eylem doktrinini ifade etmektedir.)

79 LOUIS HARTZ, THE LIBERAL TRADITION IN AMERICA 6 (2.Baskı 1991).

80 David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CALIF. L. REV. 1163, 1221-26 (2011) (Bazı anayasaların, doğası gereği daha devletçi iken bazı anayasaların belirgin bir şekilde özünde liberal olduğunu ortaya koymaktadır.)

81 *Bakınız* John Boli, Human Rights or State Expansion? Cross-National Definitions of Constitutional Rights, 1870-1970, içinde INSTITUTIONAL STRUCTURE: CONSTITUTING STATE, SOCIETY AND THE INDIVIDUAL 133, 138 (George M. Thomas et al. eds., 1987) ("anayasaların yapıları gereği çok benzediğini" ancak "içerik bakımından daha az benzerlik gösterdiğini" ileri sürmektedir.)

82 Bu veriye ilk kez burada yer verilmiştir: Benedikt Goderis & Mila Versteeg, The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Analysis, Sixth Annual Conference on Empirical Legal Studies (4 Kasım, 2011) (yayımlanmamış taslak) (kopyası mevcut)

destekleyen mekanizmalar hakkında 237 değişkene ilişkin bilgi toplanmıştır. Bu süreç, daha önceki çalışmalarımda daha detaylı bir şekilde işlenmiştir[83].

Daha büyük veri setinden, on iki hak ile ilgili anayasal hükümleri seçtim. Bu hükümler, farklı ulusların kendi değerlerine bağlı olarak farklı şekillerde yapabilecekleri özel tercihleri temsil eder. Bu analizde yer alan on iki temel anayasal tercih şunlardır: (1) Aile hayatının korunması; (2) Dinlenme/boş zaman hakkı; (3) Çalışma hakkı; (4) Çevrenin korunması; (5) Evliliğin korunması; (6) Dilekçe hakkı (7) Toplanma hakkı; (8) Grev hakkı; (9) Cinsel yönelime bakılmaksızın eşitliğin korunması; (10) Kürtaj yasağı (doğmamışların korunması yoluyla); (11) çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve (12) Anneliğin korunması. Bu haklar, birinci kuşak negatif liberal hakların bir karışımını (dilekçe, toplantı ve cinsiyet eşitliği), ikinci kuşak sosyoekonomik haklar (dinlenme, çalışma ve grev) ve aile ve geleneksel değerlerle ilgili (evlilik, kürtaj, aile, eşcinsellik) daha güncel hakları da temsil etmektedir[84]. Tüm bu haklar genellikle dünya anayasalarında bulunmaktadır. Birinci kuşak haklar evrensel olarak hemen hemen tüm anayasalarda düzenlenmişken diğer iki kategorideki haklar daha tartışmalıdır. O halde değerler konusunda ülkeler arasındaki farklılıklar, son iki hak kategorisine özellikle de üçüncüsüne güçlü bir şekilde yansımaktadır. Bu haklara ilişkin örneklerin seçimi, kamuoyunun verileriyle eşleşen anayasal hükümlerin tercih edilmesi ihtiyacıyla belirlenmekte ve sınırlanmaktadır. On iki anayasal hüküm listesine ilişkin sonuç, Tablo 1'in sol sütununda bulunabilir.

Bu on iki spesifik anayasal terichleri, Dünya Değerler Araştırması-DDA (World Values Survey) verileriyle karşılaştırdım[85]. Dünya Değerler Araştırması, dünya çapında bir sosyal bilimciler ağı tarafından toplanan farklı ülkelerden alınan fikri verileri temsil etmektedir [86]. Bugün için Dünya Değerler Araştırması, dünya nüfusunun %88'ini kapsayacak şekilde doksan ülkede standart araştırmalar/anketler yürütmüştür[87]. Anketler 1981 ve 2010

---

83 *Bakınız* Goderis & Versteeg, supra note 82, at pt. VI; Law & Versteeg, supra note 80, 1187-90'de & nn.103-16.

84 Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, içinde THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 1225, 1231 (ed. Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, 2007) ("sivil ve politik katılıma ilişkin klasik hakları ve eşitliği", halk için öngörülen "ikinci kuşak" sosyal ve ekonomik haklardan ayırmaktadır.)

85 Dünya Değerler Araştırması verilerinin online analizi ve belgeleri için *bakınız* WORLD VALUES SURVEY (2012), http://www.worldvaluessurvey.org/.

86 *Bakınız* Ronald Inglehart, Önsöz VALUES CHANGE THE WORLD (2008) (Dünya Değerler Araştırması'nın altyapısını açıklamaktadır.)

87 *Id.*

yılları arasında altı dalga halinde toplamda neredeyse yarım milyon hane halkıyla yapılmıştır[88]. Birçok ülke, birden fazla dalgada incelenmiştir ve bu durum zaman içinde bir karşılaştırma yapmayı sağlamıştır. Dünya Değerler Araştırması, halkın değerler ve inançlarının neler olduğunu elde etmek için hazırlanmıştır. Her bir dalgada, "din, cinsiyet rolleri, çalışma motivasyonu, demokrasi, iyi yönetişim, sosyal sermaye, siyasi katılım, diğer gruplara hoşgörü, çevre koruması ve öznel iyilik[89]" konularıyla ilişkili değerleri anlamak için standart bir soru çizelgesi kullanılarak her bir devletin vatandaşlarından temsili bir örnekle görüşülmektedir.

Dünya Değerler Araştırması'ndan standart soru çizelgesinde yer alan on iki soru seçtim ki bu sorular, Tablo 1 sol sütunda belirtilen on iki anayasal hükümle eşleşmektedir. Bu on iki soru, Tablo 1'in sağ sütununda belirtilmektedir. Birçok soruda, bazı farklılıklarla cevap verenlerin belli bir değeri veya hayatın bir boyutunu ("iş", "boş zaman" gibi), "çok önemli", "oldukça önemli", "çok önemli değil" veya "hiçbir şekilde önemli değil" olarak değerlendirmeleri istenmiştir.

Mümkün olduğunca, daha spesifik sorular seçtim. Örneğin halkın, ailelerini "önemli" veya "çok önemli" bulup bulmadıklarını değerlendirmektense; ailevi değerlere ilişkin (özellikle ankete katılan kişinin, bir çocuğun mutlu bir şekilde büyümesi için anne ve babasıyla beraber bir eve ihtiyaç duyduğuna inanıp inanmadığı gibi) daha spesifik soruları seçtim. Böylece halkın doğal çevrelerine değer verip vermediklerini değerlendirmektense kişilerin çevreyi korumak adına para harcamak isteyip istemediğine ilişkin soruyu tercih ettim. Ayrıca halkın soyut anlamda cinsiyet eşitliğine değer verip vermediklerini basitçe sormaktansa; istihdamın az olması durumunda erkeklerin kadınlara nazaran işe daha çok sahip olup olmamasını değerlendiren soruyu tercih ettim[90]. Bir ulusta sahip olunan belli derin değerleri

---

88 Dünya Değerler Araştırması verileri ile Avrupa Değerler Çalışmasını verilerini birleştirdim ve tam olarak aynı araştırmayı ek bir dizi Avrupa ülkesinde yaptım. Ülkelerin tümüyle değerlendirmesi için bkz. INTEGRATED EVS/WVS 1981–2008 DATAFILE, http://www.wvsevsdb.com/wvs /WVSIntegratedEVSWVS.jsp?Idioma=I. Birleştirilmiş bu iki çalışma, doksan ülkeyi kapsamaktadır, altı aşamada yapılmıştır; 1981-1984, 1989-1993, 1994-1999, 1999-2004, 2005-2006 ve 2008-2010 dönemlerini kapsamaktadır.

89 Inglehart, *supra* note 86, 1'de.

90 Sonuçlar, bu ayrıma dayanmamaktadır. Özellikle, daha genel soruları daha spesifik sorularla değiştirirsem, bu makalenin ilerleyen bölümlerinde belirtilen sonuçlar aynı kalmaktadır.

ölçme isteği, böylesi daha spesifik soruların tercih edilmesinde kılavuzluk etmiştir.

Analizimin amacı için her bir ülkede bu cevapların her birine yanıt veren katılımcıların oranını hesapladım ve her biri hakka kimlerin değer verdiğini ve vermediğini gruplandırdım. Tablo 1'de sağ sütunda yer alan altı çizili cevaplar, katılımcıların birlikte nasıl gruplandırıldığını göstermektedir. Tablo 1 sol tarafta renkli bir şekilde vurgulanmış anayasal hükümlerden hangilerinin ampirik analizle ilişkilendirileceğini göstermektedir[91].

Tablo 1. Anayasal Hükümler ve Dünya Değerler Araştırması'nda (DDA) Bu Hükümlere Karşılık Gelen Sorular

	Anayasal hüküm	**Kamuoyunun görüşü (DDA)**
1. Aile (2010'da tüm anayasaların %66'sında bulunmaktadır.)	Anayasa, aileye ilişkin bir hak koruması sağlıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	*Geleneksel aile değerleri.* Bir çocuğun Mutlulukla büyümesi için hem annesi hem de babasıyla olacağı bir eve ihtiyacı olduğunu düşünüyor musunuz? 0 Katılmama eğiliminde 1 Katılma eğiliminde
2. Dinlenme/Boş zaman (2010'da tüm anayasaların %42'sinde bulunmaktadır.)	Anayasa, dinlenme ve boş zaman hakkını veya devlete (aşamalı olarak) dinlenme ve boş zamanı koruma ve/veya sağlama hedefini içermeli midir? 1 Evet 2 Hayır	Sizin hayatınızda *boş zaman* ne kadar önemlidir? 1 Çok önemli 2 Oldukça önemli 3 Çok önemli değil 4 Hiç önemli değil
3. Çalışma (2010'da tüm anayasaların %81'inde bulunmaktadır.)	Anayasa, çalışma hakkını veya devlete çalışma hakkını koruma ve/veya çalışmayı (aşamalı olarak) sağlama hedefini içermeli midir? 1 Evet 2 Hayır	*Çalışma*, sizin hayatınızda ne kadar önemlidir? 1 Çok önemli 2 Oldukça önemli 3 Çok önemli değil 4 Hiç önemli değil

91 Ayrıca katılımcıların farklı sınıflandırmasıyla denedim ancak bunun, ilerleyen bölümlerde belirtilen sonuçları etkilediği sonucuna varmadım.

4. Çevre (2010'da tüm anayasaların %65'inde bulunmaktadır.)	Anayasa, vatandaşlar için sağlıklı ve temiz çevre hakkını veya devlete çevre hakkını koruma ve/veya bu hakkı (aşamalı olarak) sağlama hedefini içermeli midir? 1 Evet 2 Hayır	Çevre kirliliğini önlenmek için fazladan para kullanılması durumunda vergi artışını kabul ediyorum. 1 Kesinlikle katılıyorum 2 Katılıyorum 3 Katılmıyorum 4 Kesinlikle katılmıyorum
5. Evlilik (2010'da tüm anayasaların %36'sında bulunmaktadır.)	Anayasa, evlenme hakkını veya evliliğin özel olarak korunmasını sağlıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Şu ifadeye katılıyor musunuz yoksa katılmıyor musunuz? "Evlilik modası geçmiş bir kurumdur." 0 Katılmıyorum 1 Katılıyorum 2 Diğer cevap
6. Dilekçe (2010'da tüm anayasaların %50'sinde bulunmaktadır.)	Anayasa, dilekçe hakkını veya devlete ilişkin talepleri veya şikayetleri konu edinme hakkını kapsıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Hiç dilekçe imzaladınız mı? Gelecekte bunu yapabileceğinizi düşüyor musunuz veya hiçbir koşulda bir dilekçeyi imzalamaz mısınız? 1 Yapmaktayım 2 Yapabilirim 3 Hiç yapmayabilirim
7. Toplanma (2010'da tüm anayasaların %93'ünde bulunmaktadır.)	Anayasa, toplanma hakkını sağlıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Hiç yasal/barışçıl gösteriye katıldınız mı? Bunu gelecekte yapacağınızı düşünüyor musunuz veya herhangi bir koşul altında hiçbir şekilde yasal bir gösteriye katılmaz mısınız? 1 Yapmaktayım 2 Yapabilirim 3 Hiç yapmayabilirim
8. Grev (2010'da tüm anayasaların %45'indebulunmaktadır.)	Anayasa, grev hakkını kapsıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Hiç resmi bir greve katıldınız mı? Bunu gelecekte yapacağınızı düşünüyor musunuz veya herhangi bir koşul altında hiçbir şekilde resmi bir greve katılmaz mısınız? 1 Yapmaktayım 2 Yapabilirim 3 Hiç yapmayabilirim

9. Eşcinsellik (2010'da tüm anayasaların %4'ünde bulunmaktadır.)	Anayasa, cinsel yönelime bakmaksızın eşitliği koruyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Bu çizelgeyi kullanarak eşcinselliğin her zaman meşru/makul, hiçbir şekilde meşru/makul değil ya da bu iki tercihin arasında olup olmadığına ilişkin düşüncenizi söyler misiniz? 1 Hiç şekilde meşru/makul değil 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Her zaman meşru/makul
10. Kürtaj (2010'da tüm anayasaların %8'inde bulunmaktadır.)	Anayasa, yaşama hakkının ana rahmine düşmesiyle başlamasına vurgu yaparak "doğmamış"ın yaşama hakkını koruyarak zımni olarak kürtajı yasaklıyor mu ya da açıkça kürtajı yasaklıyor mu? 1 Evet 2 Hayır	Kürtajın her zaman meşru/makul, hiçbir şekilde meşru/makul ya da bu ikisinin arasında bir yerde olduğuna ilişkin fikrinizi aşağıdaki çizelgeyi kullanarak belirtiniz. 1 Hiç şekilde meşru/hukuka uygun değil 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Her zaman makul/hukuka uygun
11. İş yaşamında cinsiyet eşitliği (2010'da tüm anayasaların %20'sinde bulunmaktadır.)	Anayasa, kadınların eşit işe karşılık eşit ücret alması şeklinde; çalışma ilişkilerinde kadınlara ilişkin eşitliği düzenlemekte midir? 1 Evet 2 Hayır	İşler az olduğunda kadınlara nazaran erkeklerin işe daha çok sahip olmaları hakkında ne düşüyorsunuz? 1 Katılıyorum 2 Katılmıyorum 3 Hiçbiri

12. Annelik (2010'da tüm anayasaların %43'ünde bulunmuştur.)	Anayasalar, anneler için özel bir koruma sağlamalı mıdır? 1 Evet 2 Hayır	Kadının tam anlamıyla kendini gerçekleştirebilmesi için çocukları olması gerektiğini düşünüyor musunuz? Ya da bu gerekli değil midir? 0 Gerekli değildir 1 Çocuklar gereklidir

Tablo 1'de listelenen sorulardan bazıları, halkın değerlerini açıkça sorgulamaktadır. Örneğin halka, eşcinsellik, kürtaj, evlilik, çalışma ve boş zaman konularına ne kadar önem verdiklerini sormaktadır. Kadınların çocuklara ihtiyaç duyup duymadığını, çocukların hem anneye hem de babaya ihtiyaç duyup duymadığı, erkeklerin kadınlara nazaran işe sahip olmaya daha çok hakkı olup olmadığı veya halkın daha iyi bir çevre koruması için bir bedel ödemeye istekli olup olmadığı konusunda daha spesifik sorular da sorulacaktır. Tam tersi, halkın greve gitmeye, toplantı yapmaya veya dilekçe vermeye istekli olup olmadığına ilişkin sorular, değerleri açıkça daha az ortaya koyuyordu. Ancak bu sorular, halkın bu hakları yerine getirmede istekli olup olmadığı noktasında kültürel tavırlarını ortaya koymaktadır. Hem popüler değerler hem de kültürel tutum, ülkenin haklar bildirgesine yansımış olabileceği ulusal karakteri hakkında tüm ülkedeki önemli farklılıkları ortaya koymaktadır. Her ikisi de bu nedenle analize dâhil edilmiştir.

Ampirik analizin ele alındığı Tablo 1'in sağ sütunda yer alan anket cevapları, Tablo 1'in sol sütunundan karşılık gelen haklar ile birçok açıdan ilişkilidir. Hakların, popüler değerlere bağlı olup olmadığını belirmek için analiz; (1) Anayasada yer alan hakların, özellikle popüler değerleri temsil edip etmediğini (2) Anayasada yer alan hakların popüler değerleri temsil edip etmediğini değerlendirmektedir. Ancak hakların dâhil edilmesi veya hariç tutulması, anayasa tarafından yönetilen halk tarafından aynı şekilde değerlendirilmemesi mümkündür. En azından teoride, bir kimsenin çevreye gerçekten değer verdiği, ancak anayasada sağlıklı bir çevre konusunda hak iddia etmek istememesi muhtemeldir. Dünya Değerler Araştırması'ndaki sorular, bu farklılığı ortaya koymamaktadır. Bu sorulardan hiçbiri, halkın anayasalarda kendi değerlerini korumak isteyip istemediğini açıkça sormamaktadır. Önemli popüler değerlerin anayasaya dâhil edilmemesi ihtimali, yine de halkın desteğini kazanabilecektir. Bu durum, Anayasada kendi değerlerinin korunmasını isteyip istemediğini halka soran binden fazla anket cevabının sonuçlarını temsil eden V. Bölümde değerlendirilecektir. Araştır-

madan elde edilen sonuçlar, halkın genellikle kendi değerlerini anayasada korunmak istediğini ortaya koymaktadır.

III. ANAYASAL HAKLAR VE POPÜLER DEĞERLER ARASINDAKİ İLİŞKİNİN AMPİRİK İNCELEMESİ

Anayasal hakların korunmasına ilişkin veri ile Dünya Değerler Araştırması'ndan ortaya çıkan veriler karşılaştırıldığında, anayasal tercihler ile popüler değerler arasında zayıf bir ilişki olduğunu ortaya çıkmaktadır. Bu ifade, belirli hakların popüler değerlerle nasıl ilişkilendirildiğine ilişkin tanımlayıcı incelemeler[92] ile çok değişkenli gerileme analizlerinde[93] kendisine destek bulmaktadır.

A. Ülke Genelindeki Karşılaştırmalı Araştırma

İlk bakışta veriler hemen anayasal tercihlerin sıklıkla popüler görüşlerden ve değerlerden ayrıldığını ortaya koymaktadır[94]. Bazı anayasal haklar için bu bağlantı çok yanıltıcıdır: Halkın derinden önemsediği hakkın kabul edilmesinde başarısız olan devletler olduğu gibi halkının aynı hakka önem vermediği bir hakkı kabul eden devletler de vardır. Diğer haklar için temsil ettikleri değerler, neredeyse evrensel olarak tüm devletlerde kabul edilmektedir, ancak bazı devletlerde aslında bu haklar anayasalarında korunmaktadır.

Anayasal tercihler ile popüler değerler arasında belirgin bir ilişkinin olmadığını gösteren kurguyu resmetmek için grev hakkını ele alalım. 2010'da dünya anayasalarının %45'i grev hakkını düzenlemiştir. Ancak grev hakkının dâhil edilmesi sıkça bu devletlerdeki halkın grev hakkına ilişkin verdiği önemle örtüşmemektedir. Fas, Macaristan, Romanya, El Salvador, Belarus, Slovakya, Venezuela, Kırgızistan ve Filipin Anayasalarının her biri, grev hakkını içermesine rağmen nüfuslarının %90'u (Fas'ta %96'dan Filipinler'de %91'e kadar değişkenlik göstermektedir) hiçbir zaman hiçbir koşul altında yasal bir greve katılmayacağını belirtmiştir. Bunun zıt bir uç örneği Birleşik Krallık'tır. Her ne kadar grev hakkı, Britanya Hukukunda anayasal statüde yer almasa da Birleşik Krallık'ta araştırmaya konu olan

---

92 *Bakınız* Bölüm III.A

93 *Bakınız* Bölüm III.B

94 Bu bölümde ortaya konulan Dünya Değerler Araştırması verileri, her bir ülkenin en yeni değerine dayanmaktadır. 55 ülke için (90 taneden), bu veri 2008-2010 arasında yapılan son aşamada toplanırken diğer ülkelerinin en son aşaması 2008 öncesine dayalıdır.

halkın neredeyse %100'ü yasal bir greve katılmayı istemektedir[95]. Halkın büyük bir çoğunluğunun değer verdiği bu hak, diğer anayasalarda da hariç tutulmaktadır. Güney Kore, İsveç ve Danimarka'da, nüfusun yarısından fazlası yasal bir greve katılmak istemektedir ancak bu hak, anayasal belgelere dâhil edilmemiştir. Tablo 2'de soldaki iki sütunda, anayasada grev hakkı dâhil ulusların tercihleriyle bağlantılı olarak halkın değerlerinin en az ve en çok yer aldığı beş devlet ile listelenmiştir. Sağdaki iki sütunda ise ulusun kurucu belgesine dâhil etmeme kararıyla bağlantılı olarak halkın değerlerinin en çok ve en az yer aldığı beş ülke belirtilmektedir.

Tablo 2: 2010'da grev hakkı ve popüler değerler

Anayasalarda Yer Alan Grev Hakkı		Anayasalarda *Yer Almayan* Grev Hakkı	
En yüksek düzeyde anlaşma (yasal greve gidecek olan yüzde)	En düşük düzeyde anlaşma (yasal greve gidecek yüzde)	En yüksek düzeyde anlaşma (yasal greve *hiçbir zaman* gitmeyecek olan yüzde)	En düşük düzeyde anlaşma (yasal greve *hiçbir zaman* gitmeyecek olan yüzde)
Makedonya %55	Fas %4	Pakistan %98	Birleşik Krallık %0
Hırvatistan %50	Macaristan %6	Mısır %97	Kore %36
Peru %45	Romanya %7	Kıbrıs %97	İsveç %48
Fransa %45	El Salvador %8	Ürdün %96	Danimarka %49
Azerbaycan %41	Belarus %8	Endonezya %92	Bosna Hersek %56

Bir diğer örnek olarak, doğal çevrenin korunmasını ele alacak olursak; bu hak birçok farklı biçimde bugün yürürlükte olan tüm anayasaların neredeyse üçte ikisinde korunmaktadır. Her ne kadar nüfusun büyük bir çoğunluğu daha iyi bir çevre koruması için bir bedel ödemeye istekli görünmese de birçok ülkede, sağlıklı çevre anayasal koruma kazanmaktadır. Örneğin Litvanya, Almanya, Mısır, Estonya, Macaristan'da ve diğer ülkelerde sağlıklı çevre, ulusun üstün değerlerinden biri olarak korunsa da nüfusun üçte ikisinden fazlası çevrenin korunması için vergi artışına karşıdır. Tam

95 *Bakınız supra* note 6.

tersi, Dominik Cumhuriyeti, Bangladeş, Tanzanya ve Bosna Hersek bu hakka anayasasında yer vermese de halkın üçte ikisi çevreye o kadar önem verir ki çevrenin korunması için vergilerin arttırılmasını isteyebilirler. Tablo 3, sırasıyla bu hakka sahip olan ve olmayan ülkelerde, popüler değerler ile sağlıklı çevre hakkı arasındaki en az ve en çok olan farklılığı özetlemektedir.

Tablo 3: 2010'da sağlıklı çevre hakkı ve popüler değerler

Anayasalarda Yer Alan Çevre Koruması		Anayasalarda *Yer Almayan* Çevre Koruması	
En yüksek düzeyde anlaşma (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını isteyen yüzde)	En düşük düzeyde (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını isteyen yüzde)	En yüksek düzeyde anlaşma (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını iste*meyen* yüzde)	En düşük düzeyde (çevreyi korumak için verginin arttırılmasını iste*meyen* yüzde)
Vietnam %91	Litvanya %23	Avusturya %63	Dominik Cumhuriyeti %14
El Salvador %84	Almanya %26	Fas %61	Kore %36
Türkiye %78	Mısır %31	İrlanda %60	İsveç %48
Mali %77	Estonya %33	Ürdün %55	Danimarka %49
İran %77	Macaristan %33	Singapur %55	Bosna Hersek %56

Birkaç anayasal hüküm bakımından bu hükümlerin temsil ettiği değerler, evrensel olarak tüm ülkelerde kabul edilmektedir. Neredeyse evrensel şekilde kabul edilmiş böylesi değerler anayasada yer aldığında, anayasa ile kamuoyu uyum içindedir. Ancak birçok durumda anayasa, ilgili korumaları hariç tutar; böylece yazılı belge ile kamuoyu arasında uyumsuzluk meydana gelir. Örneğin evlenme hakkını düşünelim. 2010'da anayasaların neredeyse üçte biri evliliği korumuştur. Tüm bu örneklerde, nüfusun üçte ikisinden fazlasının, "evlilik, modası geçmiş bir kurumdur" ifadesine katılmaması, evlilik kurumuna halkın geniş çapta destek verdiğini ortaya koymaktadır. Ancak evlilik konusunda benzer baskın destek, korumanın anayasalarda yer almadığı ülkelerde de mevcuttur. Birleşik Devletlerde örneğin nüfusun %88'i evliliğin modasının geçtiğine katılmamaktadır ancak evlilik, anayasada yer almamaktadır. Aslında evliliğin korunmasının anayasaya dâhil edilmediği

her ülkede, nüfusun yarıdan fazlası bu kuruma değer vermeye devam etmektedir.

Tablo 4: 2010'da evlenme hakkı ve popüler değerler

Anayasalarda Düzenlenen Evlenme Hakkı		Anayasalarda Düzenlenmeyen Evlenme Hak	
En yüksek düzeyde anlaşma (evliliğin modası geçmiş bir kurum olmadığına inanan yüzde)	En düşük düzeyde (evliliğin modası geçmiş bir kurum olmadığına inanan yüzde)	En yüksek düzeyde anlaşma (evliliğin modası geçmiş bir kurum olmadığına inanan yüzde)	En düşük düzeyde anlaşma (evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna inanan yüzde)
Endonezya %96	İspanya %68	Lüksemburg %38	Pakistan %1
Vietnam %92	Almanya %71	Fransa %35	Gürcistan %4
Etiyopya %90	İsviçre %72	Kırgızistan Cumhuriyeti %32	Mısır %4
Dominik Cumhuriyeti %89	Birleşik Krallık %73	Belçika %31	Türkiye %5
Slovakya %88	Bulgaristan %73	Avusturya %31	Bangladeş %5

Tam tersi bir senaryo, cinsel yönelime bakmaksızın eşitlik hakkında ortaya çıkmaktadır. Sadece az bir istisna ile (özellikle İsveç, Hollanda, Norveç, İzlanda, Danimarka, İsviçre, Lüksemburg, İspanya, Finlandiya, Avustralya ve Almanya) her bir ülkede vatandaşların büyük bir çoğunluğu, eşcinselliğin kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. Bu tür onay vermeme, genelde eşcinselliğin nadiren korunduğu yazılı anayasalara yansıtılmaktadır. Eşcinselliğin anayasal olarak korunduğu az ülkeden biri olan Güney Afrika'da, bu durumu onaylayan oran çok azdır: Dünya Değerler Araştırması'na göre bugün için Güney Afrika'nın %82'si eşcinselliği kabul edilemez bulurken anayasanın yazıldığı sırada ise %88 eşcinselliğin kabul edilemez olduğunu belirtmiştir[96]. Buna karşılık eşcinselliğin en çok kabul

[96] Dünya Değerler Araştırması Ass'n, *supra* note 1.

gördüğü ülkelerdeki anayasalar (Hollanda ve İsveç) aslında bu hakkı içermemektedir. (Her ne kadar bu hakkın dâhil edilmesini Hollanda Parlamentosu yakın zamanda tartışıyor olsa da[97]). Birçok durumda, eşcinselliğe ilişkin bir korumanın anayasanın dışında bırakılması aslında popüler bakış ve değerlerin bir yansımasıdır.

B. Gerileme Analizi

Toplumsal değerler ile anayasal tercihler arasında görünüşteki zayıf ilişkiyi daha sistematik şekilde incelemek için bu bölümde gerileme analizine geçilecektir. Gerileme analizi, karşılaştırmalı bir perspektifle, belli değerlere güçlü bir önem atfeden ülkelerin, aynı değerlere daha az önemle bağlı olan ülkelere nazaran, kendi anayasalarında bu değerlerin daha çok korunup korunmadığının incelemesini sağlar. Tabii ki karşılaştırmalı bakış açısıyla anayasal hakların benimsenmesi noktasında karar alıcılara ilişkin sorular, herkesin bildiği üzere komplekstir ve tüm ülkedeki ortak istatistik teknikleriyle çözümlenmesi zordur[98]. Kamuoyunun, belli hakların kabulünde etkili olduğunu bilmek, kamuoyunun gerçekten bu kabulde etkili olduğunu veya bununla ilişkili olduğunu her zaman söylemez. Örneğin, popüler düşüncenin anayasa yapımını etkilemekle kalmayıp, anayasanın da popüler düşünceyi de etkilediğini söylemek mümkündür[99]. Araştırma tasarımım, zıt bir nedensellik ihtimalini açıklamamaktadır ve tüm sonuçlar, biraz ihtiyatla yorumlanmalıdır. Bununla birlikte korelasyonlar, belli hipotezlerin olasılığını aydınlatabilmekte ve ülkelerin neden aynı hakları benimsediğine ilişkin yorumlar hakkında fikir vermektedir[100]. Aksine, kamuoyu ile anayasal haklar arasında herhangi bir korelasyon bulunmaması, bunların ilişkili olma olasılığının düşük olduğunu ortaya koymaktadır.

---

97 *Kamer Voor Seksuele Geaardheid in Artikel 1 Growndwet [Dutch Parliament Supports Inclusion of Equality Regardless of Sexual Orientation in Article 1 Constitution]*, TROUW, (8 Mart, 2012, 11:30), http://www.trouw.nl/tr/nl/4492/Nederland/article/detail/3295998/2012/08/03/Kamer-voor-seksuele-geaardheid-in-artikel-1-grondwet.dhtml.

98 *Bakınız* Law & Versteeg, *supra note* 82, 919'da; Anne Meuwese & Mila Versteeg, *Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law*, *içinde* PRACTICE AND THEORY IN COMPARATIVE LAW 230, 233 (ed. Maurice Adams & Jacco Bomhoff , 2012) (nedensellikten korelasyonu ayırmanın zorluğunu tartışmaktadır.)

99 *Bakınız* Nathaniel Persily, *Giriş* PUBLIC OPINION AND CONSTITUTIONAL CONTROVERSY 3 (ed. Nathaniel Persily, Jack Citrin & Patrick J. Egan, 2008) (teoride anayasa hukukunun kamuoyunu değiştirebileceğini ancak Birleşik Devletlerde böylesi bir hipoteze ilişkin çok az ampirik destek bulunduğunu belirtmektedir.)

100 *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 82, 919'da.

Popüler değerlerin anayasal tercihlerle nasıl bir ilişkide olduğunu keşfetmek için on iki gerilemeyi değerlendiriyorum. Bu on iki değerin her biri ve bunlarla eşleşen haklar bir önceki bölümde tanımlanmıştır. Özellikle şunları test ediyorum: (1) geleneksel aile değerlerine bağlı halkın yaşadığı devletlerde, çekirdek aileyi korumanın anayasalarda daha çok korunup korunmadığı (2) Boş zamanın önemli olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde, boş zaman hakkının anayasalarda bir düzenleme olarak yer alıp almadığı (3) çalışmanın önemli olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde, çalışma hakkının anayasalarda daha çok düzenlenip düzenlenmediği (4) kendi gelirlerinde bir harcamaya yol açmasına rağmen çevreye değer veren halkın olduğu devletlerde, çevrenin korunmasının anayasalarda düzenlenip düzenlemediği (5) halkın, evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna inanmadığı devletlerde, anayasanın evlenme hakkını koruyup korumadığını (6) halkın dilekçe imzalamayı daha çok istediği ülkelerde, dilekçe hakkının anayasalarda büyük ihtimalle düzenlenip düzenlenmediği (7) halkın yasal olarak toplanmayı daha çok istediği devletlerde, toplantı hakkının anayasalarda daha çok korunup korunmadığı (8) yasal grevlere katılmak isteyen halkın daha çok olduğu devletlerde, grev hakkının anayasalarda daha çok korunup korunmadığı (9) eşcinselliğin savunabilir olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde, cinsel yönelime bakılmaksızın eşitliğin daha çok korunup korunmadığı (10) kürtajın hiçbir zaman haklı bulunulmayacağını düşünen halkın olduğu devletlerde, gebe kalma anından itibaren yaşam hakkının daha çok korunup korunmadığı (11) istihdamın düşük olduğu zamanlarda kadınlara nazaran erkeklere mesleklerin tanınması gerektiğine karşı çıkan halkın olduğu devletlerde, mesleki ilişkilerde cinsiyet eşitliğinin daha çok korunup korunmadığı (12) kadının tam olarak kendini gerçekleştirmesi için çocuğa ihtiyacı olduğunu düşünen halkın olduğu devletlerde anneliğin daha çok korunup korunmadığı.

Bu ilişkiler, dünya anayasalarında ilgili hükmün mevcudiyetinin bağımsız değişken[101] olduğu on iki ayrı probit gerilemede incelemiştir. Bu gerile-

---

[101] Çünkü anayasalar çok sık değişme eğilimde değildir ve popüler değerleri ortaya koyan araştırmalar, sadece her beş yılda bir yapılmaktadır, her model anayasal hakların kabulünü yıldan yıla öngörmemektedir ancak araştırma verilerinin aşamadan aşamaya toplanmasında, her altı aşamadaki veri toplamının son yılı kullanılmaktadır. Özellikle oniki gerileme modelinin her biri, 1984, 1993, 1999, 2004, 2006 ve 2010 yıllarının ortalamasıyla birleştirilmektedir ve robust standart hatalar, ülke düzeyinde toplanmaktadır. Böylece gözlemlerin zamanla eşleşmesi sağlanmaktadır. *Bakınız The Integrated* EVS/WVS 1981-2008 *Datafile*, WORLD VALUES ASS'N, http://www.wvsevsdb.com/

meler benzer kontrol değişkenleri içermektedir: (1) Bir ülkenin politika bilimi literatüründe sayısal olarak ölçülen demokrasi düzeyi[102] (2) Bir devletin kişi başına düşen gayrisafi yurtiçi hâsılası doğal logaritması[103] (3) Toplam madde sayısına göre anayasa metninin kapsamını ölçme[104] (4) Bir devletin, ortak hukuk sistemi yargılamasına sahip olup olmadığı[105], (5) Sabit-etkiler olarak bilinen, halkın kendi fikirleri hakkında nabzının yoklandığı her bir dönem için ikili değişken takımı ve sonuç olarak (6) üç bölge değişkeni ki bu değişken, bir ülkenin sırasıyla Afrika'da mı Batı Avrupa'da mı, Kuzey Amerika'da mı yoksa Asya'da mı olup olmadığına göre belirlenmektedir[106].

Mevcut literatürde, her bir değişken anayasal tasarımın tercihlerinin önemli göstergeleri olarak kuramlaştırılmıştır. Mevcut araştırma, demokrasinin negatif özgürlükler ile yargı sürecine ilişkin hakların benimsenmesiyle

---

wvs/WVSIntegratedEVSWVS.jsp?Idioma=I (veri toplamasının her bir aşaması gerçekleştiği zamanı açıklamaktadır.) Bir sağlamlık kontrolü olarak, 1981, 1986, 1991, 1996, 2001, 2006 ve 2010'de beş yıllık aralıklarla her bir ülkeyi gözlemlediğimde benzer modeli ayrıca tekrarladım. Böyle yapıldığında, sonuçlar, hemen hemen aşağıda belirtilen şekildedir:

Sonuçlarımın model tanımlamasına dayanıp dayanmadığını ilişkin sonraki bir araştırma için Tablo 6'da belirtilen tüm özellikler tekrar edilmiştir. (1) bağımlı değişkenin "lagged version"ı olarak tahmini değişken, eklenirken kendilerini tekrar etmiştir (2) Ülkeler arasında gözlenemeyen heterojenliği kontrol eden ikili değişkenler serisi, probit model yerine doğrusal olasılık modeli değerlendirirken ayrıca "sabit etkiler" olarak bilinmektedir. Bu iki model için sonuçlar geniş çapta Tablo 6'da belirtilenlere benzerlik göstermektedir. Hatta 1990, 2000 ve 2010 için bir dizi kesitsel gerileme analizi değerlendirdim. Böyle yaparak sonuçların, Tablo 6'da belirtilenlerle yine geniş çapta benzer olmuştur.

102 Bir ülkenin demokrasi düzeyi konusundaki ölçütüm, Polity IV veri setinden edinilen "polity2" değişkenidir ki bu değişken, politika bilimcileri tarafından büyük ölçüde kullanılmaktadır. Bu değişken aralık, +10 (Son derece demokratik)'dan , -10 (son derece otokratik)'a kadardır. *Bakınız* Monty G. Marshall & Keith Jaggers, *Polity IV Project*: *Dataset User's Manual* (24 Ekim, 2007), http://home.bi.no/a0110709/PolityIV_manual.pdf.

103 Gayrisafi yurtiçi hasıla (GSYİH) ölçütüm, WORLD BANK, WORLD DEVELOPMENT INDICATORS 2011 (2011)'den kaynaklanmaktadır.

104 Anayasadaki toplam madde sayısı ölçütüm, tüm yazılı anayasalara ilişkin kendi kodlamama dayanmaktadır. *Bakınız supra* Bölüm III (anayasalar veriyi tarif etmektedir.)

105 Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer & Robert Vishny, *The Quality of Government,* 15 J.L. ECON. & ORG. 222 (1999) tarafından kullanılan "ortak hukuk" ülkeleri tanımını kabul ettim.

106 Latin Amerika ve Karayip bölgesi, yorum konusunda bir referans kategorisi olarak işlev gördüğünden dâhil edilmemiştir.

ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır[107]. İktisadi zenginlik aksine devletlerin çalışma hakkı, dinlenme hakkı gibi maliyetli sosyoekonomik hakları benimseyip benimsemediğini makul bir biçimde öngörebilecektir. Öngörüsel olarak daha zengin ülkelerin, sosyoekonomik hakları daha çok benimsediği görülmektedir çünkü bunları pratikte muhafaza edecek kaynaklara sahiptir. Ancak karşıt senaryo, ayrıca ihtimal dâhilindedir: Daha fakir olan ülkeler, geleceğe ilham olması adına böyle hakları düzenleyebilir[108]. Anayasal belgelerin bu özgünlüğü, anayasa tasarımcılarının öncelikli olarak belli değerlere, anayasal statü kazandırıp kazandırmadıklarını belirler. Özellikle ilgili anayasada ne kadar iddialı önemli farklılıkların olduğu ortaya çıkmaktadır: Sadece bazıları bariz şekilde hakların asgarisini korurken; diğerleri ayrıntılı politikaları düzenlemektedir[109]. Ortak hukuk, sistemi geleneksel olarak küçük bir devletin geleneğiyle ilişkilidir ki bu durum, ortak hukuk sistemlerinin negatif özgürlük haklarını kabul etme eğilimini arttırmaktadır ve pozitif sosyoekonomik hakları dâhil etmemektedir[110]. Son olarak, hakların kabul edilme ihtimali, zamanla artma eğilimi göstermektedir ki artan sayıda ülke-

---

107 *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 80, 1226'da (demokrasi ile liberteryen anayasal ideoloji arasında pozitif bir korelasyonu ortaya koymaktadır.)

108 *Bakınız* David L. Cingranelli & David L. Richards, *Measuring Government Effort to Respect Economic and Social Human Rights: A Peer Benchmark*, içinde ECONOMIC RIGHTS: CONCEPTUAL, MEASUREMENT, AND POLICY ISSUES 214, 215 (Ed. Shareen Hertel & Lanse Minkler, 2007) (Devletlerin, ekonomik ve sosyal haklar alanında ölçülebilir bir şekilde kendi performanslarını geliştirmelerinin "zengin olmadan" çok zor olduğu gözlenmektedir.)

109 *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 80, 1213-21'da (anayasaların değişkenlik gösterdiği durumlarda temel boyutlardan biri olarak anayasanın bütünlüğü açıklanmaktadır.)

110 *Bakınız* FRIEDRICH A. HAYEK, LAW, LEGISLATION AND LIBERTY: A NEW STATEMENT OF THE LIBERAL PRINCIPLES OF JUSTICE AND POLITICAL ECONOMY 94 (1978) (negatif özgürlüklerin, "en azından uzun dönemler için yargıç yapımı hukukun hakim olduğu yerlerdeki halk arasında gelişeceğini." belirtmektedir.) Paul Mahoney, *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, 30 J. LEGAL STUD. 503, 506 (2001) (ortak hukuk ve ekonomik gelişme arasında pozitif noktasında ampirik kanıta ulaşılmaktadır ve bu bağlantı en azından kısmen "mülkiyetin geniş çapta hukuki korumasına ve yürütmenin müdahalesinden uzak sözleşme haklarına" dayanmaktadır ki bu durum, ortak hukuk sistemlerini nitelendirmektedir. La Porta et al., supra note 105 (ortak hukuk sistemine sahip ülkelerin diğer hukuk kökenli ülkelere göre politik haklara daha fazla saygı gösterdiğini ortaya koymaktadır.)

nin artan sayıda hakkı kabul etmesi anlamına gelen "hakların yayılması" gibi global bir eğilim söz konusudur[111].

Tablo 5, gerileme çıktılarını ortaya koymaktadır. Gerilemelerden edinilen önemli izlenim, popüler değerler ile anayasal tercihler arasında çoğunlukla bir bağın olmadığıdır. Birçok durumda, popüler değerlere yönelik marjinal etkiler, sıfıra yakın iken diğer durumlarda negatiftir. Biri hariç tüm durumlar, istatistiksel olarak önemsizdir. Tek istisna, kürtaj konusundaki değerlere ilişkindir ki bu değerler, doğmamış olanın anayasal korunması ile pozitif ilişkilendirilmiştir. Yine de sadece istatistiklere göre %10'luk güven seviyesinde belirgindir.

Popüler değerler ve anayasa arasındaki ilişkinin eksikliği, hangi faktörlerin -eğer göz ardı etmiyorsa -anayasal tercihler konusunda ülke çapındaki farklılıkları açıkladığı sorusunu gündeme getirmektedir. Sonuçlandığı üzere, her ne kadar etkileri söz konusu anayasal hakka dayalı olsa da kontrol değişkenlerinin bazıları istatistiksel olarak açıkça anayasal tercihlerle eşleşmektedir. Beklendiği üzere, ortak hukuk geleneği negatif anlamda sosyoekonomik ve grup haklarıyla ilişkilendirilse de bu gelenekteki devletler; aile, dinleme, çalışma sağlıklı çevre, grev, iş gücü ilişkilerinde cinsiyet eşitliği, anneliğin korunmasını muhtemelen daha az korumaktadır[112]. Bir anayasanın kapsamının, çevrenin korunması, dilekçe özgürlüğü, çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve annelik koruması gibi dünya anayasasında nispeten nadir görülen bazı haklarla ilişkilendirilmesi de şaşırtıcı değildir[113]. Dolayısıyla, bu durumlarda, anayasa bir bütün olarak geniş kapsamlı bakış açısına sahip bir belge olarak kamuoyunu değil bu hakların kabulünü açıklar. Daha mantık aykırı olan, demokrasi ile diğer haklardan ayrı olarak dinleme hakkının, çevrenin korunmasının, doğmamışın korunmasının anayasada düzenlenmesi arasında bir pozitif korelasyonun varlığıdır. Son olarak, ekonomik refah, dinlenme ve dilekçe hakkının anayasal korunması ile ailenin, çevrenin ve anneliğin korunması ile negatif ilişkili olmasıdır. Bu, bu hakların en azından kısmen istek uyandırıcı olduğunu, iyi çalışma saatleri, sağlıklı bir çevre ve ailenin ve annelik korumasının daha fakir ülkelerde genellikle zor durumda

---

111 Law & Versteeg, *supra* note 80, 1194'de ("hakların yayılması" fenomenini belgelendirmektedir.)

112 Beklentilerin aksine ortak hukuk geleneğinin dilekçe hakkıyla negatif bir ilişkisi vardır.

113 Bu bulgu, önceki çalışmalarımdan elde ettiğim bulgularla büyük ölçüde uyumludur ki bu çalışmalarda, birçok hakkı koruyan iddialı anayasalarda yer alan bazı haklar, "belirli bir gruba özgü" haklar olarak belirtilmiştir. Law & Versteeg, *supra* note 80, at 1217 tbl.3.

kaldığını göstermektedir. Bu bulguların hiçbiri nedensel ilişki olarak yorumlanmamasına rağmen, gerilemelerden elde edilen genel izlenim, herhangi bir ülkenin anayasal tercihlerinin, rejim türünün, hukuk sisteminin ve anayasanın özel tercihler ve değerlerden daha geniş kapsamlı bir tasarlama işlevi olduğudur.

Tablo 5: Popüler Değerler ve Anayasal Tercihler Arasındaki İlişki

	Ailenin korunması	Dinlenme Hakkı	Çalışma Hakkı	Çevre Hakkı	Evliliğin Korunması	Dilekçe Hakkı	Toplantı Hakkı	Grev hakkı	Eşcinsel hakları	Sendika Hakları	Cinsiyet Eşitliği	Anneliğin Korunması
Popüler değerler	0.979	0.525	0.00	-0.093	0.47	-0.481	0.00	0.265	0.00	-0.19*	0.161	-0.128
Demokrasi	-0.016	-0.023*	0.00	0.026***	-0.014	0.017	0.00	0.018	0.00	0.006**	-0.012	-0.014
Zenginlik	-0.108*	-0.163**	0.00	-0.175*	-0.086	0.130*	0.00	-0.174	0.00	-0.01	-0.056	-0.169**
Belirlilik	0.00	0.001	0.00	0.002***	0.001	0.002**	0.00	0.001	0.00	0.00	0.002***	0.002**
Ortak Hukuk	0.456***	-0.448***	-0.343**	-0.928***	-0.154	-0.756***	0.00	-0.772**	0.00	0.011	-0.165***	-0.478***
Bölgesel Değişkenler	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y
Yıl Değişkenleri	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y
(pseudo)R-squared	0.40	0.36	0.80	0.55	0.17	0.41	0.61	0.42	0.39	0.19	0.21	0.36
N	315	315	315	293	333	323	322	307	293	333	315	323

Not: Sağlam standart hatalı probit gerilemelerden edinilen marjinal etkiler, ülke düzeyinde kümelenmiştir. Marjinal etkileri hesaplamak için tüm değişkenler örnek ortalamada değerlendirilmiştir. *, %10'luk güven seviyesinde, ** %5'lik güven seviyesinde ve *** %1'lik güven seviyesinde istatistiksel önemi belirtir.

IV. HANGİ ÜLKELER POPÜLİST ANAYASALARA SAHİPTİR?

Karşılaştırmalı perspektifte, belirli haklara daha az değer atfeden uluslara nazaran bu değerlere daha çok önem veren ulusların, anayasalarında bu hakları daha çok korunduğuna dair az bir kanıt ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, önceki analiz, mevcut anayasaların popüler değerleri yansıttığına ilişkin çok az bir öngörü sunmaktadır. Hatta değerlere ilişkin ülke çapındaki farklılıklar, anayasal tercihler konusunda ülke çapındaki farklılıkları açıklamazken bazı anayasalar, hâlâ yerel düzeyde en üst desteğe sahiptir. Bu

bölüm, o halde her anayasanın popüler değerlerle ne derecede uyumlu olduğunu ve dünyanın en popülist anayasalarını tek tek inceler.

A. Popüler Anayasaların Sıralaması

Yazılı anayasaların genel olarak yukarıda bahsedilen on iki boyuttaki popüler değerleri yansıtıp yansıtmadığını ölçmek için, herhangi bir ülkenin anayasal seçimlerinin halkının değerlerini ne ölçüde yansıttığını gösteren sayısal bir popülist anayasa indeksi oluşturdum. Özellikle indeks, halkın yüzde kaçının değerleri ile anayasaların ilgili konuyla nasıl ilişkili olduğunu (veya olmadığını) ve bu on iki konuda ülkelerin ortalama sonuçlarını ortaya koymaktadır. Anayasalar bir hakkı koruduğunda indeks, bu hakka değer veren halkın yüzdesini ortaya koymakta ve anayasalar ne zaman bir hakkı dâhil etmese o zaman da indeks, bu hakkı gözardı eden halkın yüzdesini ortaya koymaktadır[114]. Sonuç indeksi, anayasal popülizmi yani ilgili anayasaların kamuoyu ile uyumunu ortaya koymaktadır. İndeksin nasıl oluşturulduğunu anlatabilmek için Tablo 6, 2010'da Güney Afrika için farklı bileşenleri sıralamaktadır. Güney Afrika Anayasası, Tablo 6'da belirttiği üzere, on iki konuya ilişkin ortalama, nüfusun sadece %36'sının fikriyle uyumlu olduğundan, çok da popülist değildir.

Tablo 6: 2010'da Güney Afrika'ya Dair Popülist Anayasa Değer

Anayasal Hak	**Anayasada Yer Alıyor mu?**	**Eşleşen Değer**	**Popülizm Değeri**
Dilekçe Hakkı	Evet	Hükümete dilekçe vermeye istekli kişilerin yüzdesi: %51	%51
Toplantı Hakkı	Evet	Yasal bir toplantıya katılmak isteyenlerin yüzdesi: %50	%50
Çalışma Hakkı	Evet	İşin önemli olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi: %93	%93
Çevrenin Korunması	Evet	Daha iyi bir çevre koruması için bir bedel ödemeye istekli kişilerin yüzdesi: %46	%46

[114] Bu indeksi hazırlarken Tablo 1'de belirtildiği üzere, farklı gruplara ait katılımcıları, diğerlerinden ayıran "cut-offs", benzerdir.

Grev Hakkı	Evet	Yasal bir greve katılacak olanların yüzdesi: %18	%18
Cinsel Eğilime Bakılmaksızın Eşitlik	Evet	Eşcinselliğin kabul edilebilir olduğunu düşünenlerin yüzdesi: %18	%18
Evlenme Hakkı	Hayır	Evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna katılmayanların yüzdesi: %78	%22
Anneliğin Korunması	Hayır	Kendini gerçekleştirebilmek için kadının çocuk sahip olması gerektiğine inanların yüzdesi: %47	%53
Doğmamışın yaşam hakkı (kürtajın yasaklanması)	Hayır	Kürtajın kabul edilmez olduğunu düşünenlerin yüzdesi: %84	%16
İş Yaşamında Cinsiyet Eşitliği (örneğin eşit işe eşit ücret)	Hayır	İstihdamın düşük olduğu zamanlarda kadınlara nazaran erkeklerin mesleğe daha çok hakkı olduğuna inanların yüzdesi: %35	%35
Aile Hayatının Korunması	Hayır	Geleneksel aile değerlerine sahip halkın yüzdesi (çocuk hem anneye hem de babaya ihtiyaç duyar): %90	%10
Dinlenme Hakkı	Hayır	Boş zamanın çok önemli olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi: %78	%22
Popülist Anayasa Değeri			%36

Tablo 7, tüm ülkeler için 2000 ve 2010 yıllarındaki benzer sonuçlarını sıralamaktadır. Birinci ve üçüncü sütun, halkın desteğinin beklenenden az olduğu yani on iki konu başlığında, ortalama halk uzlaşısının %51'den az olduğu anayasal belgelerin haklar kategorisine sahip ülkeleri sıralamaktadır.

2010'da Avustralya, Singapur, Malezya, Yeni Zelanda, Kanada ve Birleşik Devletler dâhil olmak üzere tüm ülkelerin %44'ü bu kategoride yer almaktadır. Tablo 7'de yer alan ikinci ve dördüncü sütunlar, nüfusunun yarıdan fazlasının değerlerini yansıtan anayasalara sahip ülkeleri sıralamaktadır. 2010'da bu durum, Çin, Rusya, İsveç dâhil olmak üzere, ancak bunlarla da sınırlı olmayan, ülkelerin %56'sında geçerlidir.

Anayasa uzmanlarının çoğu, anayasanın güçlü bir demokratik meşruiyete sahip olması için anayasanın, sıradan yasalardan daha demokratik olması gerektiğine ve halkın nitelikli çoğunluğunun desteğinin gerekli olduğuna inanır[115]. Şekil 3 ve Tablo 7'nin ortaya koyduğu üzere; günümüzde dünya anayasaları arasında sadece Makedonya, Guatemala, İtalya, El Salvador, Uganda, Polonya ve Etiyopya anayasaları, nüfusunun üçte ikisinden fazlasının değerlerini yansıtan ortalama haklara sahiptir. Anayasal belgelerin sözde demokratik meşruiyet iddiası göz önüne alındığında[116], bu rakamlar şaşırtıcı bir şekilde düşük görünmektedir.

Tablo 7: 2000 ve 2010'daki Popülist Anayasa Değerler

2000 Nüfusun %51'inden Daha Azı			**Nüfusun %51'den Fazlası**				**201 Nüfusun %51'inden Daha Azı**		**Nüfusun %51'den Fazlası**	
Ülke	**%**		**Ülke**	**%**			**Ülke**	**%**	**Ülke**	**%**
Yeni Zelanda	34		**Arjantin 52**	52			**Singapur**	32	Arjantin	52
Güney Afrika	35		**Kolombiya**	52			**Trinidad& Tobago**	33	Finlandiya	52
Avustralya	35		**Macaristan**	52			**Malezya**	33	Şili	52
Kanada	36		**Finlandiya**	53			**Avustralya**	34	Zambiya	53
Danimarka	37		**Fransa**	54			**Güney Afrika**	36	İsveç	54
İzlanda	41		**Çek Cumhuriyeti**	54			**Kanada**	37	Romanya	54

115 *Bakınız* Karim Fahim & Mayy El Sheikh, *First Round of Voting Spurs Dispute in Egypt*, N.Y. TIMES, 17 Aralık, 2012, A13'de (Anayasal Meclis'in üyelerinden birinin, yeni Mısır Anayasası meşru olabilmesi 2/3 çoğunluğa ihtiyacı olduğu şeklindeki sözünü alıntılamaktadır.)

116 *Bakınız supra* notes 26-29 ve ekli metin.

Norveç	41		**İrlanda**	54			**Yeni Zelanda**	37	Güney Kore	54
Birleşik Devletler	44		**Mısır**	54			**Fas**	37	Mısır	54
Estonya	44		**Slovenya**	54			**Danimarka**	37	Cezayir	54
Birleşik Krallık	44		**Letonya**	54			**Zimbabve**	38	Gürcistan	55
Tayvan	45		**Uruguay**	55			**Norveç**	42	Dominik Cumhuriyeti	55
Japonya	45		**Dominik Cumhuriyeti**	55			**Kıbrıs**	42	Mali	55
Bosna Hersek	46		**Litvanya**	55			**İzlanda**	42	Belarus	55
İsveç	46		**Şili**	55			**Japonya**	43	Almanya	56
Bangladeş	48		**Gürcistan**	56			**Estonya**	44	Letonya	56
Hindistan	48		**Filipinler**	57			**Tayvan**	44	Meksika	56

İsviçre	49		**Peru**	57			**Bosna Hersek**	44	**Suudi Arabistan**	56
Meksika	50		**İspanya**	58			**Hindistan**	44	**Ukrayna**	57
Malta	50		**Ukrayna**	58			**Bangladeş**	45	**Moldova**	57
Avusturya	50		**Romanya**	58			**Birleşik Devletler**	45	**Filipinler**	57
Belçika	50		**Almanya**	60			**Tanzanya**	46	**İspanya**	57
Hollanda	51		**Moldova**	60			**Ürdün**	46	**Türkiye**	58
Nijerya	51		**Güney Kore**	60			**Birleşik Devletler**	46	**Irak**	58
-	-		**Portekiz**	60			**Tayland**	48	**Yunanistan**	59
-	-		**Brezilya**	61			**Hollanda**	49	**Slovak Cumhuriyeti**	59
-	-		**Ermenistan**	61			**Çek Cumhuriyeti**	49	**Rusya Federasyonu**	59
-	-		**Rusya Federasyonu**	61			**Avusturya**	49	**Hırvatistan**	59
-	-		**Türkiye**	62			**Fransa**	49	**Bulgaristan**	60
-	-		**Belarus**	62			**Ruanda**	49	**Kırgızistan Cumhuriyeti**	61
-	-		**Hırvatistan**	62			**Malta**	50	**Arnavutluk**	61

-	-		**Azerbaycan**	62			**Portekiz**	50	**Peru**	62
-	-		**İran**	62			**Belçika**	50	**Lüksemburg**	62
-	-		**Lüksemburg**	63			**Kolombiya**	50	**Burkina Faso**	62
-	-		**Venezuela**	63			**İrlanda**	50	**Pakistan**	62
-	-		**Makedonya**	64			**Uruguay**	51	**Çİn**	62
-	--		**Slovak Cumhuriyeti**	64			**Slovenya**	51	**Ermenistan**	63
-	-		**İtalya**	66			**Litvanya**	51	**Venezuela**	63
-	-		***Polonya***	67			**Nijerya**	51	**Gana**	63
-	-		***Yunanistan***	68			**İsviçre**	51	**Brezilya**	65
-	-		***El Salvador***	68			**-**	-	**Vietnam**	66
-	-		***Pakistan***	69			**-**	-	**Azerbaycan**	66
-	-		***Arnavutluk***	70			**-**	-	**İran**	66
-	-		***Çin***	73			**-**	-	***Makedonya***	67
-	-		-	-			**-**	-	***Guatemala***	67
-	-		-	-			**-**	-	***İtalya***	67
-	-		-	-			**-**	-	***El Salvador***	68
-	-		-	-			**-**	-	***Uganda***	69
-	-		-	-			**-**	-	***Polonya***	69
-	-		-	-			**-**	-	***Etiyopya***	76

Not: *İtalik olanlar*, anayasal onay oranının %66'dan fazla olduğu ülkelerdir.

B. Anayasal Popülizmin Öngöstergeleri

2010 yılında Singapur'un anayasal hakları, Singapurluların sadece %32'sinin değerleriyle uyum içinde iken Etiyopya Anayasasının haklara ilişkin hükümleri, ortalama olarak Etiyopyalarının %76'sından az olmayan değerlerini yansıtmaktadır Neden bazı anayasalar, popüler değerlere sadakat gösterirken diğerleri göstermemektedir? Bu alt bölüm, bu sorunun ilk araştırmasını sağlayacaktır.

Bu tür ülkeler arası farklılıklara ilişkin muhtemel açıklamalar şunlarla ilişkili olabilir: (1) Anayasanın özellikleri ve (2) ulusun özellikleri. Anayasal popülizm ile ilgili olması muhtemel bir dizi anayasal özellik söz konusudur. Birincisi, anayasanın yaşı, bir anayasanın popüler değerlere ne derece bağlı olduğunu etkileyebilir. Özellikle, daha eski anayasalar, popüler değerlerden kopuk olabilir çünkü geçen zamanda halkın değişen değerlerini yakalamada

başarısız olmuştur. Bu durum, iki yüz yılı aşan tarihi içinde nispeten daha az resmi değişikliğe uğramış Birleşik Devletler Anayasası için kolayca anlaşılmaktadır[117]. Gerçekten de Birleşik Devletler için nispeten daha az popülerlik oranı (%45'i), muhtemelen belgenin ilerlemiş yaşının bir sonucudur. Aynı zamanda ABD'nin ortaya koyduğu tecrübeye nazaran anayasanın yaşı, belgenin popülaritesi ortaya koyan daha önemsiz bir gösterge olabilecektir. Yabancı anayasalar, kadim ABD Anayasası'na nazaran oldukça daha yeni olma eğilimdedir[118]. Dünyada ortalama ulusal bir anayasa, yerine yenisi yapılmadan sadece on dokuz yıl varlığını sürdürmektedir ve bu zaman zarfında sıkça değiştirilmektedir[119]. Hatta çok çarpıcıdır ki tam da Thomas Jefferson'un dediği gibi anayasalar, "dünya, yaşayan canlılara ait" olduğundan anayasa, her bir nesilde gözden geçirilmelidir ki bu süreyi, Jefferson on dokuz yıl olarak belirtmiştir[120]. Mevcut her bir nesilde, dünya anayasalarının büyük çoğunluğunun yazılması veya değiştirilmesi nedeniyle anayasaların popüler değerlerden uzaklaşması, sadece ilgili dönemin ürünü olmasıyla ilgili değildir.

İkincisi, halk katılımının olduğu bir süreçle kabul edilen anayasaların, gerçek anlamda kamuoyunun fikrini daha çok yansıttığı görülmektedir. Anayasa yapımında aktif bir şekilde yer alan halkın, kendi görüşleri ve değerleri yönünde baskı yapması muhtemel hale gelecektir[121]. Diğer taraftan, Bölüm II'de kurulan hipoteze göre sürece dâhil olma, özellikle halk katılımının evet ve hayırla sınırlı olduğu referandumlarda, anayasaların kamuoyu-

---

117 *Bakınız* David S. Law & Mila Versteeg, *The Declining Influence of the U.S. Constitution*, 87 N.Y.U. L. REV. 763, 765 (2012) (ABD Anayasasının, global perspektiften nasıl farklı olduğunu anlatmaktadır.)

118 *Bakınız* ELKINS ET AL., *supra* note 13, 129'da (bir anayasanın varlığını sürdürmesinin, on dokuz yıl olduğunu belirtir.)

119 Id. 129'da.

120 Thomas Jefferson'dan James Madison'a mektuplar (6 Eylül, 1789), içinde THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON 392, 392 (Julian P. Boyd ed., 1958); (Aşikar meselenin "dünyanın, yaşayanların kullanım hakkına ait olduğu"nu vurgulamasıdır.); *id.* at 393-94 (neslin ortalama yaşı 18.8 olarak hesaplanmıştır ve "Ne ulusun temsilcilerinin ne de tüm ulusun bir araya gelmesinin ötesinde bir dönem olan 19 yaş, bir şekilde yükümlülüğü genişletmektedir." şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır; *id.* 396'da ("Her anayasa ve her yasa, doğal olarak 19 yılın sonunda süresini sona erdirecektir. Eğer uzun süre zorlanırsa, bu bir hak değil zorlayıcı hareket olacaktır.")

121 *Bakınız supra* Bölüm (halk katılımı ile popüler değerleri yansıtan anayasalar arasındaki ilişki ele alınmaktadır.)

nun fikrini doğrudan izlediğini garanti altına almamaktadır. Üçüncüsü, eğer bir anayasa başlangıç hükümlerinde ulusal kimlik ve değerler retoriğini yücelterek popüler değerlere sadakati beyan ediyorsa, haklar katalogu da halkın fikirleriyle örtüşecektir[122]. Bu durumda, popüler değerlere ilişkin sahici bir bağlılık, hem başlangıç hükümlerine hem de haklar bildirgesine yansıyacaktır. Dördüncüsü, birçok hakkı içeren anayasalara nazaran daha az hak içeren anayasalar, daha düşük düzeyde halk desteği alabilir çünkü insanlar çoğunlukla geniş hak katalogunu tercih eder[123].

Ülkenin nitelikleri, anayasal popülizmle ilişkilendirilebilir. Öncelikle demokratik ülkelerin yaptığı anayasaların, kamuoyunu daha iyi yansıtması mümkündür. İkincisi, muhtemelen ekonomik refah, anayasaların kamuoyuyla olan ilişki derecesini etkilemektedir. Özellikle daha zengin ülkeler, tabiatı gereği anayasal yükümlülükleri korumada daha becerikli olabilecektir ve bu hakların tanınmasına ilişkin eğilimleri, bu hakların öncelikli bir yerde olmasının garantisini sağlayacaktır[124]. Son olarak, bir ülkenin anayasal yükümlülükleri koruma isteği ve bunu becerebilme düzeyi, anayasaların genel değerlerle ilişki düzeyini etkileyebilecektir. Özellikle popüler değerlere bağlı anayasalar, mahiyeti gereği istek uyandırabilir; bu durum da anayasalarda hâlihazırda korunan haklardan ziyade geleceğe yönelik henüz gerçeklememiş umutları temsil eder[125]. Aynı şekilde korumaya söz verdikleri haklara ilişkin bir niyeti olan rejimler, popüler hassasiyetlere değinen belgeler kaleme alırlar ancak uygulamada bunlar tamamen anlamsızdır[126]. Her iki durumda, popülist anayasalar daha çok anayasal yükümlülüklerin uygulamada korunmadığı ülkelerde bulunmaktadır.

---

122 *Bakınız supra* Bölüm I (Ulusların, ulusal değerler ve kimlik konusunda retorik ile şekillenmiş başlangıç bölümünde yer alan popüler değerlere nasıl bir sadakat duyacağını ele almaktadır.)

123 *Bakınız supra* note 50 ve ekli metin (halkın neden daha fazla hak lehine oy kullandığını ele almaktadır.)

124 Ampirik literatür her seferinde, zengin ülkelerin daha üstün insan hakları uygulamalarına sahip olma eğiliminde olduğu sonucuna ulaşmaktadır. *Bakınız* Gerald L. Blasi & David Louis Cingranelli, *Do Constitutions and Institutions Help Protect Human Rights?*, içinde HUMAN RIGHTS AND DEVELOPING COUNTRIES 223, 225-26 (Stuart S. Nagel & David Louis Cingranelli eds., 1996) (ilgili literatürü özetlemektedir.)

125 *Bakınız* Michael Dorf, *The Aspirational Constitution*, 77 GEO. WASH. L. REV. 1632 (2009) ("istek uyandıran anayasa" kavramını tanımlamaktadır.)

126 *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 82, 898-900'de (dünya anayasalarının önemli bir kısmının sahte anayasalar olduğunu ampirik olarak ortaya koymaktadır.)

Popülist anayasaların neyi açıkladığına ilişkin ampirik araştırma, şu hipotezlerden sadece bazılarını desteklemektedir[127]. Hangi değişkenlerin anayasal popülizmle ilgili olduğunu incelemek için gerileme analizini kullandım. Bu gerilemede yer alan tahmin değişkenleri şunlardır: (1) Anayasanın yaşı, kabul edildiği veya en son gözden geçirildiği tarihten itibaren geçen yıllarla belirlenmektedir[128]; (2) anayasanın, halk girdisiyle tasarlanıp tasarlanmadığı ve özellikle anayasanın halkoylaması yoluyla kabul edilip edilmediği[129]; (3) başlangıç hükümlerinde ulusun geçmişine göndermede bulunarak bir anayasanın popülist taahhütlere işaret edip etmediği[130]; (4) anayasal haklar bildirgesinin kapsamlı olup olmadığı ve geniş haklar listesi içerip içermediği[131]; (5) ülkenin demokratik olup olmadığı[132]; (6) bir ülkede kişi başına düşen gayri safi yurtiçi hasılanın doğal logaritmasına göre belirlenecek ekonomik refah[133] ve (7) anayasanın, taahhütlerini hangi dereceye kadar koruyup korumadığı[134]. Tablo 8, bu ampirik modelden elde edilen sonuçları özetlemektedir.

---

127 Spesifik olabilmek için en küçük kareler gerileme modeli değerlendirilmiştir. Hata terimlerinin seri korelasyonunu belirtmek için model, lagged bağımlı değişkenini içermektedir ve her ülke düzeyinde kümelenen dirençli standart hataları hesaplamaktadır. Ayrıca aynı modeli, lagged dirençli değişkeninin hariç tutulduğu ülke sabit etkilerinin dâhil edildiği aynı modeli tekrar değerlendirdim ve sonuçlar, büyük ölçüde Tablo 11'de belirtilen sonuçlarla benzerdir.

128 Anayasanın herhangi bir şekilde en son değiştirildiği yıldan itibaren geçen yılları, anayasal yaş olarak ölçerek (hiç değiştirilmemiş anayasaların varlığı durumunda, ilgili anayasanın ilk kabulünden itibaren yıl toplamı), anayasayı etkin bir şekilde yeniden kaleme değişiklikler ile nispeten önemsiz değişiklikler arasındaki ayrımı yapabilmedeki zorluklardan kaçınmaya çalıştım. *Bakınız* Law & Versteeg *supra* note 80 (böylesi farklılıkları belirtmedeki zorlukları anlatmaktadır.)

129 Bu değişken, Karşılaştırmalı Anayasalar Projesi'nden alınmıştır. *Bakınız supra* note 43 (veri, gösterilmektedir.) Bu veriyi paylaşan Justin Blount, Tom Ginsburg, and James Melton'a teşekkür ederim.

130 Bu değişken, benim tüm yazılı anayasaları kodlama yöntemime dayanmaktadır. Giriş ve grafik sunum için *bakınız supra* Bölüm I.A.

131 Bu değişken, Law & Versteeg, *supra* note 80, 1266-68'den alınmıştır. (1946 ve 2006 yılları arasında yazılmış 188 ülkenin anayasasından hareketle bu değişken nasıl oluşturulduğu ele alınmaktadır.)

132 *Bakınız supra* note 102 (polity2 demokrasi değişkenini belirtmektedir.)

133 *Bakınız supra* note 103 (GSYH değişkeni belirtilmektedir.)

134 Law & Versteeg, *supra* note 82, 886'da (anayasal taahhütlerini yerine getiren devletleri belirten sayısal ölçütü ortaya koymaktadır.)

Ülke çapındaki nedensel çıkarımı çevreleyen zorluklar gözönüne alındığında bu analizden çıkarılan sonuçlar, nedensel ilişkiler olarak yorumlanmamalıdır. Bununla birlikte analiz, ilginç korelasyonları ortaya koymaktadır. Birincisi, daha yeni anayasaların popüler değerlere daha çok bağlı olduğu gözükmektedir. Bu nedenle, anayasalar bir süreliğine değişikliğe uğramadığında değişen kamuoyundan uzaklaşmaktadır. İkincisi, anayasal hakların bütünü, istatistiklere göre anayasal popülizmin belirgin bir göstergesidir ki bu durum, halkın kapsamlı tipik bir hak katalogunun olmasını tercih ettiği hipotezine güvenilirlik katmaktadır. Bir anlamda, bir belge ne kadar çok hakkı kapsar ise o belge, sıkça yakından kamuoyunu takip edecektir. Üçüncüsü, anayasal uygulama da bir anayasanın halka ne kadar ait olduğu ile ilişkilidir. Özellikle uygulamada anayasal haklar ne kadar korunursa tabiatı gereği belge, daha az popülist olacaktır. Bu tespit, popülist anayasaların yapısı gereği en ilham verici anayasalar olduğunu ortaya koyar. Örneğin 2010 tarihi itibariyle ve şimdilik en popülist anayasa, uygulamada taahhütlerinden sadece küçük bir kısmını muhafaza etmiştir[135]. Son olarak bu analiz ekonomik refah ve anayasal popülizm arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır; özellikle daha zengin ülkeler, daha popülist anayasalara sahiptir.

Diğer değişkenler istatistikî açıdan anayasal popülizmin belirgin öncülleridir. Görüldüğü üzere, demokrasi istatistiki olarak belirgin şekilde anayasal popülizmle ilişkili değildir. Bu nedenle, anayasalar otokrasilere nazaran demokrasiler yoluyla yaratıldığında popüler değerleri daha çok yansıtmaktadır. Başlangıç hükümlerindeki popülist retorik, istatistiki olarak açıkça haklar bildirgesindeki anayasal popülizmle bağlantılı değildir. Belki de en şaşırtıcı olanı halk oylamalarının daha popülist anayasalara neden olmadığına ilişkin tespittir. Muhtemelen bu tespit, halk oylamalarının sadece sınırlı popüler bir girdiye izin verdiğini yansıtmaktadır: Öne sürülen değişiklik paketi hakkında sadece evet ya da hayır demek[136]. Yapım usulüne katılım, o halde, gerçek anlamda anayasaların popüler görüşleri ve değerleri takip edeceğinin garantisi değildir. Aynı zamanda anayasa yapımına farklı şekillerde katılım, popüler değerlerin anayasalara açıkça yansıtılmasını hâlâ mümkün kılabilir. Şekli yönteme katılım ile anayasanın içeriği arasındaki ilişkiyi incelemek için başka bir araştırma gerekmektedir.

---

135 *Id.* 898'de. (2010'da en "sahte" anayasaların ikincisi olarak Eritre Anayasası ayrı tutulmaktadır.)

136 *Bakınız supra* Bölüm I.B (halk referandumuna sınırlı katılımı ele almaktadır.)

Tablo 8. Anayasa Popülizmin Öngöstergeleri

Anayasanın Yaşı	**-0.011*** **
Anayasal Düşük Performans	-1.376***
Anayasanın Kapsamı	-0.442*
Referandumla Kabul edilmesi	0.023
Başlangıç Hükümlerinde Tarihe Yapılan Atıflar	0.258
Demokrasi	-0.004
Kişi Başına Düşen GSYİH (Doğal Log)	0.194**
Gecikmeli Bağımlı Değişken	0.880***
R2 N 913	0.97

Not: OLS Gerilemeu ile gecikmeli bağımlı değişkenden elde edilen katsayılar***%1'lik güven düzeyinde istatistiki öneme işaret etmektedir, ** %5'lik güven düzeyinde istatistiki öneme işaret etmektedir ve * %10'luk güven düzeyinde istatistiki öneme işaret etmektedir.

V. HALK KENDİ ANAYASALARININ POPULİST OLMASINI İSTER Mİ?

Anayasal tercihler ile popüler değerler arasındaki kopukluk, popüler olmayan anayasacılığın göstergesi değildir. Halk, kendi hayatında değer verdiği ilkelerin, her zaman anayasalarına yansıtılmasını istemeyebilir. Örneğin çevreye çok değer veren bazı insanlar, belki anayasalarında sağlıklı çevre hakkının düzenlenmesini istemeyebilir. Örneğin böyle yaparak hükümetin alanının gereğinden fazla genişleyeceğinden ve yargıya çok fazla yetki verileceğinden endişelenebilir. Bu bölümün geri kalanı bu olasılığı inceleyecektir.

A. Popüler Olmayan Anayasacılık

İnsanların kendi değerlerinin anayasalarına yansımasını isteyip istemedikleri üzerine bir araştırma, yeni inceleme verilerini gerektirmektedir. Dünya Değerler Araştırması sorularının hiçbiri kendi anayasaları hakkında kişilerin görüşlerini talep etmemektedir ve bildiğim kadarıyla böyle bir araştırma da mevcut değildir. İnsanların hayattan istedikleri ile anayasalarından

istediklerinin uyuşup uyuşmadığını belirlemek için Amazon Mechanical Turk'de kendi araştırmamı tasarladım. Mechanical Turk, "geniş çapta çevrimiçi katılımcıya, kullanıcılar tarafından çalışmanın dağıtılmasını sağlayan çevrimiçi kitle kaynaklı bir sistemdir."[137]. Bu çalışma, katılımcılara tamamlaması için ücret ödenen basit tek seferlik görevlerle ayrıntılandırılmaktadır. Mechanical Turk, daha çok sosyal bilimciler tarafından yapılan anket araştırmasını kapsayan geniş çapta farklı görevler için kullanılmaktadır.[138]

Bu araştırmaya, 30 Ocak 'dan 15 Nisan 2013'e kadar çevrimiçi olarak ulaşmak mümkündü ve araştırma, on bir ülkeden 1029 katılımcı tarafından tamamlanmıştır ki katılımcıların yarısı Birleşik Devletlerdendir[139]. Araştırma, tam olarak Dünya Değerler Araştırması'nın sorularından türetilmiştir[140]. ancak değerlere ilişkin her bir soruyu takiben katılımcının anayasada aynı değerlerin korunması isteyip istemediğine ilişkin bir başka soru sorulmuştur. Örneğin katılımcıya eşcinselliği hukuken uygun bulup bulmadığı sorulduktan sonra (Dünya Değerler Araştırması'ndaki aynı değerlendirmeyi kullanarak),[141] katılımcıya, cinsel eğilime bakılmaksızın anayasada eşitliğin korunmasının yer almasını isteyip istemediği sorulacaktır[142]. Mechanical Turk çalışanları, nüfusun rastgele örneğini hemen hemen adil şekilde tahmin etme eğilimindedir ancak kadın çalışanlar ve genç çalışanlar bir şekilde fazla

---

137 Joel Ross, Andrew Zaldivar, Lilly Irani, Bill Tomlinson & M. *Six Silberman, Who Are the Crowdworkers? Shifting Demographics in Mechanical Turk, içinde* CHI '10 EXTENDED ABSTRACTS ON HUMAN FACTORS IN COMPUTING SYSTEMS 2863, 2863-64 (2010) (Amazon'un kalabalık kaynaklı sanal işyerinin temel ilkelerini ele almaktadır.)

138 *Bakınız, e.g.*, Michael Buhrmester, Tracy Kwang & Samuel D. Gosling, *Amazon's Mechanical Turk, A New Source of Inexpensive Yet High-Quality Data?* 6 PERSP. ON PSYCHOL. SCI. 1, 3 (2011) (Mechenical Turk'ün, psikoloji araştırmacıları için çoğu internet araştırmasına göre demografik açıdan daha çeşitli, yüksek kalitede ancak ucuz olmayan veri sağladığını ileri sürmektedir.)

139 Anket, özellikle Birleşik Devletler'den 522 kişi, Hindistan'dan 399 kişi, Kanada'dan 51 kişi, Pakistan'dan 20 kişi, Almanya'dan 12 kişi, Avustralya'dan 10 kişi, Fransa'dan 5 kişi, Kuzey Afrika'dan 4 kişi, Hırvatistan'dan 3 kişi, Hollanda'dan 2 kişi ve Kenya'dan 1 kişi tarafından yapılmıştır. Ülkeye göre, katılımcılara yirmi beş sent ile 1 dolar arasında ödeme yapılmıştır.

140 *See supra* Table 1.

141 *See supra* Table 1.

142 Araştırma için kişiler ortalama 3.8 dakika harcamıştır. Araştırmayı altmış saniyeden daha sürede tamamlayan katılımcılar, analize dâhil edilmemiştir.

temsil edilmiştir[143]. Bu nedenle araştırma, katılımcının yaşını, cinsiyetini ve siyasi ideolojisini talep eden soruları da içermektedir. Böylece bu özellikler, sonraki analizde kontrol edilebilecektir.

Tabii ki araştırma, geniş çapta dünya nüfusunun anayasal fikirleri hakkında tamamen doğru bir tanımlama sağlamamaktadır. Örneğin kapsamının tamamen rastgele seçildiğinde bile böylesi çıkarımları belirlemek zordur. Bütünüyle dünya nüfusunu örneklendirmek, sosyal bilimcilerin global işbirliği ile Dünya Değerler Araştırması'nın büyüklüğünü gerektirmektedir[144]. Bu alt bölümde sunulan araştırmanın amacı daha mütevazıdır. Amacı sadece halkın kendi değerlerini anayasalarında kutsamayı isteyip istemediğine ilişkin ilk eğilimi veya tasarıda önem verdikleri bazı hakları talep etmede isteksiz olup olmadıklarını ortaya koymaktadır. Bu soruya daha net bir cevap sağlamak, sonraki bir araştırmayı gerektirmektedir.

Bu araştırmadan elde edilen temel izlenim, çok kuvvetli bir biçimde, halkın anayasalarında değerlerini korumak istemesidir. Tablo 9, her bir araştırma sorusu için herhangi bir hakka önem veren katılımcıların yüzdesini sıraladığı gibi belirli bir hakka önem veren ve bu hakkın anayasalarında korunmasını isteyen katılımcıların yüzdesini sıralamaktadır. Tablo, bir hakka değer verenlerin, birçok durumda bu hakkın kendi anayasasında düzenlenmesini isteyen kişiler olduğunu ortaya koymaktadır: Geleneksel aile değerlerine sahip olanların %90'ı, anayasalarında ailenin korunmasını istemektedir. Eşit toplumsal cinsiyete değer verenlerin %91'i, iş yaşamında toplumsal cinsiyet eşitliğinin anayasalarında korunmasını istemektedir. Çevreye değer verenlerin %84'ü anayasalarında çevrenin korunmasını istemektedir. Yasal bir örgütlenme içinde olmak isteyenlerin %92'si anayasalarında örgütlenme hakkının düzenlenmesini istemektedir. Eşcinselliği makul bulanların %88'i, anayasalarında eşcinsel hakların düzenlenmesini istemektedir ve anneliğe değer verenlerin %89'u anneliğin anayasada düzenlenmesini talep etmektedir. En az mutabakat, dinlenme hakkında ortaya çıkmaktadır. Boş zamanın önemli olduğuna inananların %54'ü dinlenme hakkının anayasada düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir.

---

143 *Ross et al., supra* note 137, 2865'te. (Mechenical Turk çalışanlarının çeşitlilik göstermekte ve genel olarak nüfusa oldukça benzemektedir ancak bu işgücü, orantısız şekilde kadın ve daha genç halkdan oluşmaktadır.

144 *See supra* Bölüm III (Dünya Değerler Araştırması verisini tanımlamaktadır.)

Tablo 9: Bir hakka değer veren ve aynı zamanda bu hakkın anayasada düzenlenmesini isteyen kişilerin oranı

Hak	**Hakka önem veren katılımcıların yüzdesi**	**Hakka değer veren ve bu hakkın Anayasada düzenlenmesini isteyen yüzde**
Ailenin korunması (geleneksel aile değerlerine sahip katılımcıların yüzdesi)	679/1007 (%67)	608/679 (%90)
Dinlenme Hakkı (Boş zamanın çok önemli olduğunu düşünen katılımcıların yüzdesi)	945/1014 (%93)	519/954 (%54)
Çalışma Hakkı (İşin çok önemli olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi)	902/1013 (%89)	664/902 (%74)
Sağlıklı Çevre Hakkı (daha iyi bir çevre koruması için bir bedel ödemeye istekli kişilerin yüzdesi)	683/1008 (%68)	576/683 (%84)
Evlenme hakkı (Evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğuna katılmayanların yüzdesi	748/1015	535/748 (%72)
Dilekçe hakkı (Hükümete dilekçe vermeye istekli kişilerin yüzdesi)	910/1017 (%89)	776/910 (%85)
Toplantı hakkı (Yasal bir toplantıya katılmak isteyenlerin yüzdesi)	860/1016 (%85)	788/860 (%92)
Grev hakkı (Yasal bir greve katılmaya istekli olanların yüzdesi)	675/1014 (%67)	545/675 (%81)
Cinsel yönelime bakmaksızın eşitlik (Eşcinselliğin kabul edilebilir olduğunu düşünenlerin yüzdesi)	564/1013 (%56)	499/564 (%88)
Doğmamışın yaşam hakkı (kürtajın kabul edilemez olduğunu düşünen kişilerin yüzdesi)	525/1025 (%51)	376/525 (%72)
İstihdamda cinsiyet eşitliği (İstihdamın düşük olduğu zamanlarda kadınlara nazaran erkeklerin işe daha çok hakkı olduğuna inan*mayan*ların yüzdesi)	778/1018 (%76)	705/778 (%91)
Anneliğin korunması (Kadının kendini gerçekleştirebilmesi için çocuk sahibi olması gerektiğine inananların yüzdesi)	349/1009 (%35)	309/349 (%89)

On iki ayrı gerilemede benzer ilişkileri araştırırken benzer bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Burada katılımcıların on iki hakkın her birini kendi anayasalarında koruma isteği, bağımsız değişkendir. Her bir gerileme şu tahmin değişkenini içermektedir: (1) katılımcının bir hak ile örtüşen değerlerini önemli bulup bulmadığı; (2) katılımcının yaşı; (3) katılımcının cinsiyeti; (4) katılımcının kendisinin ileri sürdüğü siyasi ideolojisi (ilerici veya muhafazakar); ve (5) katılımcının Birleşik Devletlerde yaşayıp yaşamadığı[145]. Sonuçlar (Tablo 10'da gösterildiği üzere) ortaya koymaktadır ki sadece çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği istisnası dışında, insanlar çok önem verdikleri hakların anayasalarında da korunmasını tercih etmektedir. Yaş, cinsiyet, siyasi ideoloji ve coğrafi konum gibi özellikler kontrol edildiğinde bile istatistiksel açıdan bu tespitler, dikkate değerdir. Bir önceki bölümün tespitleriyle birleştirildiğinde, bu tespitler anayasaların sadece popüler değerlerden ayrılmadığını ayrıca bu kopukluğun, kamuoyu tarafından desteklenmediğini ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, anayasa yapımının global pratiğinin popüler olmayan anayasacılık olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Elbette, halkın sıradan kısa vadeli kişisel menfaatlerinin ötesine geçen ve kamu yararına bağlılığın olduğu anayasal dönemlerin koşulları altında araştırmalar, henüz tamamlanmamıştır[146]. Teorik olarak, katılımcıların, anayasa yazarken, gerçekte böyle bir anayasa anında müzakerelerin daha da geliştirilmesi mümkündür. Hatta halk referandumu yoluyla kabul edilen anayasaların nasıl olur da popüler değerleri yansıtmadığını teorik açıdan açıklayabilecektir: Çünkü halk, anayasa yazarken değerlerini değiştirmektedir. Her ne kadar anayasal dönemler, anayasal teoride güçlü bir yapı olsa da gerçekte dünya anayasalarının böylesi koşularda kaleme alındığına dair çok az tespit vardır[147]. Aslında geçerli tespit tam tersini ileri sürmektedir:

---

145 Özellikle, en küçük kareler gerileme modeli ile dirençli standart hataları ülke düzeyinde kümelenmiştir.

146 *Bakınız supra* notes 18-22 ve ekli metin.

147 *Bakınız* Michael J. Klarman, *Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments* 44 STAN. L. REV. 759, 764, 776-92 (1992) ("Ackerman anayasal anların varlığına işaret etmek yerine bunu varsaymaktadır" ve tarihi araştırmaya dayanarak American Founding'in politik kişisel çıkardan muaf olmadığını göstermektedir.) András Sajó, Constitution without the Constitutional Moment: View from the New Member States, 3 INT'L J. CONST. L. 243, 243 (2005) (Birleşik Devletler, Belçika anayasalarının ve belki soykırım sonrası Güney Afrika

Anayasalar genellikle uzmanlar, çıkarcı elitistler[148] tarafından kaleme alınmakta ve dışarıdan dayatılmakta[149] ve başka yerlerden kopyalanıp yapıştırılmaktadır[150]. Hatta anayasal dönemlerin bazı örneklerinde bile halkın kürtaj, eşcinsel hakları gibi tartışmalı ahlaki konularda kendi değerlerini bir kenara koyması mümkün görünmemektedir. Anayasa yapım süreçlerinde halkın fikrinin değiştiğine ilişkin tespitin eksikliğinde, bu makalede ortaya konulan araştırma verileri, anayasa yapımının global pratiğinin *popüler olmayan anayasacılık* şeklinde nitelendirildiğini ortaya koymaktadır.

Tablo 10: Halkın Kendi Anayasasında Anayasal Hakları İsteyip İstemediğine İlişkin Öngöstergeler

	Ailenin Korunması	Dinlenme Hakkı	Çalışma Hakkı	Çevre hakkı	Evliliğin Korunması	Dilekçe Hakkı	Toplantı Hakkı	Grev Hakkı	Eşcinsel Hakları	Doğumunun Hakları	Cinsiyet Eşitliği	Anneliğin Korunması
Bireysel Değerler	0.24***	0.15**	0.14***	0.21***	0.23***	0.18***	0.10***	0.29***	0.45***	0.36***	0.09	0.21***
Kadın	0.01	0.04	0.08***	0.06***	0.12***	0.00	-0.03**	0.03	-0.02	0.00	0.06**	0.04***
Yaş	0.00	-0.00***	-0.00***	-0.00***	-0.01**	-0.00***	0.00***	-0.00*	-0.00**	0.00	0.00	-0.00***
Yenilikçi	-0.09***	0.03	0.07*	0.07*	-0.05*	0.01	0.03	0.10***	0.07	-0.17***	0.07*	-0.06***
Birleşik Devletler	-0.10***	-0.35***	-0.25***	-0.25***	-0.18***	-0.02	0.04***	0.01	0.07	-0.28***	-0.06***	-0.19***
(Psödo)r-Kare	0.15	0.12	0.11	0.18	0.1	0.03	0.04	0.09	0.23	0.21	0.05	0.13
N	987	1001	1000	994	1003	1003	1003	1001	999	1011	1004	997

Not: Sağlam standart hatalı probit gerilemelerden edinilen marjinal etkiler, ülke düzeyinde kümelenmiştir. Marjinal etkileri hesaplamak için tüm

anayasalarının, anayasal anlarda kaleme alındığını ancak anayasaların baskın çoğunluğunun böyle olmadığını belirtmektedir.)

148 RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM *passim* (2004), (anayasa yapımının, hegemonik elitlerin "kendilerini korumalarının" bir ürünü olduğu belirtilir.)

149 *Bakınız genel olarak* Zachary Elkins, Tom Ginsburg & James Melton, *Baghdad, Tokyo, Kabul ...: Constitution Making in Occupied States*, 49 WM. & MARY L. REV. 1139 (2008).

150 Bakınız Goderis & Versteeg, supra note 82 (Afrika, Karayipler hatta Japonya, Mikronezya, Almanya, Afganistan, Irak ve diğerler ülkelerde bulunan otuzdan fazla Britanya kolonisindeki anayasal uygulamayı ele almaktadır.)

değişkenler örnek ortalamada değerlendirilmiştir. *, %10'luk güven seviyesinde, ** %5'lik güven seviyesinde ve *** %1'lik güven seviyesinde istatistiksel önemi belirtir.

B. Popüler Olmayan Bir ABD Anayasası mı?

Amerikalılar farklı olabilir. Araştırmanın cevapları, Birleşik Devletlerdeki ve diğer ülkelerdeki katılımcılar arasında çarpıcı farklılığı ortaya koymaktadır. Yabancı meslektaşlarının aksine, Amerikalılar kişisel değerlerinin tümünü, özellikle de doğası gereği olumlu veya sosyo-ekonomik olanları anayasallaştırmak istemiyorlar. Anayasal sahada Amerikan istisnası için çok şey söylenirken[151], araştırma sonuçları şimdilik ABD Anayasa Hukukunun en istisnai özelliklerinden birinin yani Federal ABD Anayasasının belirgin liberteryen karakterinin[152] kamuoyu tarafından desteklendiğini ileri sürmektedir[153].

Amerikalı katılımcılar ve diğer ülke katılımcıları arasındaki bu karşıtlık, Tablo 10'da belirtilen gerileme sonuçlarından görüldüğü üzere aşikardır. Özellikle diğer ülke katılımcıları ile karşılaştırıldığında, -yaş, cinsiyet, ideoloji gibi özelliklerin ve katılımcıların her bir hakka ne kadar değer verdiğini

---

151 *Genel olarak bakınız* AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS, supra note 65 (Birleşik Devletler'in diğer şeyler arasında ifade hürriyeti, ölüm cezası ve sosyoekonomik haklar konusunda nasıl aykırı olduğunu ele almaktadır.)

152 *Bakınız* HARTZ, *supra* note 79, 6'da (Birleşik Devletlerin belirgin liberteryen anayasal geleneğini açıklamaktadır. EMILY ZACKIN, LOOKING FOR RIGHTS IN ALL THE WRONG PLACES: WHY STATE CONSTITUTIONS CONTAIN AMERICA'S POSITIVE RIGHTS 12 (2013) (Amerikan anayasal geleneğine ilişkin sözleşmeye dayanan sağduyunun, "koruyucu ve denkleştirici politikalar, anayasal ödevlerin değil çoğunlukçu tercihin soruları" olduğunu belirtir.); Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment, içinde* AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 46 (ed. Michael Ignatieff , 2005) ("Amerika'da hükümete duyulan güvensizlik, anayasal haklara ilişkin güçlü bir liberteryen katkı sağlamaktadır. Birleşik Devletler'in Anayasası güçlü bir negatif anayasadır ve anayasayı, büyük ölçüde itibar edilmeyen sosyal haklar, topluluk hakları veya pozitif vatandaşlık yükümlülüklerinin aracı olarak görmektedir."); Dieter Grimm, *The Protective Function of the State*, içinde EUROPEAN AND U.S. CONSTITUTIONALISM, supra note 77, 119'da. (negatif özgürlükler, ABD anayasal geleneğini tanımlamaktadır ve bunu, Amerika'da feodalizm olmamasına dayandırıldığı belirtmektedir.)

153 Cf. Mila Versteeg & Emily Zackin, American Constitutional Exceptionalism Revisited (2014) (basılmamış hali) (kopyası mevcut) (birçok ABD eyaleti anayasasının ampirik olarak sosyoekonomik hakları kapsadığını belirtmektedir.)

kontrol ederek- Amerikalıların sistemli olarak aile, dinlenme hakkı, sağlıklı çevre hakkı, evliliğin korunması, doğmamış bebeğin hakları, çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve anneliğin korunması için anayasal koruma talep etmesi daha az muhtemeldir.

Tespitler, Amerikalıların tüm değerlerini anayasallaştırmak istemediği ihtimalini ortaya koymaktadır ve bu makalede Bölüm V.A.'da belirtildiği üzere popülist anayasa derecesini ABD Anayasası için tekrar değerlendirmeye açmaktadır. Her bir hakkın kişisel inançlarla uyumundan ziyade Amerikalıların gerçekte hangi hakları anayasalarında istediği dikkate alınırsa özellikle ABD Anayasasının gerçek popülaritesinin daha güçlü kavranması sağlanabilecektir. Başka bir anlatımla, Amerikalıların kişisel değerlerinden ziyade *anayasal* değerlerini dikkate almak zorunda kalacağız. Böylesi bir analizi kolaylaştırmak için Tablo 11'de belirtildiği üzere her bir hak analize dâhil edilmiştir, (1) Hakka önem veren Amerikalıların yüzdesi (2) Hakkın anayasada düzenlenmesini isteyen Amerikalıların yüzdesi. Dünya Değerler Araştırması sayıları karşılaştırma için listelenirken; bu sayılar, yazar tarafından yönetilen Mechanical Turk araştırmasına dayanmaktadır[154].

---

[154] Genel olarak, Mechenical Turk araştırmasından çıkarılan sonuç, Dünya Değerler Araştırması'ndan elde edilen sonuçlara hemen hemen benzemektedir. Tamamen tesadüf bir örnekle, 522 Amerikalı katılımcının katıldığı araştırmanın yanlışlık marjı %4.3 olacaktır. *Bakınız* Sample Size Calculator, SURV. SYS., http://www.surveysystem.com/sscalc.htm. Görüldüğü üzere, birçok hak için Mechanical Turk Araştırması ve DDA araştırma verileri arasındaki fark, hata marjine düşmektedir ancak diğerleri için böyle değildir. Farklılığa ilişkin olası bir neden, ABD'de, DDA'nın son aşamasındaki verilerin toplanmasının 2006 yılında gerçekleşmesi ve değerlerin, bu tarihten itibaren değişmiş olabilmesidir. Bir diğer neden, Mechenical Turk çalışanlarının tamamen tesadüfi olmamasıdır; işte bu yüzden ideoloji, yaş, cinsiyet gibi atıflara ilişkin gerileme analizi kontrol etmektedir. Bu etkilerin nasıl aynı anda işte olabileceğini göstermek için eşcinsel haklarına ilişkin veriyi esas alalım ki burada DDA bulguları ile benim araştırmam arasındaki bulguların en fazla olduğu görülmektedir. Dünya Değerler Araştırması'na göre, Amerikalıların %70'i eşcinselliğin kabul edilemez olduğunu düşünmektedir. Mechanical Turk araştırmasına göre ise sadece %27 eşcinselliği kabul edileme bulmaktadır. Bu fark, örnek seçimi önyargısını yansıtmaktadır çünkü daha genç Mechenical Turk çalışanları eşcinsel hakları daha çok desteklemektedir. Ayrıca bu farklı sonuçların, Amerika'da eşcinsel haklar konusunda hızlı bir şekilde değişen değerlerden de kaynaklanmaktadır. *Bakınız* David A. Fahrenthold & Jon Cohen, *Record Support for Gay Marriage*, WASH. POST, 19 Mart, 2013, A1'de. (2004'de Amerikalıların %41'inin eşcinsel evlilikleri desteklediğini, 2006'da %36'sının eşcinsel evlilikleri desteklediği, 2013'de %58'nin eşcinsel evlilikleri desteklediği belirtilmektedir.) Aslında benim araştırmamdaki %73 olarak ölçülen destek, 2006'da hem Washington Post'un araştırmasındaki %58'den hem de Dünya Değerler Araştırması tarafından ölçülen %30 destekten daha büyüktür.

Tablo, Amerikalıların haklarını anayasalarında yer almasını istemeleri ile hangi dereceye kadar kavramsal bakımdan haklara değer verdikleri arasındaki tutarsızlığı ortaya koymaktadır. Örneğin Amerikalı katılımcıların %87 ile %90 arası, boş zamana önem vermekte ve çalışma konusunda Amerikalıların sadece %35'i, Anayasada dinlenme veya boş zaman hakkının olmasını istemekte ve %57'si çalışma konusunda bir anayasal hak talep etmektedir[155]. Amerikalıların kişisel değerlerinden (kavramsal olarak bir hakka değer veren veya vermeyen yüzdesi yerine her bir hakkın Anayasada düzenlenmesini isteyen veya istemeyen kişilerin yüzdesi) anayasal değerleri temel alınarak ABD popülizmi tekrar hesaplanırken ABD Anayasasında korunan haklar için ortalama destek bir şekilde yükselmektedir: Amerikalıların %48'i istedikleri hakkı elde etmektedir.

Her ne kadar Amerikalılar, Anayasadan bazı hakların ihmal edilmesi hususunda uzlaşsa da diğerlerinin ihmal edilmesinde uzlaşamamaktadır. Özellikle araştırma, ABD Anayasası metninde yer almayan bazı haklar için halk desteğinin yüksek olduğunu ortaya koymaktadır[156]. Açıkça katılımcıların %88'i iş yaşamında cinsiyet eşitliğinin korunmasını istemekte; %77'si eşcinsel hakların korunmasını istemekte; katılımcıların %70'i anayasada grev hakkını istemektedir ve %62 sağlıklı çevre hakkında bir anayasal hak istemektedir. Bu şekildeki eksiklikler, ABD Anayasasının popülaritesini azaltmaktadır ve analizde yer alan ortalama hükmün çoğunluğa ulaşmamasına yol açmaktadır.

Birleşik Devletler ve diğer ülkeler arasındaki bir diğer farklılık, birçok hakkın ABD anayasa hukuku ışığında korunması ve açık olmayan bir şekilde Anayasada korunmuş olması ancak hukuki yorumlarla yaratılmış olmasıdır. ABD Anayasası nispeten birkaç değişiklik görmüştür ancak hemen hemen hergün yargı yorumlarıyla güncellenmektedir[157]. Kadim ABD Anayasasına kıyasla diğer devletlerin anayasaları oldukça detaylı ve daha yeni olma eğilimindedir[158] ki böylece kendi anayasalarını güncellemelerinde ülkelere

---

155 Amerikalıların %90'ı, boş zamana değer vermektedir, %36 boş zaman hakkının Anayasada düzenlenmesini istemektedir. Amerikalıların %82'si çalışmaya değer atfederken, %59'u çalışma hakkının Anayasada düzenlemesini istemektedir.

156 *See* Tablo 10.

157 *Bakınız* ELKINS ET AL., *supra* note 13, 129'da (dünya anayasalarının medyan yaşam süresinin 19 yıl olduğunu belirtmiştir.)

158 *See* Versteeg & Zackin, *supra* note 153 (ampirik olarak ABD Anayasası, global standartlara nazaran alışılmadık şekilde kısa ve istikrarlıdır.)

daha az zaman ve takdir hakkı bırakmaktadır. Sonuç olarak Birleşik Devletlere nazaran birçok ülkenin anayasal belgesi kendi sistemlerinden daha önemlidir. Aslında yazılı "büyük-A" anayasası ve anayasa hukukunun büyük bir kısmı arasında boşluk -veya devletin "küçük-a" anayasası- diğer ülkelere nazaran Birleşik Devletlerde daha fazladır[159].

Analizde yer alan üç hak, açıkça Anayasada düzenlenmese de Yüksek Mahkeme tarafından tartışmalı bir şekilde kabul edilmiştir. Bu haklar evlenme hakkı, çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği ve son olarak eşcinsel haklarıdır[160]. Bu davalarda, Yüksek Mahkeme kamuoyuyla daha uyum içinde Anayasayı güncellemiştir. Hatta bazı yorumculara göre, anayasal yorum hiçbir zaman kamuoyundan bağışık değildir[161]. Profesör Leider, örneğin Yüksek Mahkeme'nin İkinci Değişiklik hakkındaki içtihadının her zaman evrilen bir kamuoyu tarafından izlendiğini ve bunun "silahlar konusunda daha güçlü sınırlamaların olmasını isteyenler ile bunun bir hak olduğuna inananlar şeklinde ayrılan nüfusun uzlaştırılması" için Mahkeme'ye ilişkin isteği de yansıttığını ortaya koymuştur[162]. Yakın zamanda Defense of Marriage Act'in Üst Mahkeme tarafından bozulması, benzer isteği yansıtmaktadır. Mechanical Turk araştırması tam da Yüksek Mahkeme'nin *United States v. Windsor*[163] kararından önce yapılmıştır ve bu araştırmaya göre Amerikalıların %78'i, cinsel yönelime bakılmaksızın eşitliğin anayasal korumasını desteklemektedir[164]. Görüldüğü üzere, davaya karar verirken Yüksek Mahkeme Anayasayı kamuoyuyla daha ileri bir çizgiye taşımıştır.

Aslında anayasa hukukunun geniş bir alanında korunan bu haklar dikkate alındığında, ABD Anayasasının popülarite skoru %48 ile %60 arasında değişmektedir. Başka bir deyişle anayasal metin ile yargı kararları arasında ABD Anayasa Hukuku, Amerikalıların %60'nın istediği hakları

---

159 *Id.* at 25 (Var olan dört kısa demokratik anayasa arasında dünyadaki en eski ulusal anayasanın, ABD Anayasası olduğunu belirtmektedir ve bunun, anayasa yapan otoritenin yargıya olağandışı görevlendirmesini zorunlu kıldığı gözlemlenmektedir.)

160 Analizimde yer alan on iki hakkın her birinin anayasa hukukunda korunup korunmadığını belirlemek için ABD anayasa hukukunda var olan 112 hakkı kodlayan Kevin L. Cope'un nicel kodlamasına dayanıyorum. *Bakınız* Kevin L. Cope, The Global Relevance of U.S. Constitutional Law (2012) (basılmamış hali) (kopyası mevcut) (Yüksek Mahkeme'nin evliliğin korunması ve hükümet tarafından iş hayatında cinsiyet ayrımının yasaklanmasını tanıdığı kararları ele alınmaktadır.)

161 *Bakınız supra* note 30.

162 Leider, *supra* note 30, 3'te.

163 133 S. Ct. 2675 (2013).

164 *Bakınız supra* note 154 (araştırmamdaki potansiyel seçim önyargısı ele alınmaktadır.)

vermektedir. Böylece Amerikalıların hem kendine özgü anayasal değerleri hem de Yüksek Mahkemenin yorumları dikkate alındığında, ABD Anayasal sistemi ilk bakışta görünürden daha fazla kamuoyuna yakındır.

Tablo 11: Amerikalı Katılımcılar İçin Kişisel ve Anayasal Değerler

	Hakkın Dâhilse **Bir Hak ile Uyumlu Kişisel Değerler** **Hakka değer veren katılımcıların yüzdesi**	**Bir Hak ile Uyumlu Anayasal Değerler** **Hakka değer veren ve bu hakkın Anayasada düzenlenmesini isteyen yüzde**
Dilekçe Hakkı	Hükümete dilekçe vermeye istekli olanlar: %94 (%95 DDA)	Anayasalarında dilekçe hakkının olmasını isteyenler: %83
Toplantı Hakkı	Yasal bir toplantıda yer almak isteyenler: %83 (%69 DDA)	Anayasalarında toplantı hakkını isteyenler: %92
	Hak Dâhil Değilse	
	Hak, kişisel değerlerle uyumlu *değildir*	Hak, anayasal değerler ile uyumlu *değildir*
Ailenin Korunması	Geleneksel aile değerlerine sahip *olmayanlar:* %52 (%36 DDA)	Anayasada aile hayatının korunması hakkını istemeyenler: %33
Dinlenme Hakkı	Boş zamanın çok önemli *olmadığını* düşünenler: %10 (%11 DDA)	Anayasada dinlenme hakkını *istemeyenler*: %65
Çalışma Hakkı	Çalışmanın çok önemli *olmadığını* düşünenler: %17 (%20 DDA)	Anayasada çalışma hakkını *istemeyenler:* %43
Çevre Hakkı	Çevreye değer *vermeyenler*: %39 (%49 DDA)	Anayasada sağlıklı çevre hakkını *istemeyenler*: %38
Evlenme Hakkı	Evliliğin modası geçmiş bir kurum olduğunu düşünenler: %30 (%56 DDA)	Anayasada evlenme hakkını *istemeyenler*: %45
Grev Hakkı	Yasal bir greve katılmak *istemeyenler*: %33 (%56 DDA)	Anayasada grev hakkını *istemeyenler*: %30
Eşcinsel Hakları	Eşcinselliğin kabul edilebilir olduğunu *düşünmeyenler*: %27 (%70 DDA)	Anayasada eşcinsel hakları *istemeyenler*: %23

Doğmamışın Hakları	Kürtajın kabul edilebilir olduğunu düşünenler: %58 (%31 DDA)	Anayasada doğmamışın haklarını *istemeyenler*: %65
Cinsiyet Eşitliği	İstihdamda cinsiyet eşitliğine değer *vermeyenler*: %5 (%7 DDA)	Anayasada çalışma ilişkilerinde cinsiyet eşitliği hakkını *istemeyenler*: %12
Anneliğin Korunması	Kadının kendini gerçekleştirmesi için çocuk sahibi olmaya ihtiyacı vardır fikrine *inanmayanlar*: 92 (%86 DDA)	Anayasada anneliğin korunmasını istemeyenler: %48
Toplam	Anayasa ile kişisel değerleri uyum içinde olan Amerikalılar: %44 (%45 DDA)	Anayasa ile anayasal değerleri uyum içinde olan Amerikalılar: %48

Not: Birinci sütundaki italik yerler, Anayasada açıkça yer almayan hakları belirtmektedir ancak bu haklar, yine de ABD anayasa hukuku koruması altındadır.

VI. POPÜLER OLMAYAN ANAYASACILIĞIN OLASI SEBEPLERİ

Hem anayasal teoride hem de popüler tasavvurda anayasalar, geniş anlamda popüler fikirlerin ve değerlerin belirgin ifadeleri olarak kabul edilmektedir[165]. Bu maddeden elde edilen bulgular, bu fikri yeniden değerlendirmenin gerekli olabileceğini düşündürmektedir. Her ne kadar tespitler, ihtiyatla değerlendirilse de tüm kanıtlar demokratik ülkelerde ve halk oylamasıyla belgenin kabul edildiği ülkelerde bile anayasaların bilhassa popüler değerlerle bağlantısının olmadığını ortaya koymaktadır. Bu bölüm, dünya çapında pek çok ülkede popüler olmayan anayasacılığın neden öne çıktığı konusunda olası bir açıklama getirmektedir.

Bu kopukluğu anlamak için anayasaların genellikle bir bütün olarak halk tarafından kaleme alınmadığına dikkat etmek gerekir. Çoğu zaman anayasalar, daha çok ulusal ve uluslararası hükümet dışı kurumları şeklindeki özel çıkar gruplarının ve uluslararası kurumların başvurduğu küçük bir uzmanlar grubu tarafından hazırlanmaktadır[166]. Taslak konusunda uzlaşıldıktan sonra demokratik şekilde seçilen birimler tarafından kabul edilir ve/

---

165 *Bakınız supra* notes 13-17 ve ekli metin.

166 *Bakınız supra* notes 147-50 ve ekli metin.

veya bu taslak onaylanması için halka sunulur. Hatta birçok durumda halkın onayı hiçbir şekilde aranmamaktadır[167]. Dolayısıyla anayasaları kaleme alan uzmanlar, bunu sıkça demokratik baskılardan görece bir yalıtım içinde yapmaktadır. Ve bir ulusun en üstün belgesini tasarlarken bu uzmanlar, sadece çoğunluğun duyarlılığını dikkate almamakta ancak halkın kendini ifade etme amacıyla çelişebilecek farklı fikirlere karşı bu duyarlılıkları dengelemektedir.

Gözönüne alınacak olursa anayasayı tasarlayanlar, sadece kendi tercihlerini ve değerlerini düzenlemek istemezler ayrıca daha önemli bir çıkarı düşünürler ki burada popüler fikir ve değerleri ifade etme isteğiyle yarışan iki önemli fikir mevcuttur. Bu yarışan fikirler, işlevselcilik ve evrenselciliktir. Evrenselcilik, çoğunluğun dileklerine bakmaksızın tüm anayasaların özellikle haklarla ilgili belirli evrensel değerlerin koruması gerektiğini kabul eder. Evrenselci fikirler, popüler ifadelere karşı anayasa tasarımcılarını uyarır çünkü popülist anayasalar, potansiyel anlamda evrensel insan hakları normlarını zayıflatmaktadır[168]. İşlevselcilik, popülist anayasalara karşı tavsiyelerde bulunur çünkü bu belgeler, teknik anlamda sağlam olmayabilmektedir: Örneğin bu belgeler, sıklıkla geniş bir haklar katalogunu düzenlemektedir[169]. Hem işlevselcilik hem de evrenselcilik o halde popüler olmayan anayasacılığın olası nedenleridir.

A. İşlevselcilik

Gerçek dünyadaki anayasa yapımcıları için, anayasalar sadece popüler değerlerin ifade edildiği forumlar değildir; ayrıca anayasalar, ulusun tasarlanması ve stratejik şekilde belirli amaçlara ulaşma fırsatını temsil etmektedir[170]. İşlevselci perspektiften anayasalar, daha az "ulus ruhu", daha çok ülkenin işletim sistemidir[171]. İyi performans göstermek için, hem bir ülke

---

167 *Bakınız supra* Bölüm II.B (halk katılımına yönelik son zamanlardaki eğilimi ele almaktadır ve yürürlükte olan mevcut anayasaların %34'nün onaylanması için halk referandumu zorunludur.)

168 *Bakınız* infra Bölüm VI.B.

169 *Bakınız* infra Bölüm VI.A.

170 *Bakınız* e.g., Tushnet, *supra* note 34, 68, 72'de (işlevselci yaklaşım, en iyi anayasal sonuçları tanımlamayı isteyen siyaset bilimcileri tarafından desteklendiğini ileri sürmektedir.) Genel olarak bakınız ROBERT D. COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION (2000).

171 E.g., Kreimer, *supra* note 13, 641-44'te (anayasaların "ulusun ruhu" olduğu nosyonu ile anayasaların ulusların işletim sistemi olarak hizmet ettiği fikri karşılaştırılmaktadır.)

hem de bir bilgisayar teknik olarak üstün bir işletim sistemine ihtiyaç duyar. Anayasalar ideal anlamda daha çok Window 8'e ya da Apple'ın Mountain Lion'ına benzemektedir ve anayasa yapımcıları, en iyi anayasal çözümleri bulmak için teknik uzmanlığa sahip mühendislerdir[172]. Anayasa tasarımı ile anayasalar, ekonomik refah[173], haklar ve özgürlükler için kalıcı saygı[174], istikrarlı demokrasi[175] ve bölünmüş toplumlarda çatışmaların azaltılması[176] gibi istenilen amaçları yerine getirebilir.

İşlevsel anayasal tasarım mantığı altında, anayasalcılık, iyi işleyen bir hükümete ulaşmak için tasarımcılar tarafından uyulması gereken bir dizi temel anayasa ilkesini ima eder. Böylesi prensipler standartlaşmaya yakındır ve genellikle bir bağlama dayanmamaktadır[177]. Profesör Tom Ginsburg'un belirttiği üzere, anayasa yapımı genellikle anayasa tasarımı için kolay erişilebilir ve teknik olarak sağlam çözümler sunan "standart metin"le başlamaktadır[178]. Anayasa yapıcılar bir metne baştan başlamak yerine uygun standart metinlerden faydalanır. Bilgisayar karşılaştırmasına dönecek olursak, eğer Windows 8 veya Apple's Mountain Lion zaten kullanılıyorsa kurgusal yeni bir işletim sistemi tasarlamak abes olabilecektir.

---

172 Anayasal tasarımın bilimi hakkında bakınız DONALD S. LUTZ, PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL DESIGN (2006); Ran Hirschl, The *"Design Sciences" and Constitutional "Success,"* 87 TEX. L. REV 1339 (2009).

173 Anayasaların ekonomik refahı geliştirdiğine ilişkin görüş için örneğin *bakınız supra* note 170; TORSTEN PERSSON & GUIDO TABELLINI, THE ECONOMIC EFFECTS OF CONSTITUTIONS (2003).

174 Haklar bildirgesinin özgürlüğü geliştirdiğine ilişkin görüş için örneğin *bakınız* PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH BILLS OF RIGHTS: COMPARATIVE PERSPECTIVES (ed.Philip Alston., 1999).

175 Anayasaların demokrasiyi tasarlayabileceğine ilişkin görüş için örneğin *bakınız* CASS R. SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO (2001)

176 Anayasaların bölünmüş toplumlarda uyuşmazlıkları giderebileceği hakkında örneğin *bakınız* CONSTITUTIONAL DESIGN FOR DIVIDED SOCIETY: INTEGRATION OR ACCOMMODATION? (Sujit Choudhrey ed., 2008); Donald L. Horowitz, *Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States*, 49 WM. & MARY L. REV. 1213 (2008); Arend Lijphart, *Constitutional Design for Divided Societies*, 15 J. DEMOCRACY 96 (2004).

177 *Bakınız* Peter C. Ordeshook, *Are 'Western' Constitutions Relevant to Anything Other than the Countries They Serve?*, 13 CONST. POL. ECON. 3, 3 (2002) ("Demokratik prensipler büyük ölçüde keşfedilmemiş şekilde kalsa bile demokratik anayasal tasarımın evrensel ilkeleri mutlaka olacaktır.")

178 Tom Ginsburg, *Constitutions as Contract, Constitutions as Charters*, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 182, 196'da (basmakalıp anayasal hükümleri açıklamaktadır.)

İşlevselciliğin, anayasa yapımında ortak bir duyarlılık olduğu görülmektedir[179]. ABD Anayasası örneğin başka yerlerdeki politika bilimi ve anayasal deneyimlerinden elde edilen mevcut görüşleri kapsamlı bir şekilde inceleyen tasarımcılar tarafından dikkatle tasarlandı. Aynı ruhta, 1922 İrlanda Özgür Devlet Anayasasını tasarlayanlar, İrlanda toplumunun en iyi "mühendisliğinin" nasıl yapılacağına dair yeni bilgiler elde etmek için, birçok yabancı anayasasının dikkatle incelendiği "gayretli bir çalışma" yapmıştır[180]. Yakın zamanda, 2011 Güney Sudan Anayasası, bu anayasayı tasarlayanların ileri sürdükleri tercihler doğrultusunda tavsiyede bulunan yabancı danışmanlardan oluşan bir çekirdek kadro himayesinde yazılmıştır[181]. Bu bağlamda, işlevsel anayasal tasarım, her millete en uygun anayasal çözümleri öneren bir bilim dalı gibidir[182]. Anayasal tasarım için bu türden işlevselci tariflerin, kamuoyundan kopması muhtemeldir.

B. Evrenselcilik

Gerçek dünyadaki anayasa yapımcıları, demokratik anayasal teorinin işlevlerini, işlevsel değerlendirmelere karşı değil, aynı zamanda evrenselciliğe karşı da dengelemezler. Evrenselcilik, bazı değerlerin çok önemli olduğuna ve bu nedenle her yerde anayasalarda, düzenlenmesi gerektiğine

---

179 Benedikt Goderis & Mila Versteeg, *Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework*, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 103'te (Dünyada 19. yüzyıl, Latin Amerika'dan sömürge sonrası Afrika'ya, İzlanda'ya ve Güney Sudan'a geniş çapta anayasa yapımının aktarılması olarak belirtmektedir.)

180 Paul Brady, *Social, Political and Philosophical Foundations of the Irish Constitutional Order*, in THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, *supra* note 24, 269, 274'te

181 *Bakınız* Cope, *supra* note 34, 304'te (2011 Güney Sudan Geçiş Dönemi Anayasası'nın yapımında Ulusal Demokratik Enstitüsü, Max Planck Enstitüsü'nden, Amerikalı hukuk şirketi Latham & Watkins'a kadar uzanan yabancı uzmanların çekirdek kadrosunu ele almaktadır.)

182 *Bakınız* e.g., JACKSON, *supra* note 13, 265'te (anayasa yapımının "(eğer yönetilmiyorsa) uluslararası aktörler (devlet ve sivil toplum kuruluşu) ile müzakerelerini, anayasal tasarım (seçim sistemleri dâhil), anayasal haklar, ve anayasal icra mekanizmalarını" içerdiğini belirtmektedir.) Jed Rubenfeld, Commentary, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. REV. 1971, 1992–93 (2004) (yaygın "uluslararası anayasalar"ın öncelikle yabancı danışmanlar tarafından düzenlendiğini açıklamaktadır.)

ilişkin inançtır[183]. Evrenselci bakış açısına göre, tüm anayasalar kamuoyuna bakılmaksızın belirli evrensel normları içermek zorundadır[184].

Sosyolojik araştırmanın büyük bir kısmı, uluslararası toplumun gitgide standart devlet modelleriyle tanımlandığını göstermektedir[185]. Özellikle insan hakları alanında, uluslararası anlamda tanımlanan insan hakları paradigması mevcuttur ki bu paradigma, devletlere karşı uluslararası toplumu açık ve resmi standartlarla donanımlı hale getirmektedir[186]. Kendilerini uluslararası toplumun üyesi olarak gören devletler, uluslararası meşruiyeti kazanmak için bu standartlara uyacaktır.

Bu uluslararası paradigma, en belirgin şekilde Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmelerinde göze çarpmaktadır. Bir normatif mesele olarak, uluslararası insan hakları rejiminin temeli, nerede doğmuş olursanız olun, birçok hakkın evrensel olmasıdır[187]. İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana, artan sayıda hak uluslararası hukuk tarafından korunmaktadır[188]. Bu antlaşmalar, devletlerin çoğunluğu tarafından büyük ölçüde onaylanmıştır ve hukuki olarak bağlayıcı hale gelmiştir. Bu hakların büyük çoğunluğu, teamüli uluslararası hukuk statüsünü kazanarak, bu antlaşmaları onaylamayan devletler

---

183 Tushnet, *supra* note 34, 67, 69'da (normatif evrenselciliği, benzer evrensel değerlerin her yerde uygulanması olarak ifade etmektedir.)

184 *Id*. 69'da ("Normatif evrenselcilik, öncelikle karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışanlar ile uluslararası insan hakları çalışanlar arasındaki diyalogdan doğmaktadır.")

185 *Bakınız* John W. Meyer, John Boli, George M. Thomas & Francisco O. Ramirez, *World Society and the Nation-State*, 103 AM. J. SOC. 144, 144-45 (1997) ("Çağdaş ulus-devletin birçok özelliği, küresel kültür ve basın kuruluşları yoluyla yayılmış ve inşa edilmiş dünya çapında modellerden kaynaklanmaktadır.")

186 David S. Law & Mila Versteeg, *Constitutional Variation Among Strains of Authoritarianism*, içinde CONSTITUTIONS IN AUTHORITARIAN REGIMES 165, 170 (ed. Tom Ginsburg & Alberto Simpser, 2014).

187 E.g., LOUIS HENKIN, THE AGE OF RIGHTS 2 (1990) ("İnsan hakları evrenseldir; her toplumda tüm halka aittir. Bu haklar, coğrafyaya veya tarihe; kültür veya ideolojiye, politik veya ekonomik sisteme ya da toplumsal gelişme düzeyine göre değişiklik göstermemektedir.")

188 *Bakınız* e.g., TODD LANDMAN, PROTECTING HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY 4 (2005) ("Hatta 1948'de en optimistik gözlemciler, bu dönemi izleyen büyümenin ve insan hakları doktrininin ve söylevinin etkisini düşünemediler…" (atıf belirtilmemiştir.); BETH A. SIMMONS, MOBILIZING FOR HUMAN RIGHTS: INTERNATIONAL LAW IN DOMESTIC POLITICS 36 (2009) ("Uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin en çarpıcı gerçek, II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinin öncesinde eksikliğinin neredeyse tamamlanmış olmasıdır.")

bakımından bile yasal olarak bağlayıcı hale gelmiştir[189]. İnsan hakları antlaşmaları, yasal statülerine ek olarak, uluslar arasında küresel bir fikir birliğini temsil ettikleri için güçlü normatif etkiye sahiptir. Uluslararası insan hakları antlaşmaları, tasarım gereği, insan hakları konusunda küresel bir fikir birliği yaratmayı ve geliştirmeyi ister[190]. Uluslararası topluma iyi niyetlerini belirtmek isteyen ve bu topluluğun parçası olmayı bilinçli olarak amaçlayan devletler, bu nedenle uluslararası insan hakları antlaşmalarında yer alan standartlaşmış anayasal modellere uyma eğilimindedir[191].

Farklı mantıklara dayanırken işlevselcilik ve evrenselcilik, ulusları birbirinden ayırmaya hizmet eden farklı ulusal değerlere ilişkin net ifadeler yerine standartlaştırılmış belgeler üretmektedir[192]. Pratikte, bu yöntemler sıklıkla harmanlanmaktadır; anayasa tasarımcılarına, sınırlı sayıda standart model sunuyorlar ve tasarımcıların takdirlerini bu modellerden sapacak herhangi bir popüler değeri ifade edecek şekilde sınırlandırıyorlar[193].

C. Anayasal Tasarıma İlişkin Çelişki

İşlevselcilik ve evrenselcilik zaman zaman halkın kendini ifade etme idealiyle çelişebilmektedir. İlk bakışta, benzer yöntemle ulusal değerlerin

---

189 RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 702 (1987) ("Bir devlet eğer devlet politikaları nedeniyle uluslararası hukuku şu durumlarda uygulamalarıyla ihlal ederse, buna cesaretlendirirse ya da göz ardı ederse; (a) soykırım (b) kölelik, köle ticareti (c) öldürme veya kişilerin kaybına yol açma (d) işkence veya diğer acımasız, insanlık dışı, küçük düşürücü muamele veya cezalandırma (e) uzun süreli keyfi, gözaltı (f) sistematik, ırkçı ayrımcılık veya (g) uluslararası hukuk tarafından kabul edilmiş insan haklarının tutarlı bir şekilde kesintisiz ihlali")

190 Christof Heyns & Frans Viljoen, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Leve*l, 23 HUM. RTS. Q. 483, 488 (2001) ("Antlaşma sistemi, insan hakları normları hakkında geniş anlamda uluslararası uzlaşıyı belirtmektedir.")

191 *Bakınız*, e.g., GRAHAM HASSALL & CHERYL SAUNDERS, ASIA-PACIFIC CONSTITUTIONAL SYSTEMS 1 (2002) ("Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin…son yüzyılda ortaya konulan diğer hukuk belgelerine nazaran hukuk, anayasacılık, yönetim üzerine kesinlikle daha fazla etkisi olmuştur.")

192 *Bakınız* Tushnet, *supra* note 34, 67, 74'te (hem işlevselcilerin hem de evrenselcilerin evrensel prensipler aradığını belirtmektedir.)

193 Law & Versteeg, *supra* note 80, 1163-64'te (Dünya anayasalarındaki tüm değişkenlerin yüzde doksanının, iki şekilde ele alındığını ortaya koymaktadır: (1) bir ülkenin genel eğilimi, az ya da çok hakkı düzenlemektir ve (2) metnin doğası gereği devletçi veya liberteryen olup olmadığıdır.)

ifade edilmesi, evrensel normların dile getirilmesi, belirli hedeflerin işlevsel tasarımının sağlanabileceği görülmektedir[194]. Örneğin, anayasanın başlangıç hükümleri, ulusun değerlerini ortaya koyabilecektir; haklar bildirgesi standart evrensel haklar paketini düzenleyebilecektir. Anayasanın yapısal bölümüne ilişkin anayasal tasarımın en gelişmiş ilkeleri düzenlenebilir. Ancak ulusal değerlerin, retorik değerlerden fazla olduğu, ulusal değerlerin anayasanın önemli bir bölümüne nüfuz ettiği yerlerde, bir gerilim ortaya çıkabilir. Popüler değerler, hem anayasal tasarıma ilişkin işlevselciliğin yöntemiyle hem de evrenselciliğin, çekirdek birtakım hakların her yerde kabul edilmesi gerektiği fikriyle çatışabilir.

İlkini ortaya koyabilmek için sosyoekonomik haklar örneğini düşünelim. Gelişmekte olan ülkelerde, başka yerlerde olduğu gibi, halk beslenme hakkına, konut hakkına ve yeterli yaşam standartlarına sahip olma hakkına son derece önem vermektedir. Aslında yoksulluğu ve kötü beslenmeyi azaltmak, geleceğe yönelik en önemli amaç olabilir[195]. Ancak hükümetler, bu hakları yerine getirmekte yetersiz olduğunda, tüm anayasanın sadece ilham verici metinler haline gelme riski ortaya çıkacaktır. Eğer hükümetler, örneğin beslenme hakkını sürekli ihlal ederse işkence yasağı için de benzer şeyi yaptığında bu durum, daha az şaşırtıcı olacaktır[196]. Sonuç olarak işlevselcilik taraftarları, sosyoekonomik haklar konusunda popüler ifadelere karşıdırlar.

Belki daha da önemlisi popüler değerlere bağlılık, aşırı derecede ayrıntıyla hazırlanmış belgeler üretebilecektir. Bu belgelerde, istenilen değerler anayasal değerlere dönüştürülecektir. Örneğin 2008 tarihli Ekvator Anayasasında -geniş bir popüler girdiyle yazılmıştır[197].- yerli yapım besleyici bes-

---

194 *Bakınız* e.g., Kreimer, *supra* note 13, 648-50'de (anayasaları, ulusal kimlik olarak kavramsallaştırmak ve bunu, işletim sistemi olan anayasalarla karşılaştırmak); Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L.J. 1225, 1269-74 (1999) (anayasaların "tanımlayıcı" işlevini kavramsallaştırmaktadır ve bunu, anayasalar konusunda daha işlevselci perspektifler ile karşılaştırmaktadır.)

195 *Bakınız*, e.g., Cass Sunstein, Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees, içinde AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS, *supra* note 65, 90'da, 101-02 ("sosyal ve ekonomik hakları kapsayan anayasaların, sahada herhangi bir değişikliğe yol açıp açmadığı" konusundaki belirsizliği ifade etmektedir.)

196 *Bakınız* Law & Versteeg, *supra* note 82, 868'de (Ülke nüfusunun sadece üçte biri okur yazar olsa da Çad Anayasası'nın özgür ve evrensel eğitim hakkını taahhüt ettiğini ve dünyada en düşük hayat beklentisi oranının görülmesine rağmen Afganistan Anayasası'nın evrensel sağlık hakkını garanti ettiğini belirtmektedir.)

197 Stephan Küffner & Joshua Partlow, *Voters in Ecuador Approve Constitution: New Document Would Enhance Presidential Powers, Allow Consecutive Terms*, WASH.

lenme hakkı, annelerin emzirme hakkı, temiz şehir havası hakkı gibi birçok genel hedefi düzenlemektedir[198]. Latin Amerika'da yakın zamandaki sayısız belge, benzer kumaştan yapılmıştır[199]. Bu tür belgelerin popüler olması muhtemeldir, çünkü halk, tipik olarak geniş bir yelpazedeki önemli hedefleri anayasalarına dahi etmekten yanadır[200]. Bir işlevselciye göre bu tür belgeler, amaçların uygulanabilirliğinin yanı sıra yargının demokratik bir toplumdaki uygun rolü bakımından kaygıları arttırmaktadır[201]. O halde, işlevselcilik fazlasıyla geniş anayasal haklar kataloguna karşı ihtiyatlı olmayı önermektedir.

Popüler ifadeler, ayrıca uluslararası insan haklarına zarar verebilecektir. Gelenek ve derinlemesine rağbet gören kültürel değerler adına, her ne kadar uygulama uluslararası hukuk ışığında tanımlanmış kadın eşitliğine ilişkin çekirdek ilkeleri ihlal etse de bazı uluslar, kadın sünnetine izin vermekte-

---

POST, 29 Eylül 2008, A14'te (Halkoylamasında "Ekvatorluların en az yüzde 65'nin anayasa lehine oy kullandığını belirtmiştir.) Carlo Ruiz Giraldo, Social Participation and Prior Consultation Rights in Ecuador: An Unfinished Dream?, CONSTITUTIONNET (28 Ağustos 2013), http://www.constitutionnet.org/news/social -participation-and-prior-consultation-rights-ecuador-unfinished-dream ("Halk katılımı…hem rıza hem de süreç anlamında Ekvator Anayasası'nın önemli bir özelliğidir.")

198 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR m. 13 ("sağlıklı, yeterli ve besleyici yemeğe" güvenli ve sürekli ulaşma hakkını açıklamaktadır ki bu yemek, "tercihen yerel olarak üretilmiş ve kendi farklı kimliklerini ve kültürel gelenekleriyle uyumlu olandır."; *id*. m. 43 (hamile kadınlara ve emziren annelere şu hakları garanti etmektedir: (1) okulda, kamuda ve işte hamileliğe bağlı olarak ayrımcılığa uğramamak (2) ücretsiz ve anneliğe özgü sağlık hizmetleri, (3) hamilelikten doğum sonrasına kadar kadınların bakımı ve öncelikle korunması ve (4) hamilelik sonrası iyileşme ve emzirme dönemi için sağlık olanakları) *id*. m. 276(4) (sürekli ve kaliteli havaya ulaşmayı garanti altına almak için çevre korumasının ve iyileştirmesinin geliştirilmesi konusunda devleti yetkilendirmek.)

199 *Bakınız* King, *supra* note 24, 81'de, 190-201 (Venezuela, Ekvator ve Bolivya Anayasalarının radikal değerler listesini anayasalarında nasıl düzenlediğini ele almaktadır.)

200 *Bakınız* Bölüm IV.B (Daha kapsamlı haklar bildirgesine sahip anayasaların, daha fazla halk desteğine sahip olduğunu ortaya koymaktadır.); ayrıca *bakınız* Ginsburg et al., *supra* note 12, 218'de (Ampirik olarak halk oylaması yoluyla kabul edilen anayasaların "muhtemelen her kategoriden hakka neredeyse sahip olduğu"nu ortaya koymaktadır.); Lansberg-Rodriguez, *supra* note 50 (kapsamlı hak paketi, sıkça halk oylamasında olumlu oy aldığını belirtmektedir.)

201 *Bakınız* , e.g., Cass Sunstein, *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa* 1, 3 (The Law Sch. of the Univ. of Chi., John M. Olin Law & Economics Paper Series No. 124, 2001) (Sosyal ve ekonomik hak eleştirmenlerinin çoğu, bu hakların hukuki gücün ötesinde olmasından endişe duymaktadır ve yargıyı, bürokratik kuruluşların geniş çapta denetimine tabi kılmaktadır.)

dir[202]. Kültür adına, bazı anayasalar bireysel hakların üzerine grup haklarını ilan etmektedir[203] ve geleneksel kurumları geri getirmektedir[204]. Belli dini değerler adına, kadın hakları sınırlandırılmaktadır ve kadının kürtaj hakkı sınırlandırılmaktadır[205]. Benzer şekilde, ekonomik büyüme konusunda halkın isteğini talep ederek, birçok lider sivil özgürlükler üzerinde sosyoekonomik hakları öncelikli kılmaktadır[206]. Daha genel olarak uluslararası insan hakları hukuku ile korunan azınlık hakları, çoğunluğun istekleri ile reddedilebilir.

Popüler değerlerin, evrensel hak normlarıyla nasıl çeliştiğini örneklendirmek için yeni Macaristan Anayasasını değerlendirelim. 2011'de yazılan belgede, Macaristan ulusu için "vatanseverliğin ve ortak inancın kaynağı" olma hedefi açıktı[207]. Belge sadece uzun bir başlangıç bölümüne sahip

---

202 *Bakınız* Genel Tavsiye Kararı No. 14: Female Circumcision, Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, 9. Oturum., 22 Ocak-2 Şubat, 1990, B.M. Belge.A/45/38, 80'de (6 Haziran 1990)

203 *Bakınız* Cobbah, *supra* note 58, 322, 323, 328'de ("Afrika dünya görüşünü", "grup dayanışması ve kolektif sorumluluğu" vurgulama olarak tanımlamaktadır ve Afrika Anayasalarının, "herşey olduğunu ama Afrikalı olduğunu" belirtmektedir.

204 *Bakınız*, e.g., PROCLAMATION BY HIS MAJESTY KING SOBHUZA II [CONSTITUTION] 12 Nisan, 1973 (Swaz.) ("[1968 Bağımsızlık] Anayasası, toplumuzdaki hayat tarzıyla uyuşmayan ve topluma yabancı olan arzu edilmeyen politik uygulamaları, ülkemize gelmesine izin vermiştir. Bu durum, barışçıl toplumumuzda düşmanlık, acı ve kargaşa yaratmaktadır.") 1973 Bildirgesi, parlamentoyu feshetmiştir ve Kral Swazi'nin geleneksel kurumlarını yeniden kurmuştur. *Id.*

205 Kürtaja erişimin, uluslararası insan hakları hukukunda gerekli olabileceğine ilişkin giderek artan bir konsensüs söz konusudur. *Bakınız* Comm. on the Elimination of Discrimination Against Women, General Recommendation No. 26: Women Migrant Workers, ¶ 18, 42. Oturum, 20 Ekim-7 Kasım 2008, U.N. Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R (5 Aralık 2008) ("ayrımcılığın, özellikle hamilelikle ilgili olarak yaygın görülebildiğini" belirtir ve kürtaja ulaşım hizmetinin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Komite (CEDAW) tarafından düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir."

206 *Bakınız*, *supra* note 58, 35'de (büyüme, sivil ve politik hakların yerine getirilmesinde "gerekli bir yapı" olduğunda, "ekonomik büyümenin önkoşulları"nın "düzen ve istikrar"ın olduğunu belirtmektedir.) İnsan hakları konusunda "Asya pozisyonu" hakkında resmi tebliğ için *bakınız* World Conference on Human Rights, 29 Mart, 1993-2 Nisan, 1993, Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights ("Bangkok Declaration"), 10, U.N. Doc. A/CONF.157/ASRM/8-A/CONF.157/PC/59 (7 Nisan, 1993).

207 István Stumpf, Yargıç, Macaristan Anayasa Mahkemesi, The Birth of a New Fundamental Law of Hungary, Keynote Address at the Heritage Foundation (11 Ekim 2012), http://www.heritage.org/research/lecture/2013/05/model-resource-or-outlier-what-effect-has-the-us-constitution-had-on-therecently-adopted-constitutions-of-other-nations.

olmakla kalmamış, daha önceki uzun ve teknik belgelerle karşılaştırıldığında anayasanın esas bölümü kısa tutulmuştur ve okuyucular için erişebilir durumdadır[208]. Önceki belgenin aksine, ana rahmine düştüğü andan itibaren fetüsün hakkını korumakta ve evliliği, karşı cinsler arasında sınırlı tutmaktadır[209]. Hatta demokratik yasama işleminin, yargı tarafından geçersiz kılınmasını sınırlamaktadır[210]. Hem Avrupa Konseyi hem de Birleşik Devletler tarafından, hakların yeterince korunamamasından dolayı geniş çapta kınanırken[211], bu "halkın anayasası", Macaristan halkının çoğunluğu tarafından benimsenen değerlere sahip çıkmaktadır[212].

Benzer şekilde kısa ömürlü 2012 tarihli Mısır Anayasası, Mısırlıların büyük bir çoğunluğunun kabul ettiği İslami değerlere sadakat ve ulusal kimlik retoriği ile doldurulmuştur[213]. Ancak azınlık grupları, -en çok da Kıpti cemaati ve liberal kadın grupları- en başından beri belgenin kendi haklarını yeterince koruyamayacağından endişeliydi[214]. Her ne kadar belge, Mısırlı-

---

208 *Id.* ("Macaristan için kısa…ve daha anlaşılır bir anayasa hazırlamanın temel hedeflerinden biri, ortalama Macaristan vatandaşı için anayasayı daha ulaşılabilir ve anlamlı kılmaktı.")

209 Macaristan Temel Kanunu [Anayasa], m.2 ("Fetüsün yaşam hakkı, ana rahmine düştüğü andan itibaren korunacaktır.") *id.* m. L ("Macaristan evlilik kurumunu, kadın ve erkek birlikteliği olarak korur.)

210 *Bakınız* Hungary*: Constitution Changes Warrant EU Action, HUM. RTS. WATCH*, (12 Mart 2013), http://www.hrw.org/news/2013/03/12/hungary-constitution-changes-warrant-eu-action ("yeni anayasa yürürlüğe girdiğinde ve Anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisini sona erdirdiğinde, sınırlı [sınırlandırılmış] Anayasa Mahkemesi yetkisi 1 Ocak 2012'den önceki kararlarına atıfta bulunmasını engellemiştir.")

211 *Bakınız* Kim Lane Scheppele, Hungary's Constitutional Revolution, N.Y. TIMES (19 Aralık 2011, 10:31), http://krugman.blogs.nytimes.com/2011/12/19/hungarys-constitutional-revolution (yeni anayasaya ilişkin uluslararası eleştirileri ele almaktadır.)

212 *Bakınız* Hanneke van den Akker, Rozemarijn van der Ploeg & Peer Scheepers, Disapproval of Homosexuality: Comparative Research on Individual and National Determinants of Disapproval of Homosexuality içinde 20 European Countries, 25 INT'L J. PUB. OPINION RES. 64, 71-72 (2013) (20 Avrupa ülkesinde yapılan ampirik araştırma, diğer Avrupa ülkelerine göre Macaristan'ın, ulusal ve bireysel düzeyde eşcinselliği onaylamadığını göstermektedir.)

213 *See*, e.g., David D. Kirkpatrick, *Islamists Rush Through Egyptian Constitution and Prepare to Vote on It*, N.Y. TIMES, 30 Kasım 2012, A6'da (yazılmakta olan metindeki tartışIlan hükümleri ele alınmaktadır.)

214 David D. Kirkpatrick, *Thousands of Egyptians Protest Plan for Charter, N.Y. TIMES*, 5 Aralık 2012, A6'da ("Sıradan Tahrir Meydanı protestolarına nazaran daha büyük bir kalabalık ortaya çıktı" ve "farklı bir şekilde sayıca fazla olan kadınlar, özellikle hava

ların büyük bir çoğunluğunun desteğini almış ve referandum yoluyla onaylanmış olsa da insan hakları örgütleri, belgenin insan haklarını korumadaki başarısızlığını şiddetle kınadı[215]. Yeni seçilmiş olan Başkan Mursi'nin ordu tarafından devrildiği gün belgeden vazgeçilmiştir; belgenin dramatik neticesi, çoğunlukçu olan ancak hakları korumada başarısız olan belgelerin tehlikesini göstermektedir[216].

Dışarıdan bir bakış açısıyla normatif olarak ilgi çekici olsa da işlevselcilik ve evrenselcilik kendi farklı problemleriyle birlikte ortaya çıkmaktadır. İşlevselcilik ve evrenselcilik, daha üstün bir yasa yapımının meşruiyeti olmaksızın çoğunluğu sınırladığında demokratik teorinin bakış açısıyla sorun yaşamaktadır[217]. Ancak bu belgelerle ilgili pratik bakımdan daha önemli bir endişe söz konusudur. Belgeler halk desteğinden yoksun kaldığında, uygulamada muhtemelen işlemeyecektir. Afrika'da sömürge sonrası anayasa yapımı tecrübesi bu tehlikeyi ortaya koymaktadır. Britanya'nın Afrika'daki sömürgeleri, bağımsızlıktan sonra, tam olarak benzer haklar bildirgesine sahip olmuştur[218]. Bu standart haklar bildirgeleri belirgin bir şekilde liberteryen karaktere sahipti ve sosyoekonomik hakları ortadan kaldırırken negatif haklara önem vermişti. Bunlar, her bir hüküm hakkında kapsamlı sınırlama şartlarına sahip teknik, hukukçular tarafından yapılmış belgelerdi[219]. Aslında

---

karardıktan sonraki eylemlerdeydi ve az sayıda geleneksel İslami başörtüsü takan vardı." Ayrıca "Mısırlı Hıristiyan azınlık" da oradaydı.

215 *Bakınız* David D. Kirkpatrick & Kareem Fahim, *Egypt Islamists Expect Approval of Constitution, N.Y. TIMES,* 16 Aralık 2012, A1'de ("Mısırlı kimliğiyle ilgili kapsamlı açıklamalarla dolu olan ancak hakların korunması noktasında yasal boşluklarla delik deşik edilen bildirgeyi, birçok uluslararası uzman kaçırılmış bir fırsat olarak eksik bulmaktadır."); Egypt's New Constitution Mixed on Support for Rights, HUM. RTS. WATCH (Nov.30, 2012), http://www.hrw.org/news/2012/11/29/egypt-new-constitution-mixedsupport-rights; (taslak anayasanın haklar ve özgürlükler bölümünde yer alan problemli maddelerin gözden geçirilmesini sağlamaktadır.)

216 Daniel Lansberg-Rodriquez, *An Obituary for the Egyptian Constitution,* 26 Aralık 2012–3 Temmuz 2013, FOREIGN POL'Y, (3 Temmuz 2013, 20:11), http://transitions.foreignpolicy.com/posts/2013/07/03/an_obituary_for_the_egyptian_constitution_dec_26_2012_july_3_2013.

217 *Bakınız supra* notes 26-29 ve ekli metin.

218 *Bakınız* CHARLES PARKINSON, BILLS OF RIGHTS AND DECOLONIZATION 1-19 (2007) (Bunun, Britanya politikasını, nasıl bağımsızlık görüşmelerinin bir parçası olarak haklar bildirgesine gerekli kıldığını ele almaktadır.)

219 *Bakınız id.* 250-53'te (Önceki Britanya sömürgelerinin haklar bildirgelerinin, detaylı sınırlama hükümleri yoluyla belirtildiği üzere "özenle düzenlenmiş" olduğunu ileri sürmektedir.)

tüm bu hak bildirgeleri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler İlişkin Avrupa Sözleşmesi sonrasında tasarlanmıştır[220]. Birçok durumda, yeni kurulmuş Afrika devletlerinin en önemli konularıyla ilgilenmekte başarısız kalmışlardır: Derin etnik gerilimler ve kalıcı yoksulluk. liberteryen ilkeler, hiçbir zaman pratikte işlerlik kazanmamıştır[221].

Sömürge sonrası tecrübenin, karşılaştırmalı hukukta köklü bir gerçeklikle ilgisi vardır bu da nakledilen kanunların (başka bir deyişle bir devletten diğerine ithal edilen kanunlar) kağıt üzerinde ne kadar makbul olduğuna bakılmaksızın genellikle ölü belgeler olarak kalmasıdır[222]. Nakledilen kanunlar, görüldüğü üzere "nakil olma etkisi"nden çok zarara uğramıştır ki bu durum onları etkisiz hale getirmektedir çünkü yerel görüşlerle, geleneklerle ve pratiklerle ilgileri yoktur[223]. Anayasal tasarımda işlevselcilik ve evrenselcilik potansiyel olarak böylesi nakil etkiye katkı sağlamaktadır veya kağıt

---

220 *Bakınız* A.W. BRIAN SIMPSON, HUMAN RIGHTS AND THE END OF EMPIRE: BRITAIN AND THE GENESIS OF THE EUROPEAN CONVENTION 844-73 (2004) (sömürge sonrası hak bildirgeleri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Hakkında Avrupa Sözleşmesi örnek alınarak yapılmıştır.)

221 Bakınız e.g., Charles O.H. Parkinson, The Social and Political Foundations of the Nigerian Constitution, içinde THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS, supra note 24, 532, 533'te (Nijerya bağımsızlık anayasasının başarısız olduğunu çünkü anayasanın "Nijerya toplumunda temel sosyal ve politik ayrımları uzlaştırmada yetersiz kaldığını" belirtir); Ruth Gordon, Growing Constitutions, 1 U. PA. J. CONST. L. 528, 531 (1999) (Sahraaltı Afrika'da sömürge sonrası anayasaların büyük çoğunluğu, ilgisizliğe ve bozguna yenik düşmüştür." çünkü "yer aldıkları toplumun kültürel alışkanlıklarına güçlü şekilde bağlı değildi.")

222 Pierre Legrand, The Impossibility of 'Legal Transplants', 4 MAASTRICHT J. INT'L COMP. L. 111, 118–20 (1997) ("bir yargılama erkinden diğerinin yerine gelecek şeyin, gerçek anlamda anlamsız sözler" olacağını ileri sürer" ve "ödünç alınan yargı erkinde hiçbir kuralın olmaması, kendisinden borç alınan yargı erkindeki kurala nazaran herhangi bir anlamı vardır." (orijinal vurgu) cf. ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW 1-24 (1st ed. 1974) (1.ed.1974) (Hukuk aktarımının, hukuki değişimin temel motoru olduğunu ileri sürer.)

223 *Karşılaştırınız* Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean-Francois Richard, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, 47 EUR. ECON. REV. 165, 165 (2003) (hukukun aktarılmasının olumsuz etkilerini ele alır ve bunu, "aktarma etkisi" olarak nitelendirir") ile Daron Acemoglu, Davide Cantoni, Simon Johnson & James A. Robinson, *The Consequences of Radical Reform: The French Revolution*, 101 AM. ECON. REV. 3286, 3304 (2011) ("Büyük patlama" kurumsal reformu, ekonomik büyümeye yol açabilecektir.)

üzerinde daha çok beğenilen ancak pratikte işlev kazanmada başarısız olan metinler üretmektedir[224].

Sonuç olarak, halkın kendisini ifade etmesinin önemli anayasa tercihleri etkilediği durumlarda, gerçek gerilimler şekillenebilir. Popüler değerleri ifade eden bir anayasa, anayasal işlevselliğin ve evrenselciliğin temellerini zayıflatabilir; tıpkı evrensel ya da işlevsel bir anayasanın, halkın kendini ifade etmesini baltalayabileceği gibi. Gerçek dünyanın anayasa tasarımcıları için bir yandan popüler değerlerin birbiriyle yarışan mantıkları diğer yandan işlevselcilik ve evrenselcilik, anayasaların asıl mahiyetine kadar giden gerçek bir çelişki oluşturmaktadır. Bu makaleden elde edilen bulgular, bu çelişkiyle karşılaşıldığı zaman, gerçek dünyanın birçok anayasa yapıcısının, halkın kendini ifade etmesinden çok işlevselciliği ve evrenselciliği desteklediğini ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Bu makale, halkın değerleri ile sahip oldukları anayasaları arasındaki ilişkinin ilk kapsamlı ampirik araştırmasını sunmaktadır. Anayasal tercihler ve popüler değerler arasında sadece zayıf bir ilişkinin olduğuna ilişkin temel tespit, birçok okuyucuya şaşırtıcı gelebilir. Karşılaştırmalı perspektifte, belirli haklara ilişkin değerlere önem atfeden halka sahip devletler, böylesi değerleri paylaşmayan bir halkın olduğu devletlere nazaran bu hakları artık muhtemelen daha fazla anayasalarında yer vermemektedir. Hatta ilgili devletlerde, popüler değerler ile anayasal tercihler arasında sıkça önemli bir uçurum bulunmaktadır. Bu uçurum, popüler destekten yoksundur: Çoğu durumda, halk kendi değerlerinin anayasalarında yer verilmesini istemektedir.

Bu gözlemler, çağdaş anayasa teorisinin birçok temel varsayımıyla çelişmektedir. Bir ulusun en üstün hukuki metinleri olarak anayasalara

---

224 *Bakınız* Stephen Cornell & Joseph P. Kalt, *Where Does Economic Development Really Come From? Constitutional Rule Among Contemporary Sioux and Apache*, 33 ECON. INQUIRY 402, 404 (1995) (Sioux ve Apache kabilelerini çalışmaktadır ve daha önce olmayan kurumlarla ilişkisi olmayan anayasaların işlevsel olamayacağını ileri sürmektedir.); Richard A. Posner, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, 13 WORLD BANK RESEARCH OBSERVER 1, 6 (1998) (aktarımın, anayasalarda çok işlemediğini çünkü anayasa hukukunun "etkinliği"nin, "özellikle karmaşık kültürel ve kurumsal matrikse" dayandığını belirtmektedir.); Fredrick Schauer, *On the Migration of Constitutional Ideas*, 37 CONN. L. REV. 907, 912 (2005) ("aktarılan" anayasaların daha az etkin olabileceğini çünkü anayasaların, yerel şartlardan uzak olacağına dair bir yorumda bulunmaktadır.)

genellikle güçlü bir demokratik meşruiyet atfedilmektedir[225]. Özellikle anayasa, olağan mevzuatı geçersiz kılmanın temeli olarak işlev gördüğünde anayasal teori, anayasanın olağan mevzuattan daha demokratik olmasını gerekli kılmaktadır, aksi takdirde yargısal denetim pratiğini demokratik perspektiften haklı çıkarmak zorlaşacaktır. Bu makaleye ilişkin tespitler, bu isteği yerine getirmekte birçok dünya anayasasının yetersiz kaldığını ve bu nedenle, çoğunlukçuluk-karşıtı probleminin çözümsüz kaldığını ortaya koymaktadır. Genel olarak yargısal denetimin anayasal belgede belirtilen halkın gerçek iradesini yansıttığına ilişkin iddiayı destek zordur.

Makaleden elde edilen tespitler, anayasalar eğer halkın çoğunluğunun değerlerini yansıtmıyorsa kimin değerlerini yansıtıyor sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bir yandan birçok anayasayı tasarlayan uzmanların daha evrenselci ve işlevselci yaklaşımlara karşı popüler ifadeleri dikkatlice dengeledikleri muhtemeldir[226]. Diğer yandan, anayasalar sadece metnin yazarlarının kendine özgü tercihlerini yansıtabilecektir. Örneğin, nüfusun geneli tarafından paylaşılmayan özel bir değerlerini korumak için metni yazan yönetici elitlerin değerlerini de yansıtabilecektir[227]. Bu makaledeki sayısal ampirik yaklaşım, sadece küresel anayasa yapımına bir kuşbakışı görünüm sunmaktadır; ancak bu, anayasa tasarlayanların motivasyonlarını ortaya koymamaktadır. Popüler anayasacılık sorununu açıklamak ve "Biz, Halk" adına hangi değerlerin güvenceye alındığını belirleyebilmek için araştırmayı daha da ileri götürmek gerekmektedir.

Son olarak, makaleden çıkan tespitler, normatif olarak dünya anayasalarını nitelendirir gibi görünen popüler olmayan anayasacılık fenomeninin nasıl değerlendirileceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bir yandan Britanya sömürge tecrübesinin gösterdiği üzere, kamuoyundan uzak anayasalar başarısız olmaya daha yatkındır. Hatta böylesi popüler olmayan anayasalar, sıradan yasama sürecine göre anayasaların daha geniş demokratik meşruiyete sahip olması gerektiğini belirten anayasal teorilerin bakış açısına göre problemlidir. Diğer yandan, popülist anayasalar, kendilerine ait bir dizi problemle ortaya çıkabilir. En önemlisi, bu anayasalar azınlık haklarını korumada başarısız olabilir ve evrenselci veya işlevselci bir perspektiften arzu edilmeyen seçimler yapabilirler. Mısır'ın 2012 tarihli Anayasasının büyük başarı-

---

225 *Bakınız supra* notes 14-18 ve ekli metin.

226 *Bakınız supra* Bölüm VI.

227 *Bakınız* HIRSCHL, *supra* note 148 passim (anayasaların, güç kaybetmekten korkan hegemonik elitlerin değerlerini yansıttığını ileri sürer.)

sızlığı, büyük bir çoğunluk ile kabul edilen metnin azınlık haklarını korumada nasıl başarısız olabildiğini ve hatta geniş çapta sivil kargaşaya sebep olabileceğini gösteriyor[228].

Nihayetinde, popülist bir anayasanın yazılıp yazılmama kararı, popülizmin göreceli maliyet ve faydaları ile popüler değerlerden kopukluğun maliyet ve faydalarının tartılmasını gerektirir. Bu yaklaşımların nasıl çalıştığı, zamana ve yere göre değişir. Örneğin, derin etnik ve dini bölünmüş ülkeler, anayasa ile gerekli popüler değerler arasında bir fark olmasını göz önüne alacaktır çünkü çoğunlukçu bir metin, azınlık gruplarını korumada başarısız olabilir. Aksine, daha homojen toplumlar önemli maliyetlere yol açmadan popülist anayasaların faydalarını elde edebilir. Tüm devletler için toplu bir öneri geliştirmek benim amacım değildir. Bunun yerine amacım, anayasal teori ile anayasal uygulama arasındaki uçurumu ortaya koymak şeklinde daha mütevazıdır. Ancak böylesi mütevazı bir amaç yine de geniş kapsamlı çıkarımlara yol açabilecektir. Hatta anayasa hukukçuları için anayasaların popüler değerleri yansıtması gerektiğini normatif açıdan tartışmak hâlâ mümkün iken, anayasa hukukçuları anayasaların böyle olduğunu artık varsaymayabilirler.

---

228 *Bakınız* Lansberg-Rodriguez, *supra* note 216 (2012 tarihli Mısır Anayasası, "hakim seçmeni" ve "İslamcı güruhu", "yüksek düzeyde temsil etmekte" iken Anayasa, Mısır'daki azınlık grupları gözardı ederse yapılmamıştır.)

SİLAHLI ÇATIŞMA DURUMLARINDA AYRIM GÖZETMEYEN ŞİDDET HAREKETLERİNDEN KAÇAN KİŞİLERİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA İKİNCİL KORUNMASI

Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER*

Öz

İkincil koruma, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme kapsamında mülteci olmak için gerekli şartlara sahip olmamasına rağmen menşe ülkeye geri gönderilmesi uluslararası insan hakları hukuku kurallarının ihlaline yol açan kişilere tanınan bir korumadır. Avrupa Birliği (AB) hukukunda ikincil koruma ilk olarak 2004/83/EC sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesi daha sonra ise 2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi ile düzenlenmiştir. Her iki Vasıf Yönergesi de ikincil koruma statüsünün mülteci olmak için gerekli şartlara sahip olmayan ancak menşe ülkeye geri gönderilmeleri halinde ciddi bir zarar görme riski olan ve bu risk nedeniyle menşe ülkenin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen kişilere verilmesini öngörmektedir. Vasıf Yönergesi m. 15(c) bu ciddi zararı 'uluslararası veya ulusal silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle bir sivilin hayatına veya kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdit' olarak tanımlamaktadır. Bu deyimin ne şekilde yorumlanması ve Yönerge m. 15(c) uyarınca kimlere ikincil koruma statüsü verilmesi gerektiği sadece birçok akademik tartışmaya konu olmakla kalmamış, aynı zamanda AB üyesi devletlerin ulusal mahkemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı arasında da görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan bu tartışmalı düzenlemenin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 63. maddesinin 1. fıkrasının c bendi ile mevzuatımıza aktarılması çözülmeyi bekleyen birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu hukuki sorunların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla bu makalede, hem Vasıf Yönergesi m. 15(c) hem de YUKK m.63'te yer alan 'silahlı çatışma', 'ayrım gözetmeyen şiddet' ve 'şahsi ve ciddi bir tehdit' kavramları ele

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: meltemciger@sdu.edu.tr). (Makale Gönderim Tarihleri: 11.04.2018-11.04.2018/Makale Kabul Tarihleri: 24.04.2018-15.05.2018)

alınmak suretiyle AB Hukukunda ve Türk Hukukunda silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinden kaçan kişilerin ikincil koruma kapsamında korunması incelenecektir. Bu incelemeden hareketle, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde yer alan düzenlemenin yorumu ve uygulanması ile ilgili bazı tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

İkincil koruma, silahlı çatışma, ayrım gözetmeyen şiddet, uluslararası insancıl hukuk, 2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Diakité kararı, Elgafaji kararı, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, YUKK m. 63

SUBSIDIARY PROTECTION OF PERSONS FLEEING INDISCRIMINATE VIOLENCE IN SITUATIONS OF ARMED CONFLICT IN EUROPEAN LAW AND TURKISH LAW

Abstract

Subsidiary protection is designed to protect persons who are not refugees as defined in the 1951 Convention relating to the Status of Refugees but whose return to the country of origin, nevertheless, would violate international human rights principles. In EU Law subsidiary protection is regulated by the Council Directive 2004/83/EC (Qualification Directive) and its Recast, EU Directive 2011/95/EU. Both the Qualification Directive and its Recast define a subsidiary protection beneficiary as a person "who does not qualify as a refugee but in respect of whom substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned to his or her country of origin, would face a real risk of suffering serious harm and is unable, or, owing to such risk, unwilling to avail himself or herself of the protection of that country." Serious harm is defined in article 15(c) of the Qualification Directive as: "serious and individual threat to a civilian's life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict". Interpretation of this provision and eligibility for the subsidiary protection status under article 15(c) of the Qualification Directive have been widely debated and different views have been expressed by the Court of Justice of the European Union and national courts of the member states on these issues. This controversial

provision of the Qualification Directive has been incorporated to article 63(1) c of the Turkish Law on Foreigners and International Protection (LFIP). As a result, legal challenges relating to this provision are likely to arise. In order to address some of these legal challenges, the terms 'armed conflict', 'indiscriminate violence' and 'serious and individual threat to a person's life or person' provided both in article 15(c) of the Qualification Directive and article 63 of the LFIP will be examined in this article, with a view to clarifying eligibility of persons fleeing indiscriminate violence in situations of armed conflict for the subsidiary protection status under EU Law and Turkish Law. Building on this analysis, the article will conclude with a number of recommendations as regards to the interpretation and application of Article 63(1) c of the LFIP.

Keywords

Subsidiary protection, armed conflict, indiscriminate violence, international humanitarian law, EU Qualification Directive, CJEU, Diakité judgment, Elgafaji judgment, Turkish Law on Foreigners and International Protection(LFIP), article 63 of the LFIP

GİRİŞ

Uluslararası hukukta mültecilerin korunmasına ilişkin en temel hukuki metin, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme'dir (1951 Sözleşmesi)[1]. 1967 New York Protokolü[2] ile coğrafi ve zaman sınırlaması kaldırılan bu sözleşme mülteciyi şu şekilde tanımlamaktadır:

> *"ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahıs"*[3].

Bu tanıma uymamasına rağmen vatandaşı oldukları veya vatansız iseler sürekli ikamet ettikleri ülkelere dönmeleri mümkün olmayan kişiler de mevcuttur.[4] Bu kişilere örnek olarak 1951 Sözleşmesi bakımından mülteci olmak için gerekli şartlara sahip olmamasına rağmen menşe ülkede işkence, insani olmayan veya onur kırıcı muamele veya ceza görmesi muhtemel olan kişiler ve silahlı çatışma, yaygın şiddet ve ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle ülkesini terk etmek zorunda kalmış kişiler verilebilir.İkincil koruma (*subsidiary protection*) 1951 Sözleşmesi m. 1 A (2)'de yer alan mülteci tanımına uymamasına rağmen menşe ülkeye geri gönderilmesi uluslararası insan hakları hukuku kurallarının ihlaline yol açan kişilere tanınan bir koruma biçimidir[5]. Tamamlayıcı korumanın (*complementary protection*) bir yansıması olan ikincil korumanın amacı 1951 Sözleşmesi'nde

---

1 Convention relating to the Status of Refugees (signed 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 150. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış ve 22 Nisan 1954 yılında yürürlüğe girmiştir.

2 Protocol relating to the Status of Refugees (signed 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Newyork Protokolü 31 Ocak 1967'de imzalanmış ve 4 Ekim 1967'de yürürlüğe girmiştir.

3 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme m. 1 A (2).

4 **McAdam,** Jane: "The European Union Qualification Directive: the Creation of a Subsidiary Protection Regime", International Journal of Refugee Law, Volume 17, Issue 3, 2005, s. 461.

5 **Goodwin-Gill,** Guy S./**McAdam,** Jane: The Refugee in International Law, First Edition, Oxford University Press, Oxford, Newyork 2007, s. 283.

öngörülen uluslararası korumanın kapsamını genişletmek suretiyle 1951 Sözleşmesi'ni tamamlamaktır[6].

İkincil korumayı düzenleyen bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır. Avrupa Birliği (AB) Hukukunda ise ikincil koruma 2004 yılında kabul edilmiş olan Avrupa Konseyi'nin 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi[7] (*Qualification Directive*) ile detaylı şekilde düzenlenmiştir[8]. 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesinin kabulü ile Avrupa Birliği hukukunda kimlere mülteci ve ikincil koruma statüsü verilmesi gerektiğine açıklık getirilmiş aynı zamanda mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine sağlanması gereken asgari haklar belirlenmiştir[9]. Yönergede bu hususların düzenlenmesi ile tüm AB üyelerinde sığınma talebinde bulunan kişilere aynı koruma statüsünün verilmesi ve üye devletlerin ulusal hukuklarındaki farklılıklar nedeniyle sığınmacıların bir üye ülkeden diğerine geçişlerinin (*secondary movements*) azaltılması amaçlanmıştır[10]. Ne var ki, 2004/83/EC sayılı Yönergenin kabulünü izleyen yıllarda bu hedefe tam olarak ulaşılamamış ve AB üyeleri arasındaki mülteci statüsü ve ikincil koruma statülerine ilişkin uyumsuzluklar devam etmiştir[11]. Bu uyumsuzlukların giderilmesi ve Ortak Avrupa İltica Politikası *(Common European Asylum System, CEAS)* hedefine tam olarak ulaşılması amacıyla 2011/95/EU sayılı AB Vasıf Yönergesi[12] (*Recast*

---

6 **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 285-323; **Ekşi,** Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 52-55.

7 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection grantedOJ L 304/12, 30.9.2004.

8 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesine ilişkin inceleme için bkz. **Özkan,** Işıl: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 235-239.

9 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi Başlangıç Hükümleri, para 6.

10 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi Başlangıç Hükümleri, para 7.

11 2007 yılının ilk çeyreğinde Almanya'da Iraklı sığınmacıların %16.3'üne mülteci statüsü ve sadece %1.1'ine ikincil koruma statüsü verilirken, İsveç aynı süre zarfında sığınma başvurusunda bulunan Iraklıların %73.2'ne ikincil koruma statüsü vermiştir. Bkz. **UNHCR**: "Asylum in the European Union, A Study on the Implementation of the Qualification Directive", 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/473050632.html> erişim tarihi: 30.03.2018, s.13.

12 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted OJ L 337, 20.12.2011.

Qualification Directive) 2011 yılında kabul edilmiştir[13]. 2011/95/EU sayılı Yönerge İngiltere ve İrlanda hariç diğer tüm AB üyeleri için 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesini 22 Aralık 2013 tarihinde yürürlükten kaldırmıştır[14].

İkincil korumadan yararlanacak kişiler 2004/83/EC ve 2011/95/EU sayılı Yönergelerde aynı şekilde düzenlenmiştir. 2004/83/EC sayılı Yönerge m. 2(e) ve 2011/95/EU sayılı Yönerge m. 2(f) ikincil korumadan yararlanacak kişileri şu şekilde tanımlamaktadır:

> *"mülteci olmak için gerekli şartlara sahip olmayan ancak menşe ülkeye ya da vatansızlar için daha önce ikamet ettikleri ülkeye geri gönderilmeleri halinde* ***ciddi bir zarar (serious harm)*** *göreceğine dair gerçek bir risk olan ve bu risk nedeniyle menşe ülkenin ya da vatansızlar için daha önce ikamet ettikleri ülkenin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen, Yönergenin 17 maddesinin 1. ve 2. fıkrası kapsamı dışında kalan*[15]*, üçüncü ülke vatandaşları veya vatansız kişiler."*

Bu maddede geçen ciddi bir zarar 2004/83/EC ve 2011/95/EU sayılı Yönergelerin 15. maddesinde "a) ölüm cezasına çarptırılma veya infaz edilme; b) menşe ülkede işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza, c) uluslararası veya ulusal silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle bir sivilin hayatına veya kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdit" olarak tanımlanmıştır. Yönerge m. 15(a)'da yer alan '*ölüm cezasına çarptırılma veya infaz edilme'* kavramı barış zamanında idam cezasını yasaklayan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi[16] (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHS) Ek Protokol 6[17] esas alınmak suretiyle düzenlenmiştir ve bu fıkra yorum bakımından bir zorluk teşkil etmemektedir[18]. Avrupa Birliği Adalet Divanı

---

13 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi Başlangıç Hükümleri para 8-13; **Özkan,** s. 235-239.

14 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m. 41; 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi ve 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi Danimarka için bağlayıcı değildir.

15 Bu hüküm ikincil korumadan hariç tutulan kişilerin düzenlendiği maddedir. Ayrıca bkz. makalenin 1.6 başlıklı bölümü.

16 İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi, 4 Kasım 1950'de imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

17 İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'ne ek, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Protokol No. 6, 28.4.1983.

18 **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 326.

(ABAD) 2009 yılında verdiği Elgafaji[19] kararında Vasıf Yönergesi m. 15(b)'de yer alan '*işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza'* teriminin işkence, insani olmayan ve aşağılayıcı muamele ve cezayı yasaklayan AİHS m. 3'e karşılık geldiğine hükmetmiştir[20]. Bununla birlikte, Yönerge m. 15(c)'de geçen '*uluslararası veya ulusal silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle bir sivilin hayatına veya kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdit'*[21] teriminin ne şekilde yorumlanması gerektiği ve Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamında kimlere ikincil koruma statüsü verilmesi gerektiği açık değildir. *Ayrım gözetmeyen şiddet* ve bir sivilin hayatına veya kişiliğine yönelen *şahsi tehdit* gibi birbiriyle bağdaştırılması güç kavramları bir arada bulunduran bu maddenin yorumu doktrinde birçok tartışmaya neden olmuştur[22]. Öyle ki, İngiliz İltica ve Göç Mahkemesi *(UK Asylum and Immigration Tribunal, UKAIT),* KH kararında Vasıf Yönergesinin 15. maddesinin c fıkrasının her ne şekilde okunursa okunsun oldukça çetrefilli bir hüküm olduğuna dikkat çekmiştir[23].

AB Hukukundaki düzenlemelere paralel olarak ikincil koruma 2014 yılında yürürlüğe giren Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu[24]

---

19 Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-465/07 [2009] ECR I-00921, Meki Elgafaji ve Noor Elgafaji / Staatssecretaris van Justitie, 17 Şubat 2009. (Elgafaji Kararı)

20 ABAD, Elgafaji Kararı, para 28.

21 Vasıf Yönergesi m. 15(c)orijinal metin: "serious and individual threat to a civilian's life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict."

22 Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Bu makalenin 1.1 başlıklı vd. bölümleri; **Goodwin-Gill/McAdam** s. 328-330; **Storey,** Hugo: "EU Refugee Qualification Directive: A Brave New World", International Journal of Refugee Law, Volume 20, Issue 1, 2008, s. 1-49; **Errera**, Roger: "The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji-and After", International Journal of Refugee Law, Volume 23, Issue 1, 2010, s. 93-112; **Lambert**, Helene, "The EU Asylum Qualification Directive, its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law", International & Comparative Law Quarterly, Volume 55, Issue 1, 2006, s. 161-192; **EU Red Cross**: "Position Paper: Proposed Recast of the EU Qualification Directive and the Asylum Procedures Directive", 2010; **UNHCR**: "UNHCR Statement on Subsidiary Protection Under the EC Qualification Directive for People Threatened by Indiscriminate Violence", January 2008, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/479df7472.html>erişim tarihi: 30.03.2018: **Özkan,** s. 248, 273, 274; **Yıldırım,** Tülay: Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 145-148.

23 "On any reading Article 15(c) is tortuously worded." KH (Article 15(c) Qualification Directive) Iraq CG [2008] UKAIT 00023, 25 March 2008, para 32. (KH Kararı)

24 R.G 11/4/2013, S. 28615.

(YUKK) ile ilk defa hukukumuza girmiştir[25]. Bununla birlikte 2004/83/EC ve 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan tartışmalı düzenleme birkaç değişiklik ile mevzuatımıza aktarılmıştır[26]. Mevzuatımızda silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinden kaçan kişilerin ikincil korunması YUKK m. 63'de şu şekilde düzenlenmiştir:

> *"Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir."*

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin 2004/83/EC ve 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergeleri m. 15(c) esas alınarak düzenlenmesi Avrupa'da Vasıf Yönergesi m.15 (c) ile ilgili ortaya çıkan yorum sorunlarının Türk makamlarının önüne gelmesini de kaçınılmaz hale getirmiştir. Silahlı çatışmadan kaçan kişilerin ikincil korunması hususunun önemine rağmen, henüz Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrasının c bendini detaylı inceleyen ve bu maddedeki silahlı çatışma, ayrım gözetmeyen şiddet ve şahsa yönelik ciddi tehdit kavramlarının ne şekilde yorumlanması gerektiğini tartışan Türkçe bir akademik çalışma mevcut değildir. Doktrindeki bu boşluğu doldurmayı amaçlayan bu makalede silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinden kaçan kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda ikincil koruma kapsamında korunması incelenecektir.

---

25 **Soykan**, Cavidan: "The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey", Oxford Monitor of Forced Migration, Volume 2, Issue 2, 2012, s. 41, 42.

26 **Özer**, Y. Yeşim: "Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Çalışma Alanı Olarak Uluslararası Göç: Yasalaşma ve İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 45, Cilt 1, 2011, s. 79; **Tokuzlu,** Lami Bertan: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Yasal Belirlilik İlkesi Konusunda Türk Uygulamasına Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 7, Cilt 1, 2016, s. 1082; **Çelik**, Neşe Baran: "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt 1, 2015, s. 78-79.

Makalede iki ana konu ele alınacaktır. Makalenin ilk bölümünde ABAD ve AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin içtihatları ışığında 2004/83/EC ve 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergeleri m. 15(c) uyarınca kimlere ikincil koruma statüsü verildiği incelenecektir. Bu amaçla, Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de geçen silahlı çatışma, ayrım gözetmeyen şiddet, sivil, kişinin hayatına veya kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdit ve kişinin ciddi bir zarar göreceğine dair gerçek risk terimlerinin ne şekilde yorumlanması gerektiği ortaya konulacaktır. Bu terimlerin uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak mı yoksa diğer hukuk dalları esas alınarak mı yorumlanması gerektiği de bu bölümde tartışılacaktır. Makalenin ikinci bölümünde ise Türk hukuku ve uygulamasında silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinden kaçan kişilerin ikincil koruma statüsü ile korunması incelenecektir. Bu bölümde ayrıca, AB hukuku ve uygulaması ile ilgili ilk bölümdeki hukuki değerlendirmeden hareketle YUKK m.63'ün yorumu ve uygulanması ile ilgili bazı tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA SİLAHLI ÇATIŞMA DURUMLARINDA AYRIM GÖZETMEYEN ŞİDDET HAREKETLERİNDEN KAÇAN KİŞİLERİN İKİNCİL KORUNMASI

Amsterdam Andlaşması'nın[27] 61. maddesinde, bu andlaşmanın yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Mayıs 1999 tarihini izleyen beş yıllık süre içerisinde Birliğin sığınma, göç ve üçüncü ülke vatandaşlarının haklarının korunması konusunda düzenlemeler yapması öngörülmüştür[28]. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi ilk fasıl göç ve iltica yönergelerini kabul etmiş ve 2004/83/EC sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesi mülteci statüsünün yanı sıra ikincil koruma statüsünü de detaylı şekilde düzenlemiştir. Avrupa Birliği Kurucu Andlaşması'nın Lizbon Andlaşması[29] ile değişik 78. maddesi, Birlik sınırları içerisinde uluslararası korumaya muhtaç üçüncü ülke vatandaşlarına gereken hukuki statünün verilmesi ve geri göndermeme prensibinin gözetilmesini sağlamak amacıyla AB'nin ortak bir iltica, ikincil koruma ve geçici koruma

---

27 Council of the European Union: Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, OJC 340/110,10.11.1997. (Amsterdam Andlaşması)

28 Amsterdam Andlaşması m. 61(a) ve (b).

29 European Union: Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, OJC 306/2, 13.12. 2007. (Lizbon Andlaşması)

politikası geliştirmesini öngörmüştür[30]. Öngörülen bu amaca ulaşmak ve Avrupa'da ortak bir ikincil koruma sistemi oluşturmak için 2011/95/EU sayılı AB Yönergesi 2011 yılında kabul edilmiş ve bu Yönerge 22 Aralık 2013'te yürürlüğe girmiştir.

Silahlı çatışmalarda ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinden kaçan kişilerin ikincil koruma statüsünden faydalanması 2004/83/EC ve 2011/95/EU sayılı Yönergelerde aynı şekilde düzenlenmiştir. Vasıf Yönergesi m. 2 ve m. 15(c) birlikte ele alındığında AB Hukukunda ikincil koruma statü sünün şu kişilere sağlanması öngörülmüştür:

> *"mülteci olmak için gerekli özelliklere sahip olmayan ancak menşe ülkeye ya da daha önce ikamet ettikleri yere geri gönderilmeleri halinde, uluslararası veya ulusal silahlı çatışma durumunda ayrım gözetmeyen şiddet nedeniyle bir sivilin hayatına ve kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdit nedeniyle ciddi bir zarar göreceğine dair gerçek bir risk olan ve bu risk nedeniyle menşe ülkenin ya da vatansızlar için daha önce ikamet ettikleri ülkenin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen, üçüncü ülke vatandaşları veya vatansız kişiler"*

Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamında ikincil koruma statüsü verilmesi öngörülen kişilerin tam olarak tespit edilebilmesi için bu bölümde a) uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma, b) ayrım gözetmeyen şiddet, c) sivil, d) kişinin hayatına ve kişiliğine yönelik ciddi ve şahsi bir tehdit ve d) kişinin ciddi bir zarar göreceğine dair gerçek risk kavramlarının anlamı ve bunların ne şekilde yorumlanması gerektiği ABAD kararları, AB üyesi devletlerinin ulusal mahkeme kararları ve bu konudaki akademik çalışmaların incelenmesi suretiyle ortaya konulacaktır.

1.1. Uluslararası ve Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışma

AB hukukuna göre sığınmacıların Vasıf Yönergesi m. 15(c) uyarınca ikincil koruma statüsü başvuruları incelenirken ilk olarak sığınmacının menşe ülke ve bölgesinde silahlı çatışmanın var olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu araştırmanın yapılabilmesi için de uluslararası silahlı çatışma ve uluslararası nitelikli olmayan silahlı çatışma kavramlarının tanımlanması gerekmektedir.

---

30 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Andlaşma, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, m. 78(1).

Silahlı çatışmayı açık şekilde tanımlayan bir uluslararası sözleşme bulunmasa da, silahlı çatışma ilk bakışta bir uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak karşımıza çıkmaktadır[31]. İngiliz İltica ve Göç Mahkemesi 2008 yılında verdiği KH kararında,Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan silahlı çatışmanın bir uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir[32]. Uluslararası insancıl hukuka göre uluslararası silahlı çatışmanın var olması için iki veya daha fazla devletin arasında kuvvete başvurma söz konusu olmalıdır[33]. 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol No I[34] kapsamında devletler arasındaki silahlı çatışmalar ile devletle sömürge durumundan bağımsızlığa kavuşma mücadelesi veren, yabancı kuvvet işgaline ve ırkçı rejime karşı mücadele veren silahlı grupların taraf oldukları silahlı çatışmalar uluslararası silahlı çatışma olarak sayılmıştır.[35]

1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma durumunda tarafların uyması gereken asgari koşulları düzenlemişse de uluslararası olmayan silahlı çatışmayı tanımlamamıştır[36]. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma 1977 tarihli Cenevre Sözleşmesi Ek Protokol No II'de bir devletin ülkesinde, bir yanda devletlerin silahlı kuvvetleri ile diğer yandan sürekli ve eşgüdümlü askeri operasyon

---

31 **Moreno-Lax,** Violeta: "Of Autonomy, Autarky, Purposiveness and Fragmentation. The Relationship between EU Asylum Law and International Humanitarian Law" in **Cantor,** David/**Durieux**, Jean-François (eds), Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law, 1. Baskı, Martinus Nijhoff Yayınevi, 2014, s. 333; **Nicolosi,** Salvatore Fabio: "Disconnecting Humanitarian Law from EU Subsidiary Protection: A Hypothesis of Defragmentation of International Law", Leiden Journal of International Law, Volume 29, Issue 2, 2016, s. 469.

32 İngiliz İltica ve Göç Mahkemesi, KH Kararı, para 36, 60.

33 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), The Prosecutor v. Dusko Tadic, Karar, IT-94-1-A, 2 Ekim 1995, para 70; **Tütüncü**, Ayşenur: İnsancıl Hukuka Giriş, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 56.

34 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I No'lu Protokol (8 Haziran 1977).

35 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I No'lu Protokol m. 1; **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 298, 299.

36 Silahlı çatışma kavramını insancıl hukuk bakımından detaylı şekilde inceleyen çalışmalar için ayrıca bkz. **Ertuğrul**, Ümmühan Elçin: "Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması" Ankara Barosu Dergisi, Sayı 75, Cilt 1, 2017, s. 155-164; **Parlak,** Türkan Melis: Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalarda Kadınların Korunması, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 10-14.

yönetebilecek ve ülkenin bir bölümünü denetimi altında tutan, sorumlu bir komuta altındaki silahlı gruplar arasındaki silahlı çatışmalar olarak tanımlamıştır[37]. Ek Protokol No II ayrıca açıkça "İşbu Protokol, silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanmaz" demek suretiyle silahlı çatışmayı dar olarak yorumlamıştır[38]. Günümüzde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın bu tanımdan daha geniş şekilde yorumlanması gerektiği görüşü öğretide kabul görmektedir[39]. Bu görüşü destekler nitelikte Türk Kızılayı ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi uluslararası olmayan silahlı çatışmayı "bir devletin topraklarında düzenli silahlı kuvvetler ile teşhis edilebilir silahlı gruplar arasındaki ya da birbiriyle çatışan silahlı gruplar arasındaki muharebe" olarak tanımlamıştır[40].

Bir çatışmanın insancıl hukuk bakımından uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma sayılabilmesi için bugün iki ana şart aranmaktadır: bunlardan ilki çatışmanın asgari bir şiddet seviyesine ulaşmış olması ki bunun tespitinde genellikle çatışmanın belirli bir süredir devam ediyor olması da aranmaktadır[41]. Örneğin, uluslararası insancıl hukuk bakımından polis güçlerinin kısa süren bir operasyonu ile bastırılabilen ve devlet güçlerinin daha kapsamlı askeri müdahalesini gerektirmeyen isyan ve silahlı muhalif hareketler uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak kabul edilme-

---

37 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin II No'lu Protokol m. 1 (a); **Sur,** s. 298.

38 **Batur Yamaner**, Melike/**Öktem,** A. Emre/**Kurtdarcan,** Bleda/**Uzun,** Mehmet C.: Çeviri: "12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sayı 42, İstanbul 2009 <https://www.icrc.org/en/download/file/35023/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 266.

39 Bkz. **Pazarcı,** Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 14. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2015, s. 545.

40 **Türk Kızılayı/ICRC**, "Uluslararası İnsancıl Hukuk" 2004, <https://www.kizilay.org.tr/Upload/Dokuman/Dosya/82543505_77468056_uluslararasi-insancil-hukuk.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 8.

41 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), The Prosecutor v. Fatmir Limaj, IT-03- 66-T, 30 Kasım 2005, para. 135-170; **International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper**: "How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?", March 2008, <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 3.

yecektir[42]. İkinci şart ise, silahlı çatışmaya müdahil olan devlet dışı grupların organize silahlı kuvvet olarak nitelendirilebilmesi yani, belirli bir emir komuta zinciri ile yönetiliyor olması ve askeri operasyonu yürütme kapasitesine sahip olmasıdır[43]. Görüldüğü üzere bu iki şartı sağlamayan ülke içi ayaklanma, karışıklık ve münferit terör eylemleri uluslararası insancıl hukuk bakımından uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak kabul edilmeyecektir.

İnsancıl hukuk dışında silahlı çatışmanın konu edildiği bir diğer hukuk dalı da uluslararası ceza hukukudur. Bir uluslararası ceza hukuku kavramı olarak silahlı çatışmanın kapsamı bir insancıl hukuk kavramı olan silahlı çatışmadan daha geniştir[44]. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Tadiç[45] kararında silahlı çatışmanın "devletler arasında kuvvete başvurulduğunda veya bir ülke sınırları içerisinde hükümet güçleriyle organize silahlı gruplar arasında veya sadece bu gruplar arasında uzun süren silahlı şiddet durumlarında" var olduğuna hükmetmiştir[46]. Bu karardan hareketle ve uluslararası insancıl hukuku da yoruma esas alarak İngiliz Göç ve İltica Mahkemesi, HH kararında 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesinde yer alan silahlı çatışma teriminin: "(a) devletler arasındaki bir uyuşmazlığın silahlı kuvvetlerin müdahalesi ile sonuçlandığı durumlarda, (b) devletler arasında silahlı kuvvetlere başvurulduğunda ve (c) devlet otoriteleri veya organize silahlı kuvvetler arasında veya sadece organize silahlı kuvvetler arasında uzun süren şiddet söz konusu olduğunda" var olduğuna hükmetmiştir[47]. Görüldüğü üzere İngiliz Göç ve İltica Mahkemesi uluslararası insancıl hukuku esas almak suretiyle Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan silahlı çatışmayı dar olarak yorumlamıştır. Bu dar yorum benimsendiğinde şiddeti belirli bir asgari düzeye ulaşmayan, uzun süre devam etmeyen ve tarafları organize silahlı birlikler olmayan çatışmalardan kaçan kişiler ikincil korumanın kapsamı dışında kalmaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı bu dar yorumu

---

42 ICRC Opinion Paper, s. 3.

43 **Schindler**, Dietrich: The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols, Alphen aan den Rijn Sijthoff & Noordhoff, Volume 163, 1979, s. 147; ICRC Opinion Paper, s. 3.

44 **McAdam,** s. 148.

45 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement), IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999. (Tadiç Kararı)

46 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Tadiç Kararı, para 70.

47 HH & Others (Mogadishu: armed conflict: risk) Somalia CG [2008] UKAIT 00022, para 320.

2014 yılında verdiği Diakité[48] kararı ile reddetmiş ve silahlı çatışmanın bir AB hukuku terimi olarak uluslararası insancıl hukuktan bağımsız *(autonomous)* bir şekilde yorumlanması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur[49].

Belçika Danıştayı Diakité'de ABAD'a iki soru yöneltmiştir: bunlardan ilki Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de geçen silahlı çatışma kavramının bir uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak mı yorumlanması gerektiği ve eğer cevap olumsuz ise ikincil koruma statüsünün verilmesi için aranan silahlı çatışmanın varlığının hangi ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği olmuştur[50]. ABAD ilk olarak uluslararası insancıl hukukun ve 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesinde yer alan ikincil korumanın amaçlarının ve sağladığı korumanın farklı olduğunu dolayısıyla Yönerge m. 15(c)'de yer alan silahlı çatışma kavramının bir uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak yorumlanmaması gerektiğine karar vermiştir[51]. Mahkeme ilgili maddede geçen uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramının dar şekilde yorumlanması gerektiği görüşünü reddederek uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma terimini "bir devletin silahlı kuvvetlerinin bir veya birden fazla silahlı grup ile çatışması veya iki veya ikiden fazla silahlı grubun birbiri ile çatışması" olarak tanımlamıştır[52]. Bu karar ile ABAD çatışmaların uzun bir süre devam etmesinin, çatışmanın yoğunluğunun belirli bir seviyenin üstünde olmasının ve çatışma taraflarının organize birlikler olmasının silahlı çatışmanın var olması için zorunlu şartlar olmadığına karar vermiştir[53].

Her ne kadar Diakité kararında silahlı çatışma kavramının yorumu ilgili önemli bazı hususlar açığa kavuşturulmuş olsa da, AB üyelerinde silahlı çatışmanın varlığının tespiti ile ilgili bir görüş birliği bulunmamaktadır. Avrupa Sığınma Destek Ofisi'nin (*European Asylum Support Office, EASO*) yaptığı bir araştırmaya göre 2014 sonu itibariyle bu araştırmaya katılan tüm üye devletlerdeki iltica başvurularını değerlendiren makamlar Vasıf Yönergesi m. 15(c) bakımından Afganistan'da silahlı çatışmanın var olduğunu

---

48 Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-285/12 [2014], Aboubacar Diakité/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, 30 Ocak 2014.

49 **Moreno-Lax**, s. 334.

50 ABAD, Diakité Kararı, para 17.

51 ABAD, Diakité Kararı, para 23-26.

52 ABAD, Diakité Kararı, para 35.

53 **Bauloz,** Céline: "The Definition of Internal Armed Conflict in Asylum Law: The 2014 Diakité Judgment of the EU Court of Justice" Journal of International Criminal Justice, Volume 12, Issue 4, 2014, s. 839.

kabul etmiştir[54]. Bununla birlikte dört üye devlet uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın tüm Afganistan genelinde olduğu kabul edilirken, diğer dört üye devlet ise sadece güney, doğu ve güney doğu Afganistan'da silahlı çatışmanın var olduğu kabul etmiştir[55]. Yine, 2014 sonu itibariyle beş üye devlette Irak'taki çatışmalar uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak tanımlarken, sekiz üye devlette Bağdat, Al-Anbar, Musul, Kerkük ve Diyala gibi sadece Irak'ın bazı şehir ve bölgelerinde silahlı çatışmanın var olduğu kabul edilmiştir[56]. Bu örneklerden de görüldüğü üzere her ne kadar ABAD Diakité kararı ile Vasıf Yönergesi m.15(c)'de geçen silahlı çatışma terimini tanımlamış olsa da AB üyeleri arasında 2014 yılı sonu itibariyle silahlı çatışmanın varlığının tespiti ile ilgili ortak bir uygulama olduğunu söylemek zordur.

Yukarıdaki araştırma sonuçlarına rağmen Diakité kararının zamanla AB devletler arasında silahlı çatışmanın yorumu ile ilgili ortak görüş benimsenmesine ve ikincil korumadan daha fazla kişinin yararlanmasına katkıda bulunması beklenmektedir[57]. Bu görüşü destekler nitelikte bir karar da İngiliz Üst Mahkemesi İltica ve Göç Dairesi'nin *(UK Upper Tribunal, UKUT)* 2017 yılında verdiği ZMM kararıdır[58]. Mahkeme Diakité kararını müteakiben verdiği bu kararda Vasıf Yönergesinde yer alan silahlı çatışma teriminin bir insancıl hukuk kavramı olarak yorumlanmaması gerektiğini belirtip bir silahlı çatışmanın var olması için uluslararası hukuk kurallarının ihlalinin de gerekli olmadığına karar vermiştir[59]. Görüldüğü üzere, Diakité kararı sonrasında İngiliz Mahkemeleri de silahlı çatışma terimini geniş şekilde yorumlamıştır.

1.2. Ayrım Gözetmeyen Şiddet

Vasıf Yönergesi m. 15(c) uyarınca ikincil korumaya ilişkin yapılacak değerlendirmede, menşe ülkedeki silahlı çatışmanın tespitinden sonra silahlı

---

54 **European Asylum Support Office (EASO)**: "The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States", July 2015 <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO_The-Implementation-of-Art-15c-QD-in-EU-Member-States.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 8-9. (EASO (2015))

55 **EASO (2015)**, s. 8-9.

56 **EASO (2015)**, s. 13.

57 **Bauloz**, s. 844, 845; **Lambert,** s. 228.

58 Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) ZMM (Article 15(c)) Libya CG [2017] UKUT 263 (IAC), para 12. (ZMM Kararı)

59 İngiliz Üst Mahkemesi, ZMM Kararı, para 12.

çatışma nedeniyle ortaya çıkan ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri araştırılmalı ve şiddetin seviyesi (*the degree of indiscriminate violence*) belirlenmelidir. İngiliz İltica ve Göç Mahkemesi 2008 yılında verdiği KH Kararında, ayrım gözetmeyen şiddet kavramının silahlı çatışma terimine benzer şekilde uluslararası insancıl hukuk esas alınarak yorumlanması gerektiğine ve ancak uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlali söz konusu olduğunda ayrım gözetmeyen şiddetin var olabileceğine karar vermiştir[60]. Burada belirtmek gerekir ki, sivil halka yönelik şiddet eylemleri ve saldırılar uluslararası insancıl hukuk tarafından yasaklanmıştır[61]. 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol No I m. 51(4) ayrım gözetmeksizin yapılan saldırıları yasaklamış ve bu maddede ayrım gözetmeksizin yapılan saldırılar şu şekilde tanımlanmıştır:

> *"a) Belirli bir askeri hedefe yöneltilmemiş saldırılar; b) Belirli bir askeri hedefe yönlendirilemeyen savaş yöntemleri ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ya da c) Bıraktıkları etkiler bu Protokolce öngörüldüğü şekilde sınırlandırılamayan savaş yöntemlerinin ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ve netice olarak, böyle her bir durumda, hiç bir ayrım gözetmeksizin askeri hedefleri ve sivilleri ve sivil malları vurma özelliğine sahip yöntemlerin kullanıldığı saldırılar."*

Bu Protokolde yer alan ayrım gözetmeyen saldırı tanımına paralel şekilde, İngiliz İltica ve Göç Mahkemesi 2008 yılında verdiği HH kararında Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan ayrım gözetmeyen şiddetin savaşanlar (*combatants*) tarafından sivil veya askeri hedef ayrımı gözetmeden gerçekleştirilen şiddet hareketlerini kapsadığına hükmetmiştir[62]. Fransız Danıştayı *(Conseil d'État)* ise 2009 yılında verdiği Baskarathas kararında, sivil halkı hedef alan saldırılar ve sivil halkı yerinden etme amacı güden silahlı eylemleri ayrım gözetmeyen şiddet olarak kabul etmiştir[63].

---

60 İngiliz Göç ve İltica Mahkemesi, KH Kararı, para 60; **Hailbronner,** Kay (edn) EU Immigration and Asylum Law Commentary on EU Regulations and Directives, 1. Baskı, Hart Publishing, 2010, s. 1149.

61 977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol No I, m. 51; **Tütüncü**, s. 93.

62 HH & others (Mogadishu armed conflict - risk) Somalia CG [2008] UKAIT 00022, para 333.

63 Conseil d'État (France), 3 Juillet 2009, Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides c M. Baskarathas, No 320295. <http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2009-07-03/320295> erişim tarihi: 30.03.2018; **European Asylum Support Office (EASO)**: "Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU) A Judicial

ABAD 2009 yılında verdiği Elgafaji kararında ayrım gözetmeyen şiddeti açık bir şekilde tanımlamamakla birlikte ayrım gözetmeyen şiddetin kişileri şahsi özellik ve durumlarına bakmaksızın etkilediğini tespit etmiştir[64]. ABAD bu kararda ayrıca ayrım gözetmeyen şiddetin bir uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak yorumlanması gerektiği görüşünü reddetmiştir[65]. Elgafaji kararını müteakiben İngiliz Üst Mahkemesi 2012 tarihli HM kararında, ayrım gözetmeyen şiddeti belirli kişileri veya genel olarak bir ülke halkını hedef alan, olay yerinde bulunan sivilleri şiddete maruz bırakan hareketler olarak tanımlamıştır[66]. Bu hareketlere örnek olarak da kalabalık yerlerde hedefi dışındaki kişilere de zarar veren bombalı saldırıları veya diğer silahlı saldırıları vermiştir[67].

Makalenin 1.5 başlıklı bölümünde de detaylı şekilde inceleneceği üzere silahlı çatışma nedeniyle yerinden edilen kişilerin ikincil korumaya ilişkin başvurularının değerlendirilmesinde menşe ülkedeki ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesi büyük önem taşımaktadır. Bu öneme rağmen, ABAD ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesinin ne şekilde belirlenmesi gerektiğine dair bugüne kadar bir değerlendirmede bulunmamıştır[68]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin silahlı çatışmanın devam ettiği bir yere geri gönderilmesi durumunda AİHS m. 3 ihlali ile karşılaşma riskini incelerken, kişinin geri döneceği yerdeki ölüm ve yaralılara ilişkin verileri, çatışmada kullanılan yöntem ve silahların niteliğini ve silahlı çatışmanın/şiddet hareketlerinin varlığı nedeniyle yerinden edilmiş kişilerin sayısını dikkate almaktadır[69]. AB üyeleri de ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesini belirlerken AİHM'e benzer bazı ölçütleri esas almaktadır.

Lambert, AB üyesi devletlerin ulusal mahkemelerinin kararlarını incelediği çalışmasında mahkemelerin ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesinin belirlemede dört ana faktörü dikkate aldığını belirtmektedir: a) silahlı çatışma sırasındaki kayıplar, b) sivil kayıplar, c) çatışma nedeniyle yerinden

---

Analysis", December 2014, <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Article-15c-Qualification-Directive-201195EU-A-judicial-analysis.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 17. (EASO (2014))

64 ABAD, Elgafaji Kararı, para 34.

65 **Nicolosi**, s. 479.

66 HM and others (Article 15(c)) Iraq CG [2012] UKUT 00409(IAC), para 42. (HM Kararı)

67 İngiliz Üst Mahkemesi, HM Kararı, para 42.

68 **Moreno-Lax**, s. 336.

69 AİHM, Sufi and Elmi/Birleşik Krallık, 28.11.2011; **Moreno-Lax**, s. 336.

edilen kişilerin sayısı ve d) menşe ülkedeki siyasal otoritenin temel işlevlerini yerine getirip getirmediği bir diğer deyişle menşe ülkenin çökmüş devlet (*collapsed state*) ya da başarısız devlet (*failed state*) niteliği taşıyıp taşımadığı[70]. Gerçekten de, İngiliz Mahkemeleri ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesini değerlendirirken sığınmacının menşe ülke veya bölgesindeki sivil ölümler ve yaralanmalar ile ilgili istatistikleri dikkate almaktadır[71]. Slovenya Mahkemeleri ise bu ölçütün yanı sıra menşe ülkede yerinden edilmiş kişilerin sayısını, yerinden edilmiş kişilerin ülke içinde sığındıkları bölgelerdeki gıda, güvenlik ve temizliğe ilişkin insani koşulları ve devletin güvenlik, sağlık, gıda ve içme suyu gibi temel hizmetleri sağlayıp sağlamadığını değerlendirmektedir[72]. Fransız Danıştayı ise ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesini belirlerken sivil halka yöneltilen saldırı ve hak ihlallerini ve bunların sivil halkı zorla yerinden edip etmediğini dikkate almaktadır[73]. Bu kıstaslar esas alınarak tespit edilen ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesi Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamında kişinin hayatına ve kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdidin değerlendirilmesinde önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.3. Sivil

Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamında **sadece** sivillerin ikincil korumadan yararlanması öngörülmüştür[74]. Bu nedenle kişinin menşe ülkesinde silahlı çatışma ve ayrım gözetmeyen şiddetin varlığı tespit edildikten sonra uluslararası koruma arayan kişinin sivil olup olmadığı tespit edilmelidir. Uluslararası insancıl hukuk esas alındığında, sivil terimi 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne göre savaşan olmayan kişileri kapsamaktadır[75]. Bu tanıma göre silahlı kuvvet mensupları ile silahlı kuvvetlere bağlı milis ve gönüllü birlik mensupları sivil olarak kabul edilmemektedir[76]. Sivil ayrıca çatışmaya katılmamış ya da aktif çatışma dışı kalmış birey olarak da tanımlanabil-

---

70 **Lambert**, s. 125.

71 İngiliz Üst Mahkemesi, HM Kararı, para 42, 44.

72 Administrative Court of Slovenia, Judgments of 25 Sept 2013, I U 498/2012-17 and 29 Jan 2014, I U 1327/2013-10; **EASO (2014)**, s. 17.

73 Fransız Danıştayı, Baskarathas Kararı; **EASO (2014)**, s. 17.

74 **EASO (2014)**, s. 19.

75 **Turns,** David: "The Law of Armed Conflict" in **Evans**, Malcolm (edn) International Law, 4. Baskı, Oxford University Press, 2014, s. 843.

76 **Tütüncü**, s. 85.

mektedir[77]. ABAD Diakité kararında Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan silahlı çatışma gibi ikincil korumanın kapsamının belirlenmesi için önem arz eden terimlerin uluslararası insancıl hukuktan bağımsız olarak, bu terimlerin sözlük anlamlarının ve parçası oldukları hukuki metinlerin amaç ve bütünü *(context)* ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir[78]. Bu yorum dikkate alındığında, silahlı çatışma taraflarına mensup, çatışmada aktif olarak yer alan kişiler sivil sayılmayacaktır. Örneğin, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmada taraflardan biri devlet ise bu devletin ordu mensupları sivil olarak kabul edilmeyecektir[79].

ABAD Vasıf Yönergesine ilişkin kararlarında sivil terimini açıkça tanımlamadığı için sivil teriminin sadece uluslararası insancıl hukuk esas alınarak mı yorumlanması gerektiği yoksa daha geniş bir yorum metodunun mu izlenmesi gerektiği konusunda üye devletler arasında bir görüş birliği bulunmamaktadır[80]. AB üyeleri bir sığınmacının Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamında sivil olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini belirlerken kişinin silahlı çatışmada savaşan olarak yer alıp almadığını, yer aldıysa çatışmadaki rolünü ve gönüllü olarak mı yoksa zorlanarak mı çatışmada yer aldığını araştırmaktadır[81]. Şunu da belirtmek gerekir ki; başvurucunun sivil olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamında ikincil koruma statüsü elde edemeyeceği durumlarda, bu kişinin Vasıf Yönergesi m. 15(a) ve 15(b) kapsamında ikincil korumadan yararlanıp yararlanamayacağı araştırılmalıdır[82]. Bunun nedeni, Vasıf Yönergesi m. 15(a) ve 15(b)'de uluslararası koruma başvurucusunun ikincil koruma statüsünden yararlanması için sivil olması şartı aranmamasıdır.

1.4. Kişinin Hayatına ve Kişiliğine Yönelik Ciddi ve Şahsi Bir Tehdit

Bir sivilin ikincil koruma statüsünden faydalanabilmesi için menşe ülkede silahlı çatışma ve ayrım gözetmeyen şiddetin varlığı yeterli olmamakta, sığınmacının silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle hayatına veya kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdidin (*serious and individual threat to a civilian's life or person by reason*

---

77 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi; **Türk Kızılayı/ICRC**, s. 20.

78 ABAD, Diakité Kararı, para 27.

79 **EASO (2014)**, s. 19-20.

80 **EASO (2015)**, s. 4

81 **EASO (2015)**, s. 4

82 **EASO (2014)**, s. 19.

of indiscriminate violence) var olması gerekmektedir. İlk bakışta ayrım gözetmeyen şiddet ve şahsi tehdit çelişen iki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır[83]. Vasıf Yönergesinin başlangıç hükümlerinde "bir halkın bütününün veya sadece bir bölümünün genel olarak maruz kaldığı riskler normal şartlarda kendiliğinden şahsi bir tehdit ve ciddi bir zarar yaratmaz" denilmektedir[84]. Bu hüküm dikkate alındığında ayrım gözetmeyen şiddet ve bir kişinin hayatına veya kişiliğine yönelen şahsi ve ciddi bir tehdit terimlerinin birlikte yorumlanması daha da zor bir hale gelmektedir[85]. Ayrıca, Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de geçen hayat veya kişiliğe yönelen tehdit kavramının ne anlama geldiği de açık değildir.

Şahsi ve ciddi tehdidin tespitindeki önemli sorunlardan biri de belirli bir hedef gözetmeyen şiddet hareketlerinin ne zaman bir kişiye ve hayatına yönelik şahsi bir tehdit oluşturacağına ilişkindir. ABAD Elgafaji kararında bu soruya cevap vermiştir[86]. ABAD Elgafaji kararında Vasıf Yönergesi m. 15 (a) ve m. 15(b)'de yer alan nedenlerden dolayı zarar görme riskinin şahsi nitelikte olduğunu fakat Yönerge m. 15(c)'de yer alan ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinden doğan zarar görme riskinin daha genel olmakla birlikte aynı yerde yaşayan birçok kişiyi etkileyebilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir[87]. ABAD, ayrıca ayrım gözetmeyen şiddet nedeniyle sığınmacının hayatına veya kişiliğine yönelen şahsi riski değerlendirirken Türkçe'ye değişken ölçek olarak çevrilmesi mümkün olan *'sliding scale'* yaklaşımını benimsemiştir[88]. Mahkemenin bu yaklaşımına göre kişinin menşe ülke ve bölgesindeki ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesinin yüksekliği ile sığınmacının bu hareketlerden dolayı hayatının ve kişiliğinin şahsi ve ciddi bir tehlikede olacağını gösterme gerekliliği arasında ters orantı bulunmaktadır[89].

ABAD Elgafaji kararında açıkça silahlı çatışma durumunda ayrım gözetmeyen şiddet seviyesinin çok yüksek olduğu ve bu nedenle bir ülke veya bölgeye dönecek olan tüm sivillerin hayatının veya kişiliğinin risk altında olduğu **istisnai** durumlarda artık sığınmacının bu şiddet hareketleri

---

83 **Goodwin-Gill/McAdam**, s. 327, 328; **McAdam**, s. 481; **Tokuzlu**, s. 1084.

84 **McAdam**, s. 481.

85 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi Başlangıç Hükümleri para 35; **McAdam**, s. 481.

86 Türkçe literatürde Elgafaji kararı yazarlar tarafından birbirinden farklı şekillerde yorumlanmıştır bkz. **Özer**, s. 79, 80; **Özkan,** s. 305; **Ertuğrul**, s. 173; **Tokuzlu**, s. 1084.

87 ABAD, Elgafaji Kararı, para 34.

88 ABAD, Elgafaji Kararı, para 39.

89 ABAD, Elgafaji Kararı, para 35, 47.

nedeniyle şahsi olarak hayatının veya kişiliğinin tehdit altında olacağını göstermesi ve kanıtlaması gerekmediğini tespit etmiştir[90]. ABAD'ın değişken ölçek yaklaşımı esas alındığında silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinin çok sık ve yoğun olarak yaşanmadığı bir bölgeden gelen bir sığınmacının ikincil koruma statüsünden faydalanabilmesi için kadın olma, çocuk olma, belirli bir azınlığa, dini gruba veya meslek grubuna mensup olma gibi kişisel özellikleri nedeniyle hayatının ve kişiliğinin tehdit altında olacağını göstermesi gerekmektedir[91].

Bir kişinin silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle hayatının veya kişiliğinin şahsi ve ciddi bir tehdit altında olup olmadığı incelenirken ilk olarak menşe ülke veya bölgedeki ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesi ve yoğunluğu tespit edilmelidir. Bu değerlendirmede makalenin 1.2 başlıklı bölümünde belirtilen kıstasların da değerlendirildiği menşe ülke bilgisi önemli bir rol oynamaktadır. Menşe ülke bilgisi, menşe ülkede ve bölgedeki şiddetin seviyesine ilişkin bilgiler ile sığınmacının döneceği ülkede/yerde hayatı veya kişiliğinin şiddet hareketleri nedeniyle şahsi ve ciddi bir tehdit altında olacağına dair iddia ve kanıtlar birlikte değerlendirilmelidir[92]. Bu değerlendirmede menşe ülke ve bölgedeki şiddet seviyesi ile uluslararası koruma arayan kişinin yaşı, cinsiyeti, dini, eğitim durumu, mesleği gibi kişisel özellikleri birlikte dikkate alınmalıdır. Bu şekilde yapılan bir değerlendirme sonucu, İngiliz Üst Mahkemesi 2011 yılında verdiği AMM kararında,eğitimli orta sınıfa mensup kişiler ve ülkenin yönetiminde söz sahibi güçlü kişilerle bağlantısı olan kişiler dışındaki tüm Somali vatandaşlarının Somali'nin Başkenti olan Mogadişu'ya dönüşünün bireylerin hayatı ve kişiliğine yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğunu ve bu nedenle sayılan özellikleri taşımayan tüm Somalili sivillerin Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamında ikincil korumadan yararlanabileceği tespitinde bulunmuştur[93]. Fransız Ulusal İltica Hukuk Mahkemesi 9 Mart 2018 tarihli kararında Kabil'deki güvenlik durumunu, burada yaşanan bombalı intihar saldırıları ve terörist saldırılar ve Kabil'in Afganistan'da en çok sivil ölümlerinin gerçekleştiği şehir olmasını dikkate alarak **herhangi** bir sivilin Kabil'e dönüş nedeniyle hayatına ve kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdide

---

90 ABAD, Elgafaji Kararı, para 39, 43.

91 HH and Others v Secretary of State for the Home Department [2010] EWCA Civ 426, para 33.

92 **Errera,** s. 106.

93 AMM and Others v Secretary of State for the Home Department [2011] UKUT 00448. (AMM Kararı)

maruz kalacağını kabul etmiş ve davada Afgan başvuruculara ikincil koruma statüsü verilmesine hükmetmiştir[94].

1.5. Ciddi bir Zarar Görmeye Dair Gerçek Risk

Bir kişinin ikincil korumadan yararlanabilmesi için menşe ülkede silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle kişinin hayatına veya kişiliğine yönelik şahsi ve ciddi bir tehdidin varlığının tespiti sonrası bu tehdit nedeniyle kişinin menşe ülkede ciddi bir zarar göreceğine dair gerçek bir riskin (*real risk of suffering serious harm)* var olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Gerçek riskin ne şekilde yorumlanması gerektiğine dair Vasıf Yönergesinde veya ABAD kararlarında açık bir hüküm bulunmamaktadır[95]. Gerçek risk *(real risk)* kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHS m. 3'e ilişkin iddiaları incelediği davalarda ihtimalden öteye gitmeyen riskleri ve uzak ihtimalleri kapsam dışı bırakmak için kullandığı bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır[96]. EASO'ya göre gerçek risk, ayrım gözetmeyen şiddetin bir kişiye ciddi bir zarar verebilme kapasitesi ile ilgilidir[97]. Yine EASO'ya göre ciddi bir zarar kavramı menşe ülkede kişinin haklarına olan müdahalenin doğasını ve yoğunluğunu yansıtan bir ölçüttür ve ciddi bir zararın varlığı için müdahale ve hak ihlallerinin belirli bir seviyeye ulaşması aranır[98].

İngiliz Üst Mahkemesi HM kararında bir zararın ciddi olarak nitelendirilebilmesi için zararın tıbbi müdahale gerektirecek kadar ciddi olması gerektiğine hükmetmiştir[99]. Ayrıca Mahkeme bu zararın sadece fiziksel şiddetle sınırlı olmayıp psikolojik de olabileceğini örneğin, travma sonrası stres bozukluğunun da zarar kapsamında kabul edilebileceğini belirtmiştir[100].

---

94 La Cour Nationale du Droit d'asile (France), 2ème Section, 1ère Chamber, 9 Mars 2018, No, Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) c M. H., No 17045561 <http://www.cnda.fr/content/download/130526/1323291/version/1/file/CNDA%209%20mars%202018%20M.%20H.%20n%C2%B0%2017045561%20C.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 3-4.

95 **McAdam**, s. 483.

96 AİHM, Soering/Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989, para 88; **EASO (2014)**, s. 13.

97 **EASO (2014)**, s. 13.

98 **EASO (2014)**, s. 13.

99 HM and Others (Article 15(c)) Iraq CG [2012] UKUT 00409(IAC), para 45.

100 İngiliz Üst Mahkemesi, HM ve Diğerleri Kararı, para 45; İngiliz Üst Mahkemesi, ZMM Kararı, para 18.

Zarar, işkence ve yaralama gibi doğrudan şiddet hareketlerinden doğabileceği gibi sivillerin evlerine ve işyerlerine yapılan baskınlar, kaçırılma, şantaj, kişilerin malvarlığına el konulması gibi doğrudan olmayan şiddet hareketleri olarak da karşımıza çıkabilmektedir[101].

Silahlı çatışma ve şiddet hareketlerinin menşe ülke veya bölgede yaşayan tüm sivillerin hayatını tehdit ettiği durumlarda da kişinin ciddi bir zarar görme riskinin gerçek bir risk olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca, kişinin hayatına veya kişiliğine yönelik tehdidin ve zarar görme riskinin doğrudan silahlı çatışmadan veya savaşan taraflardan kaynaklanmasına da gerek yoktur[102]. Bu tehdit silahlı çatışma nedeniyle bir ülke veya bölgedeki hukuk sisteminin çöküşü, güvenlik ve düzenin bozulması, devlet otoritesinin etkinliğini yitirmesi nedeni ile ortaya çıkan şiddet hareketleri, otorite yokluğunda sivillerin işlediği yağma gibi hukuka aykırı eylemler veya insan hakları ihlallerinden de kaynaklanabilmektedir[103].

1.6. Vasıf Yönergesi m. 15(c) Uyarınca Yapılan İkincil Korumaya İlişkin Değerlendirme ve İkincil Korumadan Hariç Tutulma

AB hukukunda bir kişinin ikincil korumadan yararlanabilmesinin ilk şartı AB vatandaşı olmaması ve mülteci olmak için gerekli şartlara sahip olmamasıdır. 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m. 2(d) mülteci terimini 1951 Sözleşmesi ile aynı şekilde tanımlamaktadır[104]. Vasıf Yönergesinin lafzında ve ABAD kararlarında açıkça belirtildiği üzere ikincil koruma 1951 Sözleşmesinin yerine geçmeyi değil onu tamamlamayı amaçlayan bir uluslararası koruma kategorisidir[105]. Bu nedenle, AB üyeleri bir sığınmacının uluslararası korumaya ilişkin talebini incelerken ilk olarak bu kişinin 1951 Sözleşmesi kapsamında mülteci sayılıp sayılamayacağını değerlendirecek ve ancak kişiye mülteci statüsünün verilmesi kesin olarak mümkün değilse ikincil korumaya ilişkin değerlendirmeyi yapacaktır[106]. Bunun aksi, tümü 1951 Sözleşmesine taraf olan AB üyelerinin bu sözleşmeden kaynaklanan uluslararası sorumluluklarının ihlalini doğuracaktır.

---

101 **EASO (2014)**, s. 24-25.

102 İngiliz Üst Mahkemesi, HM ve Diğerleri Kararı, para 42.

103 İngiliz Üst Mahkemesi, HM ve Diğerleri Kararı, para 42 ve 45.

104 Bu iki tanım arasındaki tek fark AB vatandaşlarının 1951 Sözleşmesinde yer alan mülteci tanımına uysalar da AB hukuku bakımından mülteci olarak kabul edilmemeleridir.

105 ABAD, Diakité Kararı, para 33; **EASO (2014)**, s. 11.

106 **EASO (2014)**, s. 11-12.

Uluslararası koruma statüsü değerlendirmesinde dikkat edilecek başka bir husus da sığınmacının ikincil koruma statüsünden hariç tutulan bir kişi olup olmadığının tespitidir. İkincil korumadan hariç tutulma 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m.17'de 1951 Sözleşmesi m. 1(F)'ye paralel olarak düzenlenmiştir. Vasıf Yönergesi m.17 uyarınca barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlediğine, Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğuna, ağır bir suç işlediğine ve bulunduğu ülkenin kamu düzeni ve güvenliğine tehdit oluşturduğuna dair ciddi emareler olan kişiler ikincil korumadan hariç tutulmuştur. Uluslararası koruma değerlendirmesi sırasında yukarıda sayılan hariç tutulma nedenlerinden birinin varlığı tespit edilirse, değerlendirme son bulacak ve başvuru reddedilecektir.

İkincil korumaya ilişkin değerlendirmede başvurucunun menşe ülkeye dönmesi durumunda Vasıf Yönergesinin 15. maddesinin a, b ve c fıkralarında belirtilen nedenler ile ciddi bir zarar görme riski olup olmadığı tespit edilmelidir. Her ne kadar 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m. 2 ve m. 15 sadece menşe ülkeden bahsetse de ciddi bir zarar görme riskine ilişkin bu değerlendirme kişinin menşe bölgesi ve menşe ülkede güvenli şekilde geri dönebileceği diğer bölgeler için de yapılmalıdır. Bunun nedeni 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m. 8'de düzenlenen dâhili kaçış alternatifi (*internal flight alternative)* veya bir diğer adıyla dâhili koruma alternatifidir (*internal protection alternative*). Vasıf Yönergesi m. 8 uyarınca, uluslararası koruma değerlendirmesinde menşe ülkedeki belirli bir bölgede, başvurucunun a) haklı sebeple zulüm görme riski veya ciddi zarar görme riski bulunmuyor ise veya b) zulümden veya ciddi zarardan korunması mümkün ise ve bu bölgeye güvenli şekilde ve menşe ülkenin hukukunu ihlal etmeden seyahati ve girişi mümkün ise ve makul olarak bu bölgeye yerleşmesi beklenebilir ise kişinin uluslararası korumaya ihtiyacı olmadığı kabul edilecek ve başvuru reddedilecektir. Bu nedenle ikincil korumaya ilişkin değerlendirmede sığınmacının sadece menşe ülke ve bölgedeki değil, kişinin güvenli ve kalıcı bir şekilde dönmesi ve orada hayatını sürdürmesi mümkün olan diğer bölgelerdeki ciddi bir zarar görme riski de incelenmelidir.

Makalenin konusu olan Vasıf Yönergesi m. 15(c) kapsamındaki değerlendirme şu şekilde yapılacaktır. İlk olarak uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişinin menşe ülke ve bölgesinde hâlihazırda devam eden uluslararası silahlı çatışmanın veya uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın var olup olmadığı tespit edilecektir. Bu tespitte ABAD'ın Diakité kararı üye devletler tarafından dikkate alınacak ve silahlı çatışma bir ulus-

lararası insancıl hukuk kavramı olarak değil daha geniş şekilde yorumlanacaktır.

Silahlı çatışmanın tespitinden sonra ikinci olarak silahlı çatışma nedeniyle ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinin varlığı tespit edilecektir. Ayrım gözetmeyen şiddet ve bu şiddetin seviyesinin tespitinde hangi ölçütlerin esas alındığı makalenin 1.2 başlıklı bölümünde ortaya konulmuştur. Ayrıca bu değerlendirme sırasında, sığınmacının sivil olup olmadığı da incelenecektir. Kişinin sivil olduğu doğrulandıktan sonra, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle sığınmacının hayatı veya kişiliğine yönelen şahsi ve ciddi bir tehdit var mı, sorusuna cevap aranacaktır. Bu tahlilde ABAD'ın Elgafaji kararında benimsediği değişken ölçek yaklaşımı esas alınacak ve menşe ülke ve bölgedeki şiddet seviyesi ne kadar yüksek ise sığınmacının kişisel olarak bu şiddet hareketlerinden dolayı hayatının ve kişiliğinin ciddi bir tehdit altında olacağını göstermesi o kadar az beklenecektir. Bu inceleme sonrasında ayrım gözetmeyen şiddet nedeniyle sığınmacının hayatı ve kişiliğine yönelik ciddi ve şahsi bir tehdit tespit edilirse ve bu tehdit nedeniyle kişinin menşe ülkede ciddi bir zarar göreceğine dair gerçek bir riskin varlığı söz konusu ise artık silahlı çatışmadan kaçan kişiye ikincil koruma statüsü verilecektir.

II. TÜRK HUKUKUNDA SİLAHLI ÇATIŞMA DURUMLARINDA AYRIM GÖZETMEYEN ŞİDDET HAREKETLERİNDEN KAÇAN KİŞİLERİN İKİNCİL KORUMA İLE KORUNMASI

İkincil koruma mevzuatımızda mülteci ve şartlı mülteci statüsü ile birlikte uluslararası koruma başlığı altında düzenlenmiştir[107]. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü verilerine göre 2016 yılında ülkemizde 66.167 kişi uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş ve 23.886 başvurucunun uluslararası koruma talebi kabul edilmiştir[108]. Uluslararası koruma başvurusu kabul edilenler arasında kaç kişiye ikincil koruma statüsü verildiği 2016 Göç Raporunda belirtilmemiştir. Ülkemizde ikincil koruma statüsünden yararla-

---

[107] Bkz. **Çiçekli,** Bülent: 6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 286-301**,** s. 301, 302; **Ekşi**, s. 52, **Özkan**, s. 44.

[108] İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü: 2016 Türkiye Göç Raporu, Nisan 2017, <http://www.goc.gov.tr/files/files/2016_yiik_goc_raporu_haziran.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 72, 74. 2017 Göç Raporu makalenin yazım tarihi itibariyle yayınlanmamıştır.

nanlar kişilerin sayısı ile ilgili de makalenin yazım tarihi itibariyle kamuya açık herhangi bir veri bulunmamaktadır.

İkincil koruma statüsünün kimlere verileceği YUKK m.63'te şu şekilde düzenlenmiştir:

> *"(1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir."*

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrası c bendi uyarınca ikincil koruma statüsü verilmesi öngörülen kişilerin tam olarak tespit edilebilmesi için bu bölümde a) uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma, b) ayrım gözetmeyen şiddet ve c) şahsa yönelik ciddi ve şahsi bir tehdit kavramları ele anılacak ve bu terimlerin yorumu ile YUKK m. 63'ün yorumu ve uygulanmasına ilişkin bazı tespit ve önerilerde bulunulacaktır.

2.1. Uluslararası ve Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışma

Uluslararası koruma başvuruları değerlendirilirken Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin kapsamında yapılacak incelemede ilk olarak kişinin menşe ülkesinde silahlı çatışmanın var olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu gerekliliğe rağmen, YUKK m. 63'te geçen 'uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma' kavramı YUKK veya Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te[109] (YUKK Uygulama Yönetmeliği) tanımlanmamıştır. Makalenin 1.1 başlıklı bölümünde Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan silahlı çatışma kavramı ve yorumu ele alınmıştır. Bu bölümde yer alan incelemeler sonucunda uluslararası silahlı çatışmanın devletler arasında kuvvet kullanımına başvurulduğunda söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.

---

[109] R.G 17/3/2016, S. 29656.

Daha önce belirtildiği üzere, Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de geçen silahlı çatışma bir uluslararası insancıl hukuk terimi olarak yorumlandığında asgari bir şiddet seviyesine ulaşmamış, uzun süre boyunca devam etmeyen ve tarafları organize silahlı birlikler olmayan çatışmalardan kaçan birçok kişi ikincil korumanın kapsamı dışında kalmaktadır. ABAD Diakité kararı ile Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de yer alan silahlı çatışma teriminin bir uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak değil daha geniş şekilde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Diakité kararında yer alan bu tanım benimsendiğinde uluslararası insancıl hukuk kapsamında silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, düzensiz şiddet eylemleri, iç karışıklık durumlarından kaçan kişiler de gerekli diğer şartları sağladıklarında ikincil korumadan yararlanabileceklerdir.

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan geri gönderme yasağının bir yansıması olarak ortaya çıkmış olan ikincil koruma, 1951 Sözleşmesinde yer alan mülteci tanımının kapsamını genişleterek bu sözleşmeyi tamamlama amacı gütmektedir. İkincil koruma rejimlerinin bu amacı dikkate alındığında, hem Vasıf Yönergesi m. 15(c)'de hem de YUKK m. 63 (1) c'de yer alan silahlı çatışma teriminin bir uluslararası insancıl hukuk kavramı olarak değil daha geniş şekilde yorumlanması gerektiği açıktır. Bu hususlar dikkate alındığında, Türk makamlarının YUKK m. 63(1) c'de yer alan silahlı çatışma terimini yorumlarken ve başvurucunun menşe ülkesindeki silahlı çatışmanın varlığını değerlendirirken ABAD'ın Diakité kararına paralel bir yaklaşım izlemesi yerinde olacaktır. Bu tür bir yaklaşım izlenildiğinde, YUKK m. 63'de geçen ülke genelindeki silahlı çatışma, bir devletin silahlı kuvvetlerinin bir veya birden fazla silahlı grup ile çatışması veya iki veya daha fazla silahlı grubun birbiri ile çatışması olarak tanımlanabilecektir.

AB üyesi devletlerin mahkemeleri sığınmacının menşe ülke ve bölgesinde silahlı çatışmanın varlığını incelerken Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi gibi uluslararası örgütlerin söz konusu ülkede süregelen çatışmalar, şiddet hareketleri ve insan hakları ihlallerine dair raporlarını dikkate almaktadır[110]. Gerçekten de, ikincil korumaya ilişkin değerlendirmede menşe ülke bilgisi ve BM kuruluşları da dâhil olmak üzere uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşlarının menşe ülkedeki silahlı çatışma ve şiddet hareketleri ile ilgili hazırladığı raporlar da dikkate alınmalıdır.

YUKK m. 78(3)'de "Başvuru hakkında karar verilirken menşe veya önceki ikamet ülkesinin mevcut genel şartları ve başvuru sahibinin kişisel

---

110 **EASO (2015)**, s. 2.

şartları göz önünde bulundurulur." denilmektedir[111]. İkincil korumaya ilişkin Göç İdaresi yetkililerinin yaptığı değerlendirmede menşe ülke bilgisinin ve menşe ülkeye ilişkin uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşlarının raporlarının değerlendirilmemesi Ankara 1. İdare Mahkemesi tarafından bir idari işlemin iptal nedeni olarak sayılmıştır: Ankara 1. İdare Mahkemesi 2015 yılına ait bir kararında uluslararası koruma talebi reddedilen bir Afganistan vatandaşının iddialarını incelemiş ve şu tespitte bulunmuştur:

> *"ülke genelindeki silahlı çatışma nedeniyle ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerine maruz kalma riskini taşıyan davacının uluslararası koruma talebinin 6458 sayılı Kanun'un 63. Maddesinde düzenlenen ikincil koruma statüsü açısından menşe ülke hakkında ulusal, uluslararası kuruluşlar (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği vs.) ve sivil toplum örgütleri ile ülkemizin Afganistan'da bulunan Büyükelçilik veya konsolosluklarınca hazırlanan varsa raporlar dikkate alınarak değerlendirilmesi ve diğer taraftan davacının ülkesinde güvenli bölgelerin var olup olmadığı hususunun da 6458 sayılı Kanun'un 78/4. maddesi gereğince araştırılması gerekirken; belirtilen hususlara riayet edilmeksizin tesis edilen davacının uluslararası koruma talebinin reddine yönelik dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmaktadır."*[112]

Ankara 1. İdare Mahkemesi verdiği başka bir kararda da Afganistan vatandaşı bir kişinin uluslararası koruma başvurusunda Afganistan'daki silahlı çatışma ve genel çatışma ortamından bahsetmesine rağmen başvurucunun iddialarının sadece şartlı mülteci statüsü bakımından değerlendirilip, YUKK m. 63'de yer alan ikincil korumaya ilişkin değerlendirilme yapılmadan ve Afganistan'daki çatışma ve şiddet hareketlerine ilişkin bilgi ve uluslararası raporlar değerlendirilmeden reddedilmesini hukuka aykırı bulmuştur[113]. Bunun gibi son derece yerinde verilmiş kararlardan da anlaşılacağı üzere hem mülteci ve şartlı mülteci statüsüne ilişkin hem de ikincil korumaya ilişkin değerlendirmede menşe ülke bilgisi ve menşe ülkedeki silahlı çatışma, şiddet hareketleri ve insan hakları ihlallerine ilişkin BM kuruluşları da dâhil olmak üzere ile ilgili uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşlarının raporları dikkate alınmadan verilecek uluslararası koruma

---

111 Menşe ülke bilgisi ile ilgili ayrıca bkz. YUKK m. 93.

112 Ankara 1. İdare Mahkemesi, 30/09/2015, E. 2015/308, K. 1670.

113 Ankara 1. İdare Mahkemesi, 24/03/2015, E. 2014/2031, K. 2015/601 <http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20%C4%B0DARE%20MAHKEMES%C4%B0%20-2015-601.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018.

kararları iptal edilmelidir. Şunu da son olarak belirtmek gerekir ki, silahlı çatışma ve şiddet hareketlerinin hızlı değişen yapısı dikkate alındığında menşe ülke bilgisi ve uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşlarının raporlarının mümkün olduğunca güncel olmasına dikkat edilmelidir.

2.2. Ayrım Gözetmeyen Şiddet

YUKK m. 63(1) c kapsamında yapılacak incelemede silahlı çatışmanın tespitinden sonra menşe ülke ve bölgede silahlı çatışma ile bağlantılı olan ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinin varlığı ve şiddetin seviyesi incelenmelidir. YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği'nde ayrım gözetmeyen şiddet tanımlanmamıştır. Makalenin 1.2 başlıklı bölümünde Vasıf Yönergesi m. 15(c)'deki ayrım gözetmeyen şiddet kavramı incelenmiştir. Bu incelemeden hareketle ayrım gözetmeyen şiddetin sivil veya askeri hedef ayrımı gözetmeden gerçekleştirilen şiddet hareketlerini kapsadığını söylemek mümkündür. Yine ayrım gözetmeyen şiddeti sivilleri şiddete maruz bırakan hareketler veya kişileri şahsi özelliklerine ve durumuna bakılmaksızın etkileyen şiddet hareketleri olarak da tanımlamak mümkündür. Bu tanımlardan hareketle YUKK m. 63(1) c'de bağlamında ayrım gözetmeyen şiddet belirli bir hedef gözetmeyen veya belirli bir hedef gözetmesine rağmen hedefi dışındaki kişilere zarar veren şiddet hareketleri olarak tanımlanabilecektir. İbadethane, pazar, alışveriş merkezi, şehir meydanları gibi kalabalık yerlere yapılan bombalı ve diğer silahlı saldırılar, el yapımı patlayıcı maddelerin ve mayınların kullanımı, kamusal alanlarına yapılan gelişigüzel saldırılar, hava saldırıları, askeri güçlerin geri çekilirken düşmanın kullanma ihtimali olan her şeyi yok etme politikası *(scorched earth)* ve ablukaya alma ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerine örnek olarak verilebilir[114].

Ayrım gözetmeyen şiddetin varlığı tespit edildikten sonra şiddetin seviyesi de belirlenmelidir. AB üyesi devletlerinin ulusal mahkemelerinin ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesini belirlerken hangi kıstasları esas aldıkları makalenin 1.2 başlıklı bölümünde ortaya konulmuştur. Bu kıstaslar EASO'nun 2015 yılında yayınladığı raporda üç ana başlıkta toplanmıştır: 1)menşe ülkede güvenliğe ilişkin tehditler, 2) şiddetin mağdurları ve 3) diğer etkenler[115]. Menşe ülkede güvenliğe ilişkin tehditler başlığında menşe bölgedeki güvenlik durumu, güvenliği tehdit eden durumların sıklığı, bu durumların ülke genelinde olup olmadığı, güvenliği tehdit eden durumlarda hangi

---

114 **EASO (2014)**, s. 17.

115 **EASO (2015)**, s. 3.

yöntem ve silahların kullanıldığı (ör: el yapımı patlayıcı veya mayın ve bombaların kullanımı, hava saldırılarının varlığı vb.) ve ülkedeki yolların güvenli olup olmadığı incelenmektedir[116]. Şiddetin mağdurları ile ilgili başlıkta ise menşe ülke ve bölgedeki yaygın insan hakları ihlalleri, belirli grupların veya kişilerin hedef alındıkları saldırılar, ölüm ve yaralılara ilişkin istatistikler, sivil kayıpların sayısı, güvenlik güçlerinin verdiği kayıplar ve bölgedeki güvenlik güçlerinin halkı koruma kapasitesi dikkate alınmaktadır[117]. Değerlendirmedeki diğer kıstaslar ise menşe ülke veya bölgedeki yerinden edilmiş kişilerin sayısı, ülkeye geri dönen sığınmacı ve yerinden edilmiş kişilerin durumu, gönüllü geri dönüşlere ilişkin bilgiler, ülkede veya bölgede temel ihtiyaçlara ve hizmetlere erişim, bölgedeki sosyoekonomik durum, menşe ülkedeki yönetimin ülke genelinde kontrol ve vatandaşlarını koruma kabiliyeti olarak belirtilmiştir[118]. Bu kıstaslar YUKK m. 63(1) c kapsamında ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesinin ve yoğunluğunun tespitinde de kullanılabilecek önemli ölçütlerdir.

2.3. Şahsa Yönelik Ciddi Tehdit

YUKK m. 63(1) c kapsamında yapılacak incelemede silahlı çatışma ve ayrım gözetmeyen şiddetin tespitinden sonra ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle başvurucunun şahsına yönelik ciddi tehdidin varlığı araştırılmalıdır. Bu tehdidin araştırılmasına ilişkin YUKK veya YUKK Uygulama Yönetmeliğinde bir usul öngörülmemiştir. Kanımızca YUKK m. 63'te yer alan tehdidin ciddiyeti bu tehdidi oluşturan unsurların başvurucuya fiziki ve psikolojik olarak zarar verme kapasitesi ile ilgilidir. Bu nedenle, menşe ülke ve bölgedeki şiddet seviyesinin yüksek olduğu durumlarda, kişinin şahsına yönelen tehdidin de ciddi olduğu kabul edilmelidir.

AB hukuku ve uygulamasından hareketle, ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle uluslararası koruma başvurucusunun şahsına yönelik ciddi tehdidin tespitinde iki ana unsurun dikkate alınması öngörülebilir. Bu unsurlardan ilki silahlı çatışma durumunda ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesi iken ikinci unsur da kişinin yaşı, engelli olup olmadığı, cinsiyeti, etnik kökeni, mesleği ve çatışan taraflar ile olan bağlantıları gibi kişisel özellik-

---

116 **EASO (2015)**, s. 3.
117 **EASO (2015)**, s. 3.
118 **EASO (2015)**, s. 3, 4.

leridir[119]. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 63. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde geçen ayrım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsa yönelik tehdidin ve bu tehdidin ciddiyetinin tespitinde ABAD'ın Elgafaji kararı ve bu kararda benimsenen değişken ölçek yaklaşımı yol gösterici olarak kabul edilebilir. Makalenin 1.4 başlıklı bölümünde belirtildiği üzere bu yaklaşıma göre kişinin menşe ülke ve bölgesinde ayrım gözetmeyen şiddet seviyesinin yoğunluğu ile uluslararası koruma başvurucusunun şahsi olarak bu hareketlerden dolayı hayatının ve beden bütünlüğünün ciddi bir tehlikede olacağını gösterme ve kanıtlama gerekliliği arasında ters orantı olduğu kabul edilmektedir. Eğer Türk makamları 'şahsa yönelik ciddi tehdit' kavramını Elgafaji kararında benimsenen şekilde yorumlar ise, silahlı çatışma durumunda ayrım gözetmeyen şiddet seviyesinin çok yüksek olduğu ve bu nedenle belirli bir ülke veya bölgeye dönecek olan tüm bireylerin hayatının veya kişiliğinin tehdit altında olduğu durumlarda artık sığınmacının bu şiddet hareketleri nedeniyle **şahsi olarak** tehdit altında olacağını göstermesi ve ispat etmesi beklenmeyecektir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus da, şahsa yönelik ciddi bir tehdidin var olması için başvurucunun silahlı çatışmanın tarafları veya şiddet hareketleri tarafından özellikle hedef alınmasının gerekli olmayışıdır[120].

Makalenin 1.5 başlıklı bölümünde de belirtildiği üzere şahsa yönelik tehdidin kaynağı doğrudan silahlı çatışma olabileceği gibi silahlı çatışma nedeniyle ülkedeki hukuk sisteminin çökmesi, güvenlik güçlerinin etkinliğini yitirmesi ve diğer kamu hizmetlerinin çöküşü sonucu ortaya çıkan silahlı çatışmanın dolaylı etkileri de olabilir. Örneğin, silahlı çatışmanın bir sonucu olarak bir ülkedeki hukuk sisteminin çökmesi ve güvenlik güçlerinin etkinliğini yitirmesi nedeniyle sivillerin işlediği öldürme ve yaralama gibi vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile hırsızlık ve yağma gibi malvarlığına karşı suçların artması da şahsa yönelik tehdidin kaynağı olarak kabul edilmelidir[121]. Benzer şekilde, silahlı çatışma nedeniyle menşe ülke veya bölgede sivillerin yemek, su, acil sağlık hizmeti

---

119 **Lambert**, s. 217.

120 **European Council on Refugees and Exiles (ECRE**): "Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission Proposal to recast the Qualification Directive" March 2010 <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Comments-on-the-Commission-Proposal-to-Recast-the-Qualification-Directive_March-2010.pdf>> erişim tarihi: 30.03.2018, s. 16.

121 Bundesverwaltungsgericht (Germany), Judgment of 17 November 2011, 10 C 13.10, ECLI: DE: BVerwG: 2011: 171 111U1 0C13.10.0, para 23; **EASO (2014)**, s. 18.

gibi temel ihtiyaçlarına erişememesi de tehdidin varlığını ve bu tehdidin ciddiliğini değerlendirirken dikkate alınmalıdır[122].

2.4. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 63. Maddesinin 1. Fıkrasının c Bendi Uyarınca Yapılan İkincil Koruma Değerlendirmesi ve İkincil Korumadan Hariç Tutulma

Uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesinde önce başvurucunun YUKK m. 61'de tanımlandığı üzere mülteci ve YUKK m. 62 kapsamında şartlı mülteci olup olmadığı değerlendirilecektir. Başvurucunun mülteci ve şartlı mülteci olmadığının **mutlak olarak** tespitinden sonra ikincil korumaya ilişkin değerlendirme yapılmalıdır[123].

Bu hususun tespiti sırasında veya ikincil korumaya ilişkin değerlendirmede başvurucunun YUKK m. 64'de sayılan uluslararası koruma ve ikincil korumadan hariç tutulan kişiler arasında olup olmadığı da değerlendirilmelidir. YUKK m. 64'te ikincil korumadan hariç tutulma nedenleri 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m. 17'ye paralel şekilde düzenlenmiştir[124]. YUKK m. 64 (1) 1951 Sözleşmesi m. 1 (F)'de belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat olan kişileri ve Türkiye dışında hangi saikle olursa olsun zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenler olan kişileri uluslararası korumadan hariç tutmuştur. Ayrıca, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler olan kişiler ve Türkiye'de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve sadece bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk etmiş kişiler ikincil korumadan hariç tutulmuştur[125]. Eğer uluslararası koruma başvurucusunun uluslararası koruma değerlendirmesinin başında veya bu değerlendirme sırasında YUKK m. 64 uya-

---

122 **UNHCR**: "Safe at Last? Law and Practice in Selected EU Member States With Respect to Asylum-Seekers", 2011, <http://www.unhcr.org/protection/operations/4e2d7f029/safe-law-practice-selected-eu-member-states-respect-asylum-seekers-fleeing.html> erişim tarihi: 30.03.2018, s.60.

123 Bu yöndeki İdare Mahkemeleri Kararı için bkz. Ankara 1. İdare Mahkemesi, 21/04/2015, E. 2014/2158, K. 2015/823, <http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20%C4%B0DARE%20MAHKEMES%C4%B0%202015-823.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018.

124 **Çiçekli,** s. 256-262.

125 YUKK m. 64.

rınca uluslararası korumadan ve ikincil korumadan hariç tutulacak kişiler arasında olduğu anlaşılırsa kişinin başvurusu reddedilecektir.

YUKK m. 63(1) c, Vasıf Yönergesi m. 15(c)'den farklı olarak ikincil koruma statüsünün verilmesi için uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişinin sivil olmasını bir şart olarak düzenlememiştir. Bu da ilk bakışta silahlı çatışmada sivil olmayan kişilerin de YUKK m. 63(1) c, kapsamında ikincil koruma statüsünden yararlanabileceği anlamına gelmektedir. Fakat başvurucu sivil olmamakla birlikte savaş suçu, insanlığa ve barışa karşı suç işlemiş, bu suçlara iştirak etmiş veya suçların işlenmesini tahrik etmiş ise veya başvurucunun silahlı çatışmada zalimce eylemler yaptığını düşündürecek ciddi nedenler var ise artık başvurucu uluslararası korumadan hariç tutulacaktır[126]. Sivil olarak sayılamayacak uluslararası koruma başvurucuları arasında kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler olan kişiler de yine uluslararası koruma ve ikincil korumanın dışında bırakılacaktır.Bu incelemeden de anlaşılacağı üzere her ne kadar sivil olmamak başlı başına ikincil koruma kapsamı dışında bırakılma nedeni olarak öngörülmemişse de sivil olmayan kişiler için YUKK m. 64'de yer alan ikincil korumanın haricinde tutulma ve YUKK m. 54'te yer alan sınır dışı nedenlerine dair ayrıca bir inceleme yapılmalıdır.

Uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişinin mülteci ve şartlı mülteci olmadığı ve uluslararası koruma ve ikincil korumadan hariç tutulan kişilerden biri olmadığı takdir edildikten sonra YUKK m. 63 ışığında ikincil korumaya ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Makalenin konusu olan YUKK m. 63(1) c bakımından yapılan değerlendirmede ise önceki bölümlerde incelendiği üzere ilk olarak başvurucunun menşe ülkesinde silahlı çatışma ve bu çatışma nedeniyle ayrım gözetmeyen şiddetin varlığı tespit edilecek, daha sonra ise ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesi ve başvurucunun kişisel özellikleri de dikkate alınarak bu bilgiler ışığında başvurucunun hayatı ve bedensel bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehdit olup olmadığı araştırılacaktır.

İkincil korumaya ilişkin değerlendirmede son olarak dâhili kaçış alternatifinin var olup olmadığı değerlendirilmelidir. YUKK m. 78(4) dâhili kaçış alternatifi/dâhili koruma alternatifini 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi m. 8'e çok benzer biçimde şu şekilde düzenlemiştir:

> "*Başvuru sahibine, zulüm veya ciddi zarar görme tehdidine karşı vatandaşı olduğu ülke veya önceki ikamet ülkesinin belirli bir bölge-*

---

126 YUKK m. 64.

sinde koruma sağlanabiliyorsa ve başvuru sahibi, ülkenin o bölgesine güvenli bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek durumdaysa, başvuru sahibinin uluslararası korumaya muhtaç olmadığına karar verilebilir."

Eğer başvurucunun menşe ülkede yukarıdaki şartları sağlayan güvenli bir bölgeye geri dönüşü, burada kalıcı olarak yaşaması ve bu bölgeye güvenli seyahati mümkün olacak ise ikincil koruma başvurusu reddedilebilecektir. Ankara 1. İdare Mahkemesi 2015 yılına ait bir kararında YUKK m. 78(4)'te düzenlenen dahili kaçış alternatifi değerlendirilmeden uluslararası korumaya dair karar verilmesini hukuka aykırılık nedeni olarak saymıştır[127].

SONUÇ

Bu çalışmada mevzuatımıza AB hukukundan aktarılan ikincil koruma statüsü ve silahlı çatışma durumlarında ayrım gözetmeyen şiddet hareketlerinden kaçan kişilerin AB Vasıf Yönergesi ve YUKK m. 63 kapsamında korunması ele alınmıştır.

Bu makaledeki incelemeden de anlaşılacağı üzere AB Vasıf Yönergesi m. 15(c) anlaşılması ve yorumlanması güç ve birbiri ile çelişen terimlerin yer aldığı, oldukça çetrefilli bir düzenlemedir. Bu nitelikteki bir AB hukuku düzenlemesinin sadece birkaç değişiklik ile mevzuatımıza aktarılması ne yazık ki birçok hukuki problemi de beraberinde getirmiştir. Makalede ortaya konulduğu üzere ABAD ve AB üyesi devletlerin ulusal mahkemeleri Yönergenin kabul edildiği 2004 yılından itibaren verdikleri kararlar ile Vasıf Yönergesi m. 15(c)'nin yorumu ve uygulanması ile ilgili birçok hususu açığa kavuşturmuşlardır. Avrupa mahkemelerinin içtihatları ve akademik çalışmalar ışığında silahlı çatışmalarda ayrım gözetmeyen şiddetten kaçan kişilerin ikincil korunması ile ilgili bazı önemli ilkeleri belirtmek suretiyle makalede ülkemizdeki ikincil koruma uygulamasına ve özellikle YUKK m. 63'ün yorumuna bir nebze de olsa ışık tutmak amaçlanmıştır.

Bu çalışmada AB hukuku ve uygulamasının incelenmesi sonucu YUKK m. 63'ün yorumu ve uygulanması ile ilgili bazı sonuçlar çıkartılmıştır. Bu sonuçları üç ana başlıkta toplamak mümkündür. İlk sonuç, YUKK m. 63'de yer alan silahlı çatışma ve ayrım gözetmeyen şiddet kavramlarının sadece uluslararası insancıl hukuk esas alınarak yorumlanmasının silahlı

---

[127] Ankara 1. İdare Mahkemesi, 30/11/2015, E. 2014/2070, K. 2015/2630.

çatışmadan kaçan birçok kişiyi ikincil korumanın kapsamı dışında bırakacağıdır. Bu nedenle ikincil koruma statüsünün verilmesi için büyük önem arz eden silahlı çatışma ve ayrım gözetmeyen şiddet terimlerinin uluslararası insancıl hukuka nazaran daha geniş şekilde yorumlanması gerekmektedir.

İkinci olarak, YUKK m. 63'de yer alan şahsa yönelik tehdidin tepsitinde silahlı çatışma durumunda ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesi ile sığınmacının yaşı, engelli olup olmadığı, dini, cinsiyeti, etnik kökeni, mesleği ve çatışan taraflar ile olan bağlantıları gibi kişisel özelliklerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, eğer menşe ülke ve bölgedeki ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesi çok yüksek ise bu şiddet hareketlerinin o bölgede yaşayan tüm siviller gibi uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişi için de şahsi ve ciddi bir tehdit oluşturduğu varsayılmalıdır. Daha önce de belirtildiği üzere, AB üyesi ülkelerin ulusal mahkemeleri silahlı çatışma durumlarında şiddetin seviyesinin tespitinde menşe ülkede güvenliği tehdit eden hallerin sıklığı, bu durumların ülke genelinde olup olmadığı, güvenliği tehdit eden durumlarda hangi yöntem ve silahların kullanıldığı, sivil kayıplar, yerinden edilen kişilerin sayısı ve menşe ülkedeki siyasi otoritenin temel işlevlerini yerine getirip getirmediği gibi birçok değişkeni dikkate almaktadır. Bu ölçütlerin Türk makamları tarafından da ayrım gözetmeyen şiddetin seviyesinin tespiti için değerlendirilmesi kapsamlı ve detaylı bir ikincil koruma incelemesi yapılması anlamına gelecektir.

AB ikincil koruma hukuku ve uygulamasından çıkartılabilecek üçüncü önemli sonuç, uluslararası koruma başvurucusunun şahsına yönelik tehdidin var olması için kişinin silahlı çatışma tarafları veya şiddet hareketleri tarafından özellikle hedef alınmasının gerekmemesidir. Menşe ülkede güvenlik güçlerinin etkinliğini yitirmesi, hukuk sisteminin çökmesi gibi silahlı çatışmanın dolaylı sonuçları da bir sığınmacının şahsına yönelik ciddi tehdit yaratabilecek niteliktedir.

AB hukuku ve uygulamasının incelenmesi sonucu ortaya konulan bu hususların Türk makamları tarafından ikincil korumaya ilişkin değerlendirmede dikkate alınması, Türkiye'de geri gönderme yasağı ve uluslararası insan hakları prensiplerini gözeten bir ikincil koruma politikası uygulanmasına ve bu korumadan gerçekten uluslararası korumaya muhtaç daha çok kişinin yararlanmasına katkıda bulunacaktır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Kitap Bölümleri

Batur Yamaner, Melike/**Öktem**, A. Emre/**Kurtdarcan**, Bleda/**Uzun**, Mehmet C. Çeviri: "12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri" Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sayı 42, İstanbul 2009.

Çiçekli, Bülent: 6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

Ekşi, Nuray: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Goodwin-Gill, Guy S./**McAdam**, Jane: The Refugee in International Law, First Edition, Oxford University Press, Oxford, Newyork 2007.

Hailbronner, Kay (edn) EU Immigration and Asylum Law Commentary on EU Regulations and Directives, 1. Baskı, Hart Publishing, 2010.

Moreno-Lax, Violeta: "Of Autonomy, Autarky, Purposiveness and Fragmentation. The Relationship between EU Asylum Law and International Humanitarian Law" in **Cantor,** David/**Durieux**, Jean-François (eds), Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law, 1. Baskı, Martinus Nijhoff Yayınevi, 2014, s. 295-241.

Özkan, Işıl: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.

Parlak, Türkan Melis: Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmalarda Kadınların Korunması, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 14. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2015.

Schindler, Dietrich: The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols, Alphen aan den Rijn Sijthoff & Noordhoff , Volume 163, 1979.

Sur, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Turns, David: "The Law of Armed Conflict" in **Evans**, Malcolm (edn) International Law, 4. Baskı, Oxford University Press, 2014, s. 814-815.

Tütüncü, Ayşenur: İnsancıl Hukuka Giriş, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

Yıldırım, Tülay: Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.

Makaleler

Bauloz, Céline: "The Definition of Internal Armed Conflict in Asylum Law: The 2014 Diakité Judgment of the EU Court of Justice" Journal of International Criminal Justice, Volume 12, Issue 4, 2014, s. 834-846.

Çelik, Neşe Baran: "Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak Ve Yükümlülükleri" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 1, 2015, s. 67-148.

Errera, Roger: "The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji-and After" International Journal of Refugee Law", International Journal of Refugee Law, Volume 23, Issue 1, 2010, s. 93-112.

Ertuğrul, Ümmühan Elçin: "Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması" Ankara Barosu Dergisi, Sayı 75, Cilt 1, 2017, s. 152-180.

Lambert, Helene: "The EU Asylum Qualification Directive, its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law", International & Comparative Law Quarterly, Volume 55, Issue 1, 2006, s. 161-192.

McAdam, Jane: "The European Union Qualification Directive: the Creation of a Subsidiary Protection Regime", International Journal of Refugee Law, Volume 17, Issue 3, 2005, s. 461-516.

Nicolosi, Salvatore Fabio: "Disconnecting Humanitarian Law from EU Subsidiary Protection: A Hypothesis of Defragmentation of International Law", Leiden Journal of International Law, Volume 29, Issue 2, 2016, s. 463-483.

Özer, Y. Yeşim: "Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Çalışma Alanı Olarak Uluslararası Göç: Yasalaşma ve İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 45, 2011, s. 73-89.

Storey, Hugo: "EU Refugee Qualification Directive: A Brave New World", International Journal of Refugee Law, Volume 20, Issue 1, 2008, s. 1-49.

Soykan, Cavidan: "The New Draft Law on Foreigners and International Protection in Turkey", Oxford Monitor of Forced Migration, Volume 2, Issue 2, 2012, s. 38-47.

Tokuzlu, Lami Bertan: "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Yasal Belirlilik İlkesi Konusunda Türk Uygulamasına Katkısı Üzerine Bir Değerlendirme", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, Cilt 1, 2016, s. 1061-1106.

Mahkeme Kararları

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkeme Kararları

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), The Prosecutor v. Fatmir Limaj, IT-03- 66-T, 30 Kasım 2005

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY), Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement), IT-94-1-A, 15 Temmuz 1999.

ABAD Kararları

Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-285/12 [2014], Aboubacar Diakité / Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides 30 Ocak 2014.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-465/07 [2009] ECR I-00921, Meki Elgafaji ve Noor Elgafaji / Staatssecretaris van Justitie, 17 Şubat 2009.

Fransız Mahkeme Kararları

Conseil d'État (France), 3 Juillet 2009, Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides c M. Baskarathas, No 320295. <http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2009-07-03/320295> erişim tarihi: 30.03.2018.

La Cour Nationale du Droit d'asile (France), 2ème Section, 1ère Chamber, 9 Mars 2018, No, Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) c M. H., No 17045561. <http://www.cnda.fr/content/download/130526/1323291/version/1/file/CNDA%209%20mars%202018%20M.%20H.%20n%C2%B0%2017045561%20C.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018.

İngiliz Mahkeme Kararları

HH & others (Mogadishu: armed conflict: risk) Somalia CG [2008] UKAIT 00022.

HM and others (Article 15(c)) Iraq CG [2012] UKUT 00409(IAC).

KH (Article 15(c) Qualification Directive) Iraq CG [2008] UKAIT 00023.

Upper Tribunal AMM and Others v Secretary of State for the Home Department [2011] UKUT 00448. (Immigration and Asylum Chamber)

ZMM (Article 15(c)) Libya CG [2017] UKUT 263 (IAC).

Türk Mahkeme Kararları

Ankara 1. İdare Mahkemesi, 21/04/2015, E. 2014/2158, K. 2015/823.

Ankara 1. İdare Mahkemesi, 30/09/2015, E. 2015/308, K.1670.

Ankara 1. İdare Mahkemesi, 30/11/2015, E. 2014/2070, K. 2015/2630.

Diğer Mahkeme kararları

Administrative Court of Slovenia, Judgments of 25 Sept 2013, I U 498/2012-17 and 29 Jan 2014 I U 1327/2013-10.

Bundesverwaltungsgericht (Germany), Judgment of 17 November 2011, 10 C 13.10, ECLI: DE: BVerwG: 2011: 171 111U1 0C13.10.0.

Diğer Kaynaklar

EU Red Cross: "Position Paper: Proposed Recast of the EU Qualification Directive and the Asylum Procedures Directive", 2010.

European Asylum Support Office (EASO): "Article 15(c) Qualification Directive (2011/95/EU) A Judicial Analysis", December 2014, <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Article-15c-Qualification-Directive-201195EU-A-judicial-analysis.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018.

European Asylum Support Office (EASO): "The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States", July 2015,<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO_The-Implementation-of-Art-15c-QD-in-EU-Member-States.pdf> erişim tarihi: 30.03.2018.

UNHCR: "Asylum in the European Union, A Study on the Implementation of the Qualification Directive", 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/473050632.html> erişim tarihi: 30.03.2018.

UNHCR: "UNHCR Statement on Subsidiary Protection Under the EC Qualification Directive for People Threatened by Indiscriminate Violence", January 2008, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/479df7472.html> erişim tarihi: 30.03.2018.

TÜRK HUKUKUNDA ÇİFTE/ÇOK VATANDAŞLIKTAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi Ebru KARADEMİR*

Öz

Vatandaşlık hukukuna hakim olan ilkelerden kabul edilen "herkesin sadece tek bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesi, kişinin birden fazla devletin vatandaşlığına aynı anda sahip olması demek olan "çifte vatandaşlık" veya "çok vatandaşlık" hallerinin gün geçtikçe birçok devlet tarafından tanınarak vatandaşlık kanunlarına girmesi ile birlikte neredeyse geçerliliğini kaybetmiştir. Buna rağmen, bazı ülkeler, çifte/çok vatandaşlık konusunda muhafazakâr davranmaktadırlar. Almanya gibi bazı devletler, kişinin başka bir devletin vatandaşlığını kazanabilmesi için yasal olarak (de jure) önceki vatandaşlığından çıkmasını öngörürken bazıları, öngördükleri bu yasal gerekliliği hafifletecek bir fiili (de facto) uygulama geliştirmiştir. Diğer taraftan, Türk vatandaşlık hukuku, Türk vatandaşlarının Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olabilmesini anlayışla karşılamaktadır. "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", çifte/çok vatandaşlığı reddetmeyen bir düzenlemeye sahiptir. Amerika Birleşik Devletleri'nde çifte/çok vatandaşlığı engelleyen kanuni bir düzenleme yoktur. Devletlerin vatandaşlık kazanma şartlarını birbirinden farklı veya birbirine benzer şekilde düzenlemeleri ya da sonradan vatandaşlık kazanılmasına imkân tanımaları, kişinin aynı anda birden fazla devletin vatandaşı olması sonucunu doğurabilmektedir. Çifte/çok vatandaşlık durumları, birden çok devletin vatandaşlık ilişkisinden doğan hak ve yetkilerini aynı kişi üzerinde kullanmalarına imkân sağladığı için diplomatik himaye hakkının ileri sürülmesi, yetkili mahkeme ve uygulanacak hukukun tayini, askerlik yükümlülüğü ve nüfus kayıtlarının tutulması gibi konularda çıkabilecek olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarına hukuki zemin hazırlamaktadır.

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ebru.karademir@izmirekonomi.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 05.09.2017-05.09.2017-30.10.2017/Makale Kabul Tarihleri: 30.10.2017-18.09.2017-10.11.2017)

Anahtar Kelimeler

Çifte/çok vatandaşlık

DOUBLE/MULTIPLE CITIZENSHIP RELATED PROBLEMS IN TURKISH LAW

Abstract

"Everyone should hold only one citizenship" is almost expired to be a principle of citizenship law due to the acceptance of "double citizenship" or "multiple citizenship" situations by many countries today. However, some countries stay conservative towards double/multiple citizenship. While some countries like Germany, foresees a legal requirement (de jure) of loss of previous citizenship in order to obtain another country's citizenship, some others developed a practice (de facto) which weakens this legal requirement. On the other hand, Turkish citizenship law has an insightful approach towards Turkish citizens who wish to obtain another country's citizenship. "European Convention on Citizenship", has a regulation favoring double/multiple citizenship. In United States, there is no legal regulation which prohibits double/multiple citizenship. The differences and similarities among the countries' citizenship laws or the acceptance of acquired citizenship status may cause double/multiple citizenship. Since double/multiple citizenship provides opportunity for utilization of citizenship related rights and authorities on the same person concurrently by more than one country; it may cause affirmative disputes on matters such as diplomatic protection, competent court and governing law, military service and personal registries.

Keywords

Dual/multiple citizenship

1. GİRİŞ

Vatandaşlık hukukuna hakim olan ilkelerden "herkesin sadece tek bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesi, kişinin birden fazla devletin vatandaşlığını aynı anda taşıması anlamına gelen "çifte vatandaşlık" veya "çok vatandaşlık" hallerinin gün geçtikçe birçok devlet tarafından tanınarak vatandaşlık kanunlarına girmesi ile birlikte neredeyse geçerliliğini kaybetmiştir[1]. Bunun başlıca nedeni, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra yaşanılan göç hareketleri sonucunda vatandaşı olmadıkları ülkelerde yaşamak zorunda kalan insan sayısının artmış olmasıdır[2].

Çifte/çok vatandaşlıktan kaynaklanan olumlu uyuşmazlıklar, uluslararası gerginlik dönemlerinde, savaş devirlerinde ve sermaye ile emeğin ulusal sınır ötesine taşınması halinde hiç de küçümsenemeyecek çekişmelere yol açmıştır[3]. Devletler, geçen yüzyıldan beri uluslararası antlaşmalarla çifte/çok vatandaşlığı önleme çabası göstermişlerdir. 12.04.1930 tarihli "Vatandaşlık Kanunları İhtilafına İlişkin Bazı Sorunlar Hakkında Sözleşme ("La Haye Sözleşmesi")"[4], vatandaşlık uyuşmazlıklarını çözümlemeyi amaçlamakta; 06.05.1963 tarihli "Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğü Hakkında Sözleşme ("Strasbourg Sözleşmesi")"[5] ise, çifte/çok vatandaşlığı önleme çabasındadır. Fakat uygulama, çifte/çok vatandaşlığı önlemek yerine onun yol açtığı

---

1 **Aybay**, Rona: "Türk Hukukunda Çifte Vatandaşlık Bir Hak Mıdır?", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler (Ed. **Hailbronner**, Kay/ **Tiryakioğlu**, Bilgin/**Küçük**, Esin/**Schneider**, Katja), 2. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 175, Ankara 2013, s. 156; **Doğan**, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 13. bs., Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 29; **Erdem**, Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 5. bs., Beta Basım, İstanbul 2016, s. 14; **Güngör**, Gülin: Tâbiiyet Hukuku, 4. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 25; **Özkan**, Işıl/**Tütüncübaşı**, Uğur: "Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 622-623.

2 Çifte/çok vatandaşlığın tarihi gelişimi için bkz. **Göğer**, Erdoğan: "Çifte Vatandaşlık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1-4, Y. 1995, s. 138-149.

3 **Göğer**, s. 130.

4 https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/LON/PARTII-3.en.pdf (erişim: 06.07.2017).

5 http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/043 (erişim: 06.07.2017); Geniş bilgi için bkz. **Uluocak**, Nihal: "Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Son Gelişmeler", Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 2, C. 7, Y. 1987, s. 181-186.

uyuşmazlıkları çözmeye çalışmanın daha akıllıca bir yol olacağını göstermiştir[6].

Çifte/çok vatandaşlığın, feodal düzenin ortaya koymağa çalıştığı kadar korkulacak bir hal olmadığı, zararından çok yararı olduğu endüstriyel toplum tarafından kabul olunmuştur. Şöyle ki; çifte/çok vatandaşlık, çıkarlar dengesi alanında bireyin yararınadır. Birey, siyasî veya ekonomik nedenlerle ayrıldığı vatanından tamamen kopmamaktadır ve çifte/çok vatandaşlık sayesinde kültürlerin birbirlerini anlamalarına yardımcı olmaktadır. Ayrıca, çifte/çok vatandaşlık, emeğin ve sermayenin dengesiz dağılımının getirdiği sakıncaları kısmen de olsa azaltmaktadır. Bir diğer nokta da, devletin yabancı ülkelerde ulusal çıkarlara hizmet edecek baskı gruplarını oluşturmasının kolaylaşabileceğidir. Kaldı ki, Türkiye gibi emek ihraç eden, hızlı nüfus artışı dolayısıyla işsizlik sorunu bulunan ve yabancı sermaye ile yabancı teknolojiye gerek duyan devletlerin çifte/çok vatandaşlıktan korkmamaları gerekir[7].

2. ÇİFTE/ÇOK VATANDAŞLIK DÜZENLEMELERİ

Avrupa Birliği ("AB") vatandaşlığı ile birlikte üye devlet vatandaşlığına sahip olmak, çifte/çok vatandaşlık olarak nitelendirilemez. "AB Antlaşması (m. 9) ve AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (m. 20)"[8] hükümlerinde düzenlenen Birlik vatandaşlığı, üye devlet vatandaşı olan kişilere verilen tamamlayıcı; fakat, ulusal vatandaşlığın yerini almayan bir vatandaşlıktır. Üye devlet vatandaşları, diğer üye devletlerde Antlaşma'da belirlenen haklardan yararlanır[9].

Kendi vatandaşlığına almak için özel şartlar aramak, her devletin hakkıdır. La Haye Sözleşmesi m. 1 hükmü ile her devletin kendi hukuku uyarınca kimin kendi vatandaşı olduğunu tespit edeceği hükme bağlanmıştır. Bu hukuk; uluslararası antlaşmalara, uluslararası teamüle ve tâbiiyet alanında geçerli olan ilkelere uygun olduğu müddetçe diğer devletler tarafından

---

6 **Göğer**, s. 154-155.

7 **Göğer**, s. 130-131.

8 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=EN (erişim: 10.07.2017).

9 Geniş bilgi için bkz. **Gerçek**, Şahin: "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği Vatandaşlığı İle İlgili Son Yaklaşımları", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.21, S. 2, Y. 2013, s. 37-54.

tanınacaktır. Benzer düzenleme, 06.11.1997 tarihli "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ("AVS")"[10] m. 3 hükmünde de yer almaktadır.

Çifte/çok vatandaşlık hakkının kabul edilerek vatandaşlara tanınması; devletlerin siyasi, ekonomik ve kültürel çıkarları ile doğru orantılıdır. Devlet, bir yandan ülke dışında oturmasına rağmen ülke kültürüne bağlı olan kişileri kollamak, diğer yandan ülkeye yerleşmek niyetiyle gelen kişilerin sayılarının artmasını önlemek için vatandaşlık hukukunun olanaklarından yararlanmaktadır. Çıkar çatışmalarını yumuşatmak ve bireylerin iradelerine daha geniş serbesti tanımak amaçları ile vatandaşlık hukuku, bazı kurumları zorunlu görmüştür[11].

Bir devletin çifte/çok vatandaşlık politikasını doğru değerlendirebilmek için o devletin başka bir devletin vatandaşlığını kazanmak isteyen kendi vatandaşlarına olan tutumuna da bakmak gerekir. Başka bir devletin vatandaşlığını kazanmak isteyen kendi vatandaşlarına asıl vatandaşlıklarını muhafaza edebilmeleri için izin vermeyen bir devletin, çifte/çok vatandaşlık karşıtı olduğu söylenebilir. Diğer taraftan bu devlet, kendi vatandaşlarının başka bir devletin vatandaşlığını kazanmasını desteklememekle beraber kendi vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılara karşı olumlu bir tutum sergileyebilir[12].

29.05.2009 tarihli 5901 sayılı "Türk Vatandaşlık Kanunu ("TVK")"[13], Türk vatandaşlarının Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olabilmesini anlayışla karşılayan bir düzenlemeye sahiptir. TVK m. 3 (1) (b) uyarınca, "Çok vatandaşlık, bir Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olmasıdır". TVK m. 44 uyarınca, herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yazılacaktır. Çok vatandaşlığın

---

10 http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166 (erişim: 06.07.2017); Geniş bilgi için bkz. **Güngör**, Gülin: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ("AVS")", Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 1-2, C. 17-18, Y. 1997-1998, s. 229-250; **Tanrıbilir**, Feriha Bilge: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku", Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 2, C. 22, Y. 2002, s. 791-818.

11 **Göğer**, s. 128, s. 151-152.

12 **Tiryakioğlu**, Bilgin: "Multiple Citizenship And Its Consequences In Turkish Law", Ankara Law Review, V. 3, No. 1, Y. 2006, s. 7-8.

13 RG: 27256-12.06.2009.

hangi sebeple veya hangi yolla kazanılmış olduğu da önemli değildir[14]. TVK'da yer alan vatandaşlığın kaybı hallerinden kaybettirme ve vatandaşlığa alınmanın iptali kurumları, genelinde çifte/çok vatandaşlığı önlemeye yönelik değildir. Belirtilen kurumların ana amacı, hakkın kötüye kullanılmasını önlemek ve devletin varlığı ile güvenliğini korumaktır[15].

Türkiye, çifte/çok vatandaşlık hakkını vatandaşlarına 13.02.1981 tarihli ve 2383 sayılı "11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ("mülga TVK")'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun"[16] ile vermiştir. Diğer taraftan, mülga TVK[17]'nın kaybettirme başlığını taşıyan değişik m. 25 (a) (Uygulanmasına İlişkin mülga Yönetmelik[18] değişik m. 36 (a)) hükmüne göre, izin almaksızın kendi istekleriyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananların Türk vatandaşlığını kaybettiklerine Bakanlar Kurulu'nca karar verilebilmekteydi[19]. Bu değişiklikle beraber, mülga Kanun 25. maddeye yeni bir kaybettirme nedeni olarak (h) bendi (Uygulanmasına İlişkin mülga Yönetmelik ek m. 36 (h)) eklenmişti. Bu bendin eklenmesindeki maksat, çifte/çok vatandaşlığı olan ve yabancı ülkede ikamet eden Türk vatandaşları için bir sadakat testi yapmaktı. Bu hükümde düzenlenen vatandaşlığı kaybettirme sebebinin işlemesi için kişinin herhangi bir yolla yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olması ve kesintisiz en az 7 yıl Türkiye dışında oturması ve Türkiye ile ilgisi ve bağlılığını kesmesi gerekmekteydi. Mülga Yönetmelik uyarınca, ilgilinin Türkiye'de gayrimenkullerinin veya işyerlerinin bulunması, ailesinden bir kısmının Türkiye'de oturması, ilgilinin bunlarla bağlılığını sürdürerek bu süre içinde zaman zaman yurda gelip gitmesi, şahsi ve medeni halinde meydana gelen değişikliklerle diğer nüfus olaylarını yetkili makamlara bildirmesi ve askerlik işlemlerini yaptırması halinde Türkiye ile ilgi ve bağlılığını kesmediği ve Türk vatandaşlığını korumak istediği anlaşılmaktaydı. TVK'da bu hükümler muhafaza edilmemiştir. Yani, Türk vatandaşları, mülga Kanun'dan farklı olarak yetkili makam izni olmaksızın yabancı devlet vatandaşlığını kazanabilirler. Mevcut düzenlemenin 29. maddesi (Uygulan-

---

14 **Nomer**, s. 154.

15 **Göğer**, s. 154.

16 RG: 17254-17.02.1981.

17 RG: 11638-22.02.1964.

18 RG: 11742-01.07.1964 (RG: 17286-21.03.1981 ile değişik).

19 Örn. Merve Safa Kavakçı'nın vatandaşlığının kaybettirilmesine ilişkin 99/12827 sayılı BK kararı için bkz. RG: 23697-16.05.1999.

masına İlişkin Yönetmelik[20] m. 56 (1)) uyarınca, İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığı kaybettirilebilecek kişiler sadece; a) Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar. b) Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler ve c) İzin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlardır.

Bazı devletlerin çifte/çok vatandaşlık konusunda muhafazakâr tutumlarının etkisiyle, mülga TVK m. 29 hükmünde değişiklik öngören 07.06.1995 tarih ve 4112 sayılı "Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"[21] ile özel statülü yabancıların mağdur olmamaları için pembe kart uygulaması (mevcut mavi kart) getirilmişti. Mülga TVK m. 29 hükmünün "Bu Kanun ile Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tutulur." cümlesinden sonraki cümle "Ancak doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmadan önce veya kazandıktan sonra Bakanlar Kurulu'ndan Türk vatandaşlığından çıkma izni alan kişiler ve bunların kanuni mirasçıları, Türkiye Cumhuriyeti'nin milli güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı konularında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanır." şeklinde değiştirilmişti. Cümlenin önceki halinde söz konusu kişiler, bu konularda ancak Türk kanunlarının yabancılara tanıdığı haklardan faydalanabilmekteydi. 29.06.2004 tarih ve 5203 sayılı "Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"[22] ile mülga TVK m. 29 hükmünde tekrar değişiklik yapılmış ve vatandaşlıktan izinle çıkmış olan eski Türk vatandaşları ile bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocuklarının (TVK m. 28 uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocuklarının) askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, asli ve sürekli olarak kamu görevlerine girme ve muafen araç veya ev eşyası ithal

---

20 RG: 27544-06.04.2010.

21 RG: 22311-12.06.1995.

22 RG: 25514-06.07.2004.

etme hakları dışında bütün haklardan Türk vatandaşlarıyla eşit biçimde yararlanacakları belirtilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, çifte/çok vatandaşlığa karşı iki yaklaşım vardır: Bazıları, çifte/çok vatandaşlığın yaygın imkânlar sunduğunu ve daha fazla göçmenin Amerikan vatandaşlığı için cesaretlendirildiğini belirtmektedir. 11 Eylül 2001 terörist saldırısından sonra sayıları artan karşıt grup ise, çifte/çok vatandaşlığın entegrasyonu zedeleyeceğini, refah seviyesini azaltacağını ve uyuşmazlık hallerinde Amerikan menfaatlerini tehlikeye sokacağını vurgulamaktadır[23]. Bununla beraber, çifte/çok vatandaşlığı engelleyen kanuni bir düzenleme yoktur. Vatandaşlık başvurusunda bulunan kişinin asli vatandaşlığından çıkıp çıkmadığına bakılmamakta, kişinin asıl vatandaşlığını kazandığı devlete Amerikan vatandaşlığını kazandığı hakkında herhangi bir bildirimde bulunulmamaktadır. Bu nedenle, ne Amerikan devleti ne de asıl vatandaşlığın edinildiği devlet, kişinin çifte/çok vatandaş olduğunu bilemeyebilir[24].

AVS de, çifte/çok vatandaşlığı reddetmeyen bir düzenlemeye sahiptir. AVS m. 2 uyarınca, "Çok vatandaşlık, aynı kişinin eş zamanlı olarak iki veya daha fazla devlet vatandaşı olmasıdır". AVS m. 14 uyarınca, doğum ve evlenme nedeniyle birden fazla vatandaşlığın kazanılmasına izin verilmektedir. Ancak, vatandaşlığın yitirilmesine ilişkin AVS 7. madde hükmünde, bir yabancı devlet vatandaşlığını kendi isteğiyle kazanmanın vatandaşlığı yitirme nedeni olabileceği kabul edilmiştir. Diğer taraftan, AVS m. 15, akit devletleri başka bir devlet vatandaşlığına sahip olan ya da sonradan kazanan vatandaşlarının kendi vatandaşlığını muhafaza etme veya kaybetmeleri hususunda düzenleme yapmakta serbest bırakmıştır.

Bazı devletler ise, çifte/çok vatandaşlık konusunda muhafazakâr davranmaktadırlar[25]. 1999 Helsinki Zirvesi'nden beri AB'ye aday ülke konumunda olan Türkiye'nin vatandaşları, 12.09.1963 tarihli "Ankara Antlaş-

---

23 **Martin**, Philip: "US Experience With Double Citizenship", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler (Ed. **Hailbronner**, Kay/**Tiryakioğlu**, Bilgin/**Küçük**, Esin/**Schneider**, Katja), 2. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 175, Ankara 2013, s. 190.

24 **Martin**, s. 188.

25 Almanya, Avusturya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Latviya, Letonya, Hollanda, Polonya, Slovenya, İspanya, Hırvatistan, Moldova ve Norveç örneği için bkz. **Goodman**, Sara Wallace: "Dual/Multiple Citizenship", Encyclopedia of Migration (Ed. **Bean**, Frank/**Brown**, Susan), Springer, Amsterdam 2014, s. 1-4.

ması”[26] ve 23.10.1970 tarihli “Katma Protokol”[27] hükümlerine karşın birçok Avrupa ülkesinde işçi veya hizmetli olmasına bakılmaksızın çeşitli zorluklara tabi tutulmaktadır[28]. Almanya’da yaşayan Türklerin “Alman Yabancılar Kanunu (Ausländergesetz - AuslG)”[29]’ndan yararlanıp Alman vatandaşlığını kazanmaları için Türk vatandaşlığından çıkmaları gerekmektedir. Ayrıca, “Alman Vatandaşlık Kanunu (Staatsangehörigkeitsgesetz, StAG)”[30] uyarınca, izinsiz olarak başka bir devlet vatandaşlığına geçenler, Alman vatandaşlığını kaybedecektir. Hatta, muafiyet halleri hariç, opsiyon modeli’ne göre doğumla çifte/çok vatandaşlığı kazanmış göçmen çocukları en geç 23. yaşgünlerine kadar Alman veya ebeveynlerinin vatandaşlığından birisini seçmek zorundadırlar. Halbuki, AVS’de kişinin iradesi dışında doğum veya evlenme ile kazandığı ikinci vatandaşlığı muhafaza edebileceği kabul edilmiştir[31].

Evlenme veya soybağı bağı nedeniyle çifte/çok vatandaşlığa kavuşanlar açısından tanınmış olan seçme hakkı, vatandaşlık uyuşmazlıklarını önleyen kurumlar sıralamasında önde gelen yeri tutar. Soybağı alanında seçme hakkı, doğumla çifte/çok vatandaşlığı kazanmış olan çocuğun reşit olmasından başlayarak belli bir süre içerisinde iki vatandaşlığından birisini seçebilme yeteneğidir. Seçme hakkının ikinci bir türü; evlenme ile çifte/çok vatandaşlığı kazanmış olan kadına, boşanma veya ölüm nedenleriyle evlenmenin sona ermesi hallerinde belli bir süreyle tanınmıştır. Kişinin kendi iradesi ile çifte/çok vatandaşlığı sona erdirmesi için getirilen bir diğer kurum çıkmadır. Çıkmanın, seçme hakkı gibi bir hak olup olmadığı tartışılabilir. Herkesin vatandaşlığını seçmekte serbest olduğu ve herkesin yalnız bir vatandaşlığı olması gerektiği prensipleri açısından konu ele alınırsa, çıkma kişi açısından bir hak olmalıdır. Karşı olan düşünceye göre; çıkma, seçme hakkı gibi salt irade beyanı ile gerçekleşen bir hak değildir. Devletin takdir yetkisini

---

26 AT RG: L217-29.12.1964, s. 3685.

27 AT RG: L293-29.12.1972, s. 3-56.

28 **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 631.

29 09.07.1990 tarihli Federal Resmi Gazete I, s. 1354-1356 (03.07.1999 tarihli Kanun ile m. 2’de yapılan son değişiklik, Federal Resmi Gazete I, s. 1620 vd.)

30 22.07.1913 tarihli Almanya Resmi Gazetesi I, s. 583-Federal Resmi Gazete III, s. 102-1 (13.11.2014 tarihli Vatandaşlık Kanunu’nu Değiştiren İkinci Kanun’un 1. maddesi ile son değişiklik, Federal Resmi Gazete I, s. 1714).

31 **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 605-609; **Pusch**, Barbara: “Dual Citizenship In The Transnational German-Turkish Space: Notes From Germany”, IPC-Mercator Policy Brief, Fabrika Basım, İstanbul 2015, s. 1-10.

kullanarak, irade beyanı ile gerçekleştirilmek istenen vatandaşlıktan ayrılmaya izin vermesi gereklidir[32].

Bazı devletler, kişinin başka bir devletin vatandaşlığını kazanabilmesi için yasal olarak (de jure) önceki vatandaşlığından çıkması gerekliliğini hafifletecek bir fiili (de facto) uygulama geliştirmiştir. Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Almanya (diğer AB üye ülkesi vatandaşları haricinde) ve Hollanda (Hollanda'da doğanlar ve Hollanda vatandaşlarının eşleri dışında), bu kanuni gerekliliği sıkı bir biçimde uygularken İspanya, önceki vatandaşlıktan çıkıldığı konusunda bildirimi yeterli görmekte ve delil niteliğinde herhangi bir belge istememektedir. Polonya'da ise, bu prosedür gizli biçimde yürütülmekte ve bu nedenle, yüksek oranda Polonya vatandaşının çok vatandaşlığı haiz olduğu söylenmektedir. Bu gerekliliği sıkı bir biçimde uygulayan devletlerde dahi birtakım istisnalar uygulanmaktadır. Burada, vatandaşlık talebinde bulunan kişinin önceki vatandaşlığından çıkma imkânı olup olmadığı (birçok Arap ülkesinde olduğu gibi) ve bu nedenle makul olmayan yükümlülüklere maruz kalıp kalmadığı esas alınmaktadır[33].

3. TÜRK HUKUKUNDA ÇOK VATANDAŞLIĞA YOL AÇAN HALLER

Soybağı esası; Türk hukukunda olduğu gibi, çifte/çok vatandaşlığın doğumuna sebep olan başlıca hallerden olmakla beraber vatandaşlığın kazanılmasında kendisinden vazgeçilemeyen bir prensiptir[34]. Günümüzde Kanada, ABD, İsrail, Almanya, Yunanistan, Britanya ve İrlanda gibi birçok devlet, vatandaşlığın kazanılmasında soybağı esası (jus sanguinis) ve toprak esasını (jus soli) içeren karma bir sistem oluşturmuşlardır[35].

Devletlerin vatandaşlık kazanma şartlarını birbirinden farklı veya birbirine benzer şekilde düzenlemeleri ya da sonradan vatandaşlık kazanılmasına imkân tanımaları, kişinin aynı anda birden fazla devletin vatandaşı olması sonucunu doğurabilmektedir. Örneğin, farklı devlet vatandaşı olan ana ve babadan soybağı esası yoluyla her iki devlet vatandaşlığının kazanılması veya toprak esasını benimsemiş bir devletin ülkesinde, soybağı esasını

---

32 **Göğer**, s. 152.

33 **Goodman**, s. 2.

34 **Nomer**, Ergin: "Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık" ("Çifte Vatandaşlık"), Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 1-2, C. 14, Y. 1994, s. 56.

35 **Tiryakioğlu**, m. 8.

benimsemiş bir devletin vatandaşı ana ve/veya babadan doğmuş olmak çok vatandaşlığa sebebiyet verebileceği gibi, bir devlet vatandaşlığını sonradan kazanmanın kişinin mevcut vatandaşlığını bırakması şartına bağlanmaması durumunda da aynı sonuç doğacaktır. Bu çerçevede, kişinin kendi vatandaşlığının yanı sıra evlenme yoluyla yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanması; evlat edinme ya da tanıma ilişkisinin doğal bir sonucu olarak kişiye yeni bir devlet vatandaşlığının bahşedilmesi ve devlet halefiyeti çok vatandaşlığa kaynaklık etmektedir. Aksi şekilde, her devletin kendi vatandaşlığını kazanma şartlarını kendisinin düzenlemesinin bir sonucu olarak kişinin herhangi bir devletin vatandaşlık kazanma şartlarını gerçekleştirmemesi durumunda ise, vatansızlık durumu gündeme gelmektedir[36].

TVK m. 7 uyarınca, Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Evlilik dışı doğumlarda ise, çocuğun onu doğuran annenin vatandaşlığını alması esastır. Fakat, yabancı bir anneden evlilik dışı doğan çocuk, Türk babayla soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.

TVK m. 10 uyarınca, yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kazanılması hali de çifte/çok vatandaşlığın doğumuna sebep olmaktadır. Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, TVK m. 11'de belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilmektedir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamamaktadır. Ayrıca, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, TVK m. 11'de sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir.

Türk vatandaşlık hukukunda, diğer bir çifte/çok vatandaşlığa yol açan hüküm ise, TVK m. 16 uyarınca, Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasıdır. Buna göre, maddede belirtilen şartları taşıyan, bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar, Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilmektedir.

Son olarak, TVK m. 17 uyarınca, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişinin, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilmekte olması da çifte/çok vatandaşlığa yol açabilmektedir.

---

36 **Doğan**, s. 183-191; **Göğer**, s. 133; **Güngör**, s. 26; **Nomer**, s. 34-37; **Tiryakioğlu**, s. 9.

4. VATANDAŞLIK UYUŞMAZLIKLARI

4.1. Genel

Bireyin, birden çok vatandaşlığı olması haline olumlu uyuşmazlık, hiç vatandaşlığı olmaması haline olumsuz uyuşmazlık denilmektedir[37]. Çifte/çok vatandaşlık durumları, birden çok devletin vatandaşlık ilişkisinden doğan hak ve yetkilerini aynı kişi üzerinde kullanmalarına imkân sağladığı için özellikle uygulanacak hukukun tayini, askerlik yükümlülüğü ve nüfus kayıtlarının tutulması konularında çıkabilecek birçok olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarına hukuki zemin hazırlamaktadır[38].

4.2. Uygulanacak Hukuk

4.2.1. Vatandaşlıklardan Birinin Lex Fori Vatandaşlığı Olması

Çoğunluk görüşüne göre, vatandaşlık uyuşmazlıklarının çözümü alanında bir ayırıma gidilmelidir. Lex fori'nin vatandaşlığının da yer aldığı çok vatandaşlık hallerinde sadece lex fori'nin vatandaşlığının nazara alınacağı görüşü, uygulamada daha başarılı olmuştur[39].

Türk hukukunda kanuni olarak, yabancı vatandaşlık karşısında Türk vatandaşlığının milletlerarası özel hukuk ilişkilerinde kesin olarak tercih edileceği hükme bağlanmıştır (MÖHUK m. 4 (b)). Kamu hukuku alanında lex fori'nin vatandaşlığının uygulanması zarureti, istisna kabul etmez nitelikte görülmektedir. Bu durumda, lex fori vatandaşlığı prensibinden ayrılabilme, ancak özel hukuk alanında söz konusu olabilir[40].

Lex fori'nin vatandaşlığının nazara alınmayacağı istisnai durumlara öncelikle uluslararası sözleşmelerde rastlanmaktadır. La Haye Sözleşmesi m. 1 uyarınca, uluslararası antlaşmalar ve teamül hukuku kuralları, lex fori uygulamasına sınır getirebilir. Örneğin; "La Haye Sözleşmesi'ne Ekli Çifte Vatandaşlığı Olanların Askerlik Yükümüne İlişkin Bazı Sorunları Düzenleyen Protokol ("La Haye Sözleşmesi'ne Ekli Protokol")" m. 1 uyarınca, askerlikle ilgili ön sorunların çözümünde bireyin mûtaden bulunduğu ülkenin vatandaşlığı, en sıkı bağının bu ülke ile olması koşuluna bağlanarak esas

---

37 **Göğer**, s. 130.

38 **Güngör**, s. 26.

39 **Göğer**, s. 162; **Nomer**, s. 37-38.

40 **Nomer**, s. 38-39.

alınacaktır. 18.04.1961 tarihli "Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi"[41] uyarınca, çifte vatandaşlığı olan diplomatik ajan, gönderildiği devlette gönderen devletin diplomatik misyonunun üyesi olarak bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanır. Diplomatik misyon üyesinin vatandaşlıklarından birisinin gönderilen devlet vatandaşlığı olması halinde lex fori değil, gönderen devletin yasaları yetkilidir. Örneğin, Türk ve Amerikan vatandaşlığı bulunan ve Türkiye'deki ABD diplomatik misyonu personeli üyesi bulunan görevli Türk vatandaşı sayılarak hakkında lex fori uygulanamaz[42].

Yenilgi sonunda ülkeye gelen yabancı işgal kuvvetleri askerleri veya sivil görevliler arasında çifte/çok vatandaşlığı olanlar ve aileleri hakkında lex fori uygulanamaz. II. Dünya Savaşı'ndan sonra Almanya'ya işgal kuvvetlerinin üyesi olarak gelen ve Alman-Amerikan vatandaşlığına sahip olan kişiler hakkında Alman yasaları uygulanamamıştır[43].

İsviçre ve Alman hukuku ile AB hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin genel nitelikli kuralların istisnalarının açıkça düzenlendiği görülmektedir[44].

Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan haller, olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin genel kuralın önemli bir istisnasını oluşturur. Çeşitli devlet hukukları ile AB hukukunda aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin düzenlemelerde, ilgiliye millî hukuku seçme imkânı tanınırken tarafların birden fazla devlet vatandaşı olması hâlinde, söz konusu seçimin herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın yapılabileceği de düzenlenebilmektedir[45]. Örneğin, 18.08.1896 tarihli Alman Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku (Medeni Kanuna Giriş Yasası, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, BGBEG)[46]'nda da, birden fazla vatandaşlıkta prensip olarak Alman vatandaşlığının tercih edileceği kabul edilmiş (m. 5 (1)) ve bu prensibe m. 14 (2) hükmü ile tarafların iradesine bağlı olarak istisna getirilmiştir. Ayrıca, Alman hukukunda ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme getiren BGBEG m. 26 (1)

---

41 RG: 185-12.09.1984.

42 **Göğer**, s. 164, s. 174.

43 **Göğer**, s. 164.

44 **Bayraktaroğlu Özçelik**, Gülüm: "Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 19, Y. 2015, s. 133.

45 **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 139.

46 21.09.1994 tarihli Federal Resmi Gazete I, s. 2494 (11.06.2017 tarihli Kanun ile m. 5'de yapılan son değişiklik, Federal Resmi Gazete I, s. 1607).

hükmü, ölenin söz konusu tasarrufu yaptığı andaki veya ölümü anındaki millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarrufların geçerli olacağını hükme bağlanırken, Kanun'un olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin m. 5 (1) hükmünde yer alan genel kuralın uygulanmayacağı da açıkça düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise; kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda taraflara hukuk seçimi imkânı, kural olarak, tanınmamıştır. Evlilik mallarına uygulanacak hukukun tayinine ilişkin MÖHUK m. 15 ise bu kuralın istisnasını teşkil eder. Anılan hükmün ilk fıkrasında, eşlere sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmakta ve evlilik malları hakkında evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri düzenlenmektedir. Aynı şekilde, ölen kişinin birden fazla devlet vatandaşı olması halinde, MÖHUK m. 20 (4) hükmünün son cümlesinin uygulanması bakımından MÖHUK m. 4 (1) hükümlerinin dikkate alınması gerektiği pozitif hukuk açısından savunulabilirse de, MÖHUK m. 20 (4)'te ölüme bağlı tasarrufların şeklî geçerliliğine ilişkin kuralın amacı dikkate alınarak, kişinin birden fazla devlet vatandaşı olması durumunda, yine son arzularının yerine getirilmesi amacıyla, millî hukuklarından herhangi birinin öngördüğü şekil şartlarının yerine getirilmiş olması yeterli görülebilir. Bu tür istisnalara Kanun'da açıkça yer verilmesi, hem MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) hükümlerinin uygulama alanını hem de birden fazla vatandaşlık halinde Kanun'un anılan hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tayini bakımından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacaktır[47].

MÖHUK'ta aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde benimsenen objektif metod uyarınca, ağırlıklı olarak eşlerin müşterek millî hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. MÖHUK'un nişanlılığın hükümleri ve sonuçları (m. 12 (2)), evliliğin genel hükümleri (m. 13 (3)), boşanma ve ayrılığın sebepleri ve hükümleri (m. 14 (1)), boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri (m. 14 (2)), boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar (m. 14 (3)), -eşlerin hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde- evlilik malları (m. 15 (1)); -ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukukunun bulunması halinde- soybağının hükümleri (m. 17); -eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde- evlât edinmenin hükümleri hakkında getirilen basamaklı bağlama kurallarında "müşterek millî hukuk" birinci basamakta yer almaktadır. Taraflardan en azından birinin birden fazla devlet vatandaşı olması durumunda, yukarıda anılan kurallar uyarınca müşterek millî hukukun tayini

---

47 **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 143, s. 145.

tereddüt doğurmaktadır[48]. Yargıtay ilgili kararında[49], Türk ve İtalyan vatandaşı kadın ile İtalyan vatandaşı koca arasındaki boşanma davasında eşlerden birinin birden fazla vatandaşlığı olmakla birlikte söz konusu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olduğunu dikkate alarak müşterek millî hukukun bulunmadığı sonucuna oyçokluğu ile varmıştır. Karşı oy yazısında ise, MÖHUK m. 4. (1) (b) bendinde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukukunun uygulanacağına ilişkin hükmün, Kanun'da aksi öngörülmemişse geçerli olduğu; boşanma ve ayrılık sebeplerine ve hükümlerine ilişkin m. 14 (1) uyarınca, eşlerin müşterek millî hukukları varsa bu hukukun uygulanacağı; söz konusu uyuşmazlıkta eşlerin müşterek millî hukukunun İtalyan hukuku olduğu, bu sebeple uyuşmazlığa bu hukukun uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Eşlerden birinin birden fazla devlet vatandaşı olup, söz konusu vatandaşlıklardan hiçbirinin Türk vatandaşlığı olmadığı uyuşmazlıklarda da benzer bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, MÖHUK'un müşterek millî hukukun uygulanmasını emrettiği durumların MÖHUK m. 4 (1) hükmünün istisnası olarak kabul edilmesi Kanun'da bir açıklık olmadığından dolayı tartışmalı bir husustur[50]. Kanaatimizce, yukarıda anılan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin düzenlemelerde taraflardan birinin millî hukukunun tercih edilmesi yerine müşterek millî hukukun uygulanmasının kabul edilmesi ve bunun ilk basamakta düzenlenmesi, bu hukukun tarafların ortak menfaatlerine en iyi hizmet eden hukuk olmasından kaynaklanmaktadır ve olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla getirilmiş genel nitelikli m. 4 (1) (b) ve (c) hükümlerinin amacına oranla öncelik taşımakta olup MÖHUK m. 4 (1) hükmünün istisnası olarak kabul edilebilir.

Son olarak, MÖHUK m. 3 uyarınca, "Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır". Diğer deyişle, çifte/çok vatandaşlık, dâva tarihinde var olmalıdır. Bazı görüşlere göre; dâva görülmekte olduğu sırada ikinci bir devlet vatandaşlığını, örneğin, Türk vatandaşlığını kazanan yabancının MÖHUK m. 3 nedeniyle Türk maddî iç hukukunun uygulanmasını

---

48 **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 136.

49 Yargıtay 2. HD, E. 2007/4214, K. 2008/1476, T. 13.02.2008. Karar için bkz. **Ekşi**, Nuray: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, Beta Basım, İstanbul 2010, s. 3-5.

50 Tartışmalar için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 138-139; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 130, dn. 69; **Tiryakioğlu**, s. 14.

isteyememesi olumlu karşılanamaz. Buna karşılık, dâva açıldığında vatandaşlıklarından biri Türk olan kişinin, dâva sırasında Türk vatandaşlığını kaybetmesi halinde, halen Türk yasalarının çifte/çok vatandaşlığa sahip olduğu dönemdeki nedenlerle uygulanmasında direnmek hatalıdır[51].

4.2.2. Birden Fazla Yabancı Vatandaşlık

Birden fazla vatandaşlık içinde lex fori'nin vatandaşlığı yoksa, doktrinde hâkim olan çözüm, birden fazla vatandaşlık vak'asında gerçek vatandaşlığı tespit eder. Hakiki hayat ilişkilerine dayanması sebebiyle de gerçek vatandaşlık, ilgili şahsın diğerlerine nazaran daha sıkı bağlarla bağlı bulunduğu devletin vatandaşlığı olacaktır (etkili vatandaşlık ilkesi)[52]. Vatandaşlığın genel ilkelerinin yer aldığı AVS m. 4 hükmünde etkili vatandaşlık ilkesine yer verilmemiştir. AB Adalet Divanı ise, gerçek ve etkili vatandaşlık ilkesinin uygulanmasına ilişkin üye devlet düzenlemelerini iki önemli kararında AB hukukuna aykırı bulmuştur[53].

La Haye Sözleşmesi m. 5 hükmüne göre, çifte/çok vatandaşlığı olan kişinin üçüncü devletler tarafından tek vatandaşlığı var sayılmalıdır. Üçüncü devlet, kendisinin şahsî statüye ilişkin hukuk kurallarına halel gelmemek ve yürürlükteki antlaşmalar saklı kalmak koşulu ile ilgiliyi mûtaden ve esas itibariyle bulunduğu veya edimli olgulara göre en fazla irtibat halinde olduğu devlet vatandaşlığına sahip sayar. Bu hüküm, Anglo-Amerikan sistemine koşut olarak önce ikametgâh veya mûtaden bulunulan yer vatandaşlığı, bunun bulunmaması halinde gerçek vatandaşlık veya üstün vatandaşlık lehine olarak anlaşılmaktadır[54].

---

51 **Göğer**, s. 164.

52 **Güngör**, s. 30-31; **Nomer**, s. 40-41.

53 Örn. AB Adalet Divanı'nın 07.07.1992 tarihli Mario Vicente Micheletti and others v. Delegacion del Gobierno en Cantabria ön kararında bir üye devlet vatandaşının AB hukukundaki yerleşme serbestisi hakkının o kişi, aynı zamanda AB üyesi olmayan bir devletin vatandaşı olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceği, bu durumlarda gerçek vatandaşlık/etkili vatandaşlık ilkesini kabul edilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0369&qid=1499257958685&from=EN (erişim: 04.07.2017); Karar örnekleri için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 131-132; **De Vido**, Sara: "The Relevance of Double Nationality To Conflict Of Law Issues Relating To Divorce And Legal Seperation In Europe", Cuadernos de Derecho Transnacional, V. 4, No. 1, Marzo, 2012, s. 224-226.

54 **Göğer**, s. 167.

Gerçek vatandaşlığı tespitte ilgili şahsın hayat ilişkileri yönünden önemli kabul edilebilecek tekmil vakıalar nazara alınacaktır. Bu bakımdan, ikametgâh veya oturulan yer oldukça önem kazanır. Bunun dışında; vatandaşlık bağlantısından vazgeçme ve ikametgâh veya ilgili şahsın sakin olduğu yer vatandaşlığına bağlanma, mevcut vatandaşlıkların hepsini nazara alma, ilgili şahsın seçtiği vatandaşlığa bağlanma, lex fori'nin prensiplerine uygun olarak elde edilen vatandaşlığı kabul, ilk veya son olarak kazanılmış vatandaşlığa önem verme gibi çözümler de önerilmektedir[55].

AB hukukunda, uygulanacak hukukun tayininde ortaya çıkabilecek olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturan genel nitelikli bir kural mevcut değildir. Sadece, kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkin düzenlemelerden bazılarında münferit çözümlere yer verilmiştir. Örneğin, 04.07.2012 tarihli ve 650/2012 sayılı "AB Miras Tüzüğü"[56]'nün murise hukuk seçimi imkânı tanıyan m. 22 (2) hükmünde kişinin hukuk seçiminin yapıldığı anda veya ölümü anında birden fazla devlet vatandaşı olması halinde söz konusu devlet hukuklarından herhangi birinin uygulanacak hukuk olarak seçilebileceğini düzenlemektedir. AB Adalet Divanı, birçok kararında üye devlet hukuklarında olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarının çözümünde mahkeme devletinin vatandaşlığına öncelik tanıyan ulusal hukuk düzenlemelerini AB hukukuna aykırı bulmuştur. Bugün genel kabul gören anlayış, AB kanunlar ihtilâfı hukuku düzenlemelerinin uygulanmasında ortaya çıkan olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarının, AB'nin genel ilkelerinin gözetilmesi suretiyle (tâbiiyete dayalı ayrımcılık yasağı, temel haklara saygı ve AB vatandaşlığına ilişkin prensipler gibi), üye devlet hukuklarında var olan kurallar uyarınca çözülmesi gerektiğidir[57].

Yukarıda belirtilen La Haye Sözleşmesi hükmü ile Uluslararası Adalet Divanı ve AB Adalet Divanı kararlarının etkisiyle Kıta Avrupası'ndaki pek çok devletin milletlerarası özel hukuk düzenlemesinde bu anlayışı yansıtır

---

55 **Göğer**, s. 176; **Güngör**, s. 32; **Nomer**, s. 40; Örn. Uluslararası Adalet Divanı'nın 06.04.1955 tarihli Nottebohm kararında gerçek vatandaşlığın tespitinde şu unsurlara yer verilmiştir: İlgili şahsın menfaatlerinin merkezi, aile bağları, kamu hayatına katılışı, belli bir ülkeye karşı gösterdiği ve çocuklarına da aşıladığı bağlılık, yakın geleceğe yönelmiş niyetler, o ülkede girişilmiş/girişilecek faaliyet, iş ve menfaatler, yaşama tarzını benimseme iradesi, vatandaşlık sıfatına bağlı vecibelerin yüklenilmesi ve hakların kullanılması, http://www.icj-cij.org/en/case/18 (erişim: 04.07.2017).

56 AB RG: L 201/107-27.07.2012, s. 107-134.

57 **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 121-123, s. 144; Karar örnekleri için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 126-129.

nitelikte hükümler kabul edilmiştir[58]. Anglo-Amerikan sistemi de, vatandaşlık uyuşmazlıklarının çözümünde ayırım yanlısı değildir. İngiliz hukuku, genel anlayışına uygun olarak bireyin ikametgâhının bulunduğu devlet vatandaşlığını tercih etmektedir. Örneğin; Türk ve İngiliz vatandaşlıkları bulunan ve Türkiye'de ikamet eden bireyi İngiliz hakimi, Türk vatandaşı olarak kabul edecek ve Türk kanunlarını uygulayacaktır. Aynı biçimde, İngiltere'de ikamet eden ve İngiliz vatandaşlığı da bulunan bir Türk'ü İngiliz hakimi, İngiliz vatandaşı olarak kabul edecek ve İngiliz kanunlarını uygulayacaktır[59].

4.3. Askerlik[60]

Devletlerin askerlik sistemleri arasında farklar olduğu gerçeğinden hareket edildiğinde birden fazla devletin vatandaşlığını taşıyan kişilerin askerliklerini hangi devlette yapacakları veya yapılmış askerliğin diğerlerinde geçerli olup olmayacağı, önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır[61]. Türkiye, çifte/çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının askerlik yükümlülüğü konusunda karşılaşacakları zorlukları en aza indirmek için hukuki düzenlemeler çıkarmakta ve ayrıca, diğer devletlerle ikili antlaşmalar[62] yaparak sorunu çözüme kavuşturmaya çalışmaktadır.

Strasbourg Sözleşmesi'nin kabul ettiği çözüm, birden fazla akit devletin vatandaşı olan kişilerin askerlik yükümlülüklerini vatandaşlığını taşıdıkları akit devletlerden sadece birinde yerine getirebilecekleri yönünde olmuştur (m. 5 (1)).

AVS'de, birden çok akit devletin vatandaşlığına sahip kişinin askerlik yükümlülüğünü, kural olarak, vatandaşlığını taşıdığı akit devletlerden sadece birine karşı yerine getirebileceği kabul edilmiştir (m. 21 (1)). AVS, tek bir halde çifte askerlik yükümlülüğünü kabul etmektedir. Şöyle ki; ilgili,

---

58 **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 130.

59 **Göğer**, s. 162.

60 Geniş bilgi için bkz. **Ekşi**, Nuray: Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü, 2. bs., Beta Basım, İstanbul 2005.

61 **Ekşi**, s. 48.

62 İkili antlaşmalar için bkz. **Aygün**, Mesut: "Askerlik Hizmetinin Türk Vatandaşlığı Açısından Değerlendirilmesi" (Ed. **Hailbronner**, Kay/**Tiryakioğlu**, Bilgin/**Küçük**, Esin/**Schneider**, Katja), 2. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 175, Ankara 2013, s. 231-251.

vatandaşlığını taşıdığı ve mutad olarak sakin olduğu akit devletin ülkesinde aktif askerlik hizmetini tamamlamış olup (m. 21 (3) (a)) sonradan mutad meskenini vatandaşı olduğu diğer bir akit devletin ülkesine nakletmişse, naklin yapıldığı devlete karşı askerlik yükümlülüğü devam edecektir (m. 21 (3) (e)).

La Haye Sözleşmesi'ne ekli Protokol'e göre, iki veya daha fazla vatandaşlığı olan ve vatandaşlığını taşıdığı devletlerden birinin ülkesinde mutad olarak sakin olup gerçekte en sıkı ilişkisi de bu ülkeyle olan kişi, diğer devletlerin ülkesinde askerlik yükümlülüğünden muaf olacaktır (m. (1) (1)).

21.06.1927 tarihli 1111 sayılı "Askerlik Kanunu ("AK")"[63] m. 2 (2) uyarınca; gelmiş oldukları ülkelerde askerlik yaptığını veya askerlik hizmetini yapmış sayıldığını belgeleyenler ile vatandaşlığa alındığı yıl, yirmi iki yaşında olanlar askerlik yapmış kabul edilmiştir. AK m. 2 (4) uyarınca, aynı zamanda KKTC vatandaşı ve Türk vatandaşı olan kişi, zorunlu askerlik hizmetini KKTC kanunlarına göre yerine getirdiğini belgelediği takdirde AK hükümlerine göre, askerliğini yapmış sayılır. AK m. 2 (5) uyarınca, Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen esaslara göre; yurt dışında doğan ve ikamet edenler ile kanuni rüşt yaşına kadar yabancı bir ülkeye gitmiş olanlardan bulundukları ülke vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları, talepleri hâlinde, durumlarına uyan ve AK'nin öngördüğü askerlik statülerinden biri içerisinde askerlik mükellefiyetlerini otuz sekiz yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar yerine getirebilirler veya tabiiyetinde bulundukları diğer ülkede askerlik yapmış olduklarını belgelemek kaydıyla mükellefiyetlerini yerine getirmiş sayılırlar. Ayrıca, AK geçici m. 41 uyarınca, AK'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar göçmen statüsünde Türk vatandaşlığına geçmiş olanlardan Türkiye'ye geldikten sonraki bir tarihte gelmiş oldukları ülkede askerlik yaptıklarını belgeleyenler, askerlik hizmetinden muaf tutulur.

Birden fazla vatandaşlığa sahip yükümlülerin hangi ülkelerde yaptığı askerliğin muvazzaf askerlik hizmetinden sayılacağı 05.07.1993 tarihli ve 93/4613 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenmiştir[64]. Karar'ın m. 5 hükmü uyarınca, bu kişilerin sadece fiili askerlik hizmeti değil, sivil kurum ve kuruluşlardaki hizmeti de askerlikten sayılmaktadır. Askerlik hizmeti ile "askerliğe elverişli değildir" kararlı raporların kabul edileceği ülkeler, ihtiyaç duyulduğunda her yılın Aralık ayı içerisinde Milli Savunma

---

63 RG: l2-17.07.1927.

64 RG: 21648-25.07.1993.

Bakanlığı'nın koordinatörlüğünde Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarınca yeniden belirlenir.

Çifte/çok vatandaşlığı bulunan bireyin vatandaşı olduğu devletlerden birisinin çağdışı sayılması gibi nedenlerle muvazzaf askerlik hizmetini öngörmemesi halinde diğer devletin bireye askerlik hizmetini yaptırmak istemesi olasıdır. Ayrıca, vicdanî inanışlar nedeniyle kişinin askerlik yükümünü yerine getirmeyi reddetmesi mümkündür. Askerlik yükümüne ilişkin tüm bu konularda çifte/çok vatandaşlığa sahip olan kişinin statüsü ve hangi vatandaşlığına göre düzenleneceği, kişi açısından önemli bir sorundur. Bu sorunların çözümünde lex fori, gerçek vatandaşlık ve ikametgâhın bulunduğu devlet vatandaşlığı çözümleri hatıra gelmektedir[65].

4.4. Nüfus Kayıtları

10.07.1985 tarihli ve 85/9747 sayılı "Evlendirme Yönetmeliği"[66] m. 34 uyarınca, yetkili Türk makamları önünde evlenen yabancı uyruklu kadın veya erkeğe bir aile cüzdanı ve ayrıca istekleri üzerine çok dilli evlenme belgesi düzenlenerek verilir. Bu yabancılar, "Uluslararası Kişisel Hal Komisyonu"'na üye bir devletin vatandaşı iseler, bu evlilik, 04.09.1958 tarihli "3 numaralı Uluslararası Bilgi Teatisi Hakkında Sözleşme ("İstanbul Sözleşmesi")"[67] gereğince, gerekli kart doldurularak yabancının doğum yeri nüfus idaresine gönderilir.

Çifte vatandaşlığı olan Türk vatandaşlarının Türkiye'de Türk kimliği ile yaptıkları evlenme, evlat edinme, velayet, vesayet, soybağı, miras ve isim gibi kişi hallerine ilişkin değişiklikler; ikinci vatandaşlığı bulunduğu devlet makamlarına bildirilmeyebilir (örneğin, kişinin ikinci devlet vatandaşlığını Türk makamlarına bildirmemiş olması hali) veya yetkili yabancı makamlarca kabul edilmeyebilir. Bu durum, nüfus kütüklerinin sağlıklı tutulmasını önlemektedir.

25.04.2006 tarihli ve 5490 sayılı "Nüfus Hizmetleri Kanunu ("NK")"[68] m. 24 uyarınca, yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde Türk vatandaşlarının yabancıyla yaptığı evlenmeler, 22.11.2001 tarihli ve 4721

---

65 **Göğer**, s. 153.

66 RG: 18921-07.11.1985.

67 https://www.un.org/ruleoflaw/files/volume-932-I-13272-English.pdf (erişim: 09.08.2017).

68 RG: 26153-29.04.2006.

sayılı Türk Medenî Kanunu[69] hükümlerine uygun olmak ve butlanla batıl olmayı gerektiren bir sebep bulunmamak kaydıyla geçerlidir. Bu evliliklerin koca, kocanın yabancı olması halinde kadın tarafından en geç otuz gün içerisinde evlenmeyi yapan yabancı makamdan alınmış belgenin o yerdeki dış temsilciliğe verilmesi veya dış temsilciliğe gönderilmesi suretiyle bildirilmesi gerekir. O yerde dış temsilcilik bulunmadığı veya dış temsilciliğe bildirimde bulunulamadığı takdirde, evlenme bildirimi, yabancı makamlardan alınan evlenme belgesinin Türkçe'ye çevrilip usûlüne göre onaylanmış ve Dışişleri Bakanlığı'nca tasdik edilmiş olması şartıyla yurt içinde ilgili nüfus müdürlüğüne verilmek suretiyle de yapılabilir. Bununla birlikte, Türk vatandaşlarının yabancı bir ülkenin hukukuna uygun olarak yaptıkları evlenmelerin geçerli olması için evliliğin Türk nüfus siciline tescil edilmesi zorunlu değildir[70].

Çifte vatandaşlığı olan Türk vatandaşlarının yurtdışında ikinci vatandaşlığının bulunduğu ülkenin kimliği ile evlenmesi ya da Türk kimliği ile yabancı vatandaşlığa sahip kişi ile evlenmesi hali, ilgili tarafından bildirilmeyebilir. Yurtdışındaki evlenmelerin tespit edilememesi halinde Türk nüfus kayıtlarına göre, ikinci bir evlenme mümkündür. Aynı şekilde, çifte vatandaşlığa sahip Türk vatandaşının ikinci vatandaşlığı bulunduğu ülkede Türk vatandaşı olmayanla yapılan evlilikten doğan çocukları Türkiye'de tescil edilmeyebilir ve ikinci vatandaşlığın bulunduğu ülkenin kimliği ile yapılan tanımada çocuğun Türkiye'deki baba kütüğüne kaydı mümkün olmayabilir[71].

"690 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"[72] m. 4 hükmü ile NK'da önemli bir değişiklik yapılmıştır. Kanun'a eklenen m. 27 (A) hükmü ile yabancı ülkelerde verilen boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığına yönelik kararların bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurması, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adlî veya idarî makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilmesi imkânı getirilmiştir. Bu doğrultuda, tanıma davası açılmaksızın kararlar, nüfus kütüğüne tescil edilebilecektir. NK 27 (A) maddesine göre, tescil işlemleri yurt dışında kararın verildiği ülkedeki dış temsilcilikler, yurt içinde ise İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek nüfus müdürlükleri tarafından

---

69 RG: 24607-08.12.2001.

70 **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 24.

71 **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 630.

72 RG: 30052-29.04.2017.

yapılır. Maddenin uygulanmasına ilişkin tüm detaylar, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. Ancak, bu makamlar tarafından tescil talebi reddedilirse, hükmün 3. fıkrası uyarınca, söz konusu adli veya idari makamlarca verilen kararların tanınması için yetkili Türk mahkemesine başvuru yapılarak tanıma kararı verilmesi istenir (MÖHUK m. 50-59, m. 63). Kararın nafaka, velayet gibi tenfiz talepli dava açılmasını gerektirir hususları içermesi halinde başvuru imkânının bulunup bulunmadığı hususunda ise maddede açıklık bulunmamaktadır. Yine madde düzenlemesinde açıklık olmamakla beraber, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği, tanıma ve tenfiz talebinde bulunma yönünde hukuki menfaatlerinin bulunması koşuluyla herkes bahsi geçen kararların nüfus kütüğüne tescil edilmesini talep edebilir[73].

Yukarıda belirtildiği üzere, NK m. 27 (A) uyarınca, yabancı ülkedeki boşanmaların Türkiye'de nüfusa tescil edilmesi gereklidir. Aksi takdirde, ilgili taraflar, nüfusta evli gözükmektedir. Aynı şekilde, Türk mahkemelerinden verilen boşanma kararlarının da daha evvel evlilik bildiriminde bulunulan devlet makamlarına iletilmesinde fayda vardır. Aksi takdirde, ilgili taraflar, o ülkede evli sayılmaya devam eder. MÖHUK m. 59 ve 11081 sayılı ve 29.09.2006 tarihli "Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına ilişkin Yönetmelik"[74] m. 58 uyarınca, boşanma tarihi, yabancı boşanma kararının kesinleştiği tarihtir. Böylelikle, özellikle soybağı ve bekleme sürelerine ilişkin karmaşık problemlerin gündeme gelmesi engellenmiştir[75].

5. SONUÇ

Vatandaşlık hukukuna hakim olan ilkelerden kabul edilen "herkesin sadece tek bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesi, kişinin birden fazla devletin vatandaşlığına aynı anda sahip olması demek olan "çifte vatandaşlık" veya "çok vatandaşlık" hallerinin gün geçtikçe birçok devlet tarafından tanınarak vatandaşlık kanunlarına girmesi ile birlikte neredeyse geçerliliğini kaybetmiştir. Buna rağmen, başta Almanya, Avusturya ve Hollanda olmak üzere bazı Avrupa ülkeleri, çifte/çok vatandaşlık konusunda muhafazakâr davranmaktadırlar. Çifte/çok vatandaşlık hakkının kabul edilerek vatandaşlara tanınması; devletlerin siyasi, ekonomik ve kültürel çıkarları ile doğru orantılıdır. Bir devletin çifte/çok vatandaşlık politikasını doğru değerlendirebilmek

---

73 Yargıtay 2. HD, E. 2015/21225, K. 2016/508, T. 13.1.2016.

74 RG: 26355-23.11.2006.

75 **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 63-65.

için o devletin sadece vatandaşlığını kazanmak için başvuran yabancılara karşı değil başka bir devletin vatandaşlığını kazanmak isteyen kendi vatandaşlarına olan tutumuna da bakmak gerekir. TVK, Türk vatandaşlarının Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olabilmesini anlayışla karşılamaktadır. AVS de, çifte/çok vatandaşlığı reddetmeyen bir düzenlemeye sahiptir. Amerika'da çifte/çok vatandaşlığı engelleyen kanuni bir düzenleme yoktur. Bazı devletler ise, kişinin başka bir devletin vatandaşlığını kazanabilmesi için yasal olarak (de jure) önceki vatandaşlığından çıkması gerekliliğini hafifletecek bir fiili (de facto) uygulama geliştirmiştir.

Devletlerin vatandaşlık kazanma şartlarını birbirinden farklı veya birbirine benzer şekilde düzenlemeleri ya da sonradan vatandaşlık kazanılmasına imkân tanımaları, kişinin aynı anda birden fazla devletin vatandaşı olması sonucunu doğurabilmektedir. Çifte/çok vatandaşlık durumları, birden çok milli devletin vatandaşlık ilişkisinden doğan hak ve yetkilerini aynı kişi üzerinde kullanmalarına imkân sağladığı için diplomatik himaye hakkının kullanılması, yetkili mahkeme ve uygulanacak hukukun tayini, askerlik yükümlülüğü ve nüfus kayıtlarının tutulması gibi konularda çıkabilecek olumlu vatandaşlık uyuşmazlıklarına hukuki zemin hazırlamaktadır.

Çifte/çok vatandaşlık, nüfus kayıtlarının doğru tutulmasını zorlaştıran hallerden başlıcasıdır. Şöyle ki; çifte vatandaşlığı olan Türk vatandaşlarının Türkiye'de Türk kimliği ile yaptıkları evlenme, evlat edinme, velayet, vesayet, soybağı, miras ve isim gibi kişi halleri; ikinci vatandaşlığı bulunduğu devlet makamlarına bildirilmeyebilir (örneğin, kişinin ikinci devlet vatandaşlığını Türk makamlarına bildirmemiş olması hali) veya yetkili yabancı makamlarca kabul edilmeyebilir. Çifte vatandaşlığı olan Türk vatandaşlarının yurtdışında ikinci vatandaşlığının bulunduğu ülkenin kimliği ile evlenmesi ya da Türk kimliği ile yabancı vatandaşlığa sahip kişi ile evlenmesi hali, ilgili tarafından bildirilmeyebilir. Yurtdışındaki evlenmelerin tespit edilememesi halinde Türk nüfus kayıtlarına göre, ikinci bir evlenme mümkündür. Aynı şekilde, bu evliliklerden doğan çocuklar, Türkiye'de tescil edilmeyebilir ve tanıma davası halinde çocuğun Türkiye'deki baba kütüğüne kaydı mümkün olmayabilir. Yabancı ülkedeki boşanmaların da Türkiye'de nüfusa tescil edilmesi gereklidir. Aksi takdirde, ilgili taraflar, nüfusta evli gözükmektedir. Aynı şekilde, Türk mahkemelerinden verilen boşanma kararlarının da daha evvel evlilik bildiriminde bulunulan devlet makamlarına iletilmesinde fayda vardır. Aksi takdirde, ilgili taraflar, o ülkede evli sayılmaya devam eder. Bundan dolayı, özellikle soybağına ilişkin karmaşık problemlerin gündeme gelmesi söz konusudur.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya/**Demir Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Aybay, Rona: "Türk Hukukunda Çifte Vatandaşlık Bir Hak Mıdır?", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, (Ed. **Hailbronner**, Kay/**Tiryakioğlu**, Bilgin/**Küçük**, Esin/ **Schneider**, Katja), 2. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 175, Ankara 2013, s. 156-163.

Aygün, Mesut: "Askerlik Hizmetinin Türk Vatandaşlığı Açısından Değerlendirilmesi", (Ed. **Hailbronner**, Kay/**Tiryakioğlu**, Bilgin/ **Küçük**, Esin/**Schneider**, Katja), 2. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 175, Ankara 2013, s. 231-251.

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: "Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4 (1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 19, Y. 2015, s. 111-150.

De Vido, Sara: "The Relevance of Double Nationality To Conflict Of Law Issues Relating To Divorce And Legal Seperation In Europe", Cuadernos de Derecho Transnacional, V. 4, No. 1, Marzo, 2012, s. 222-232.

Doğan, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 13. bs., Savaş Yayınevi, Ankara 2016.

Ekşi, Nuray: Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü, 2. bs., Beta Basım, İstanbul 2005.

Erdem, Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 5. bs., Beta Basım, İstanbul 2016.

Ekşi, Nuray: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, Beta Basım, İstanbul 2010.

Goodman, Sara Wallace: "Dual/Multiple Citizenship", Encyclopedia of Migration (Ed. **Bean**, Frank/**Brown**, Susan), Springer, Amsterdam 2014, s. 1-4.

Güngör, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 4. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Güngör, Gülin: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ("AVS")", Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 1-2, C. 17-18, Y. 1997-1998, s. 229-250.

Göğer, Erdoğan: "Çifte Vatandaşlık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1-4, Y. 1995, s. 127-181.

Martin, Philip: "US Experience With Double Citizenship", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, (Ed. **Hailbronner**, Kay/**Tiryakioğlu**, Bilgin/**Küçük**, Esin/**Schneider**, Katja), 2. bs., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No. 175, Ankara 2013, s. 186-195.

Nomer, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 22. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Nomer, Ergin: "Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık" ("Çifte Vatandaşlık"), Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 1-2, C. 14, Y. 1994, s. 55-62.

Özkan, Işıl/**Tütüncübaşı**, Uğur: "Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, Y. 2008, s. 599-634.

Pusch, Barbara: "Dual Citizenship In The Transnational German-Turkish Space: Notes From Germany", IPC-Mercator Policy Brief, Fabrika Basım, İstanbul 2015, s. 1-10.

Şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Tanrıbilir, Feriha Bilge: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku", Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 2, C. 22, Y. 2002, s. 791-818.

Tiryakioğlu, Bilgin: "Multiple Citizenship And Its Consequences In Turkish Law", Ankara Law Review, V. 3, No. 1, Y. 2006, s. 1-16.

Uluocak, Nihal: "Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi Ve Son Gelişmeler", Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, S. 2, C. 7, Y. 1987, s. 181-186.

Yücel, Gerçek Şahin: "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği Vatandaşlığı İle İlgili Son Yaklaşımları", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.21, S. 2, Y. 2013, s. 37-54.

http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/043 (erişim: 06.07.2017).

http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166 (erişim: 06.07.2017).

https://www.un.org/ruleoflaw/files/volume-932-I-13272-English.pdf (erişim: 09.08.2017).

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61990CJ0369&qid=1499257958685&from=EN (erişim: 04.07.2017).

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=EN (erişim: 10.07.2017).

http://www.icj-cij.org/en/case/18 (erişim: 04.07.2017).

https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/LON/PARTII-3.en.pdf (erişim: 06.07.2017).

KKTC HUKUKU'NDA YASAL VE İRADİ MİRASÇILIĞIN KAZANILMASI VE KAYBEDİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Emine KOÇANO RODOSLU*

Öz

Bu çalışmada, KKTC Hukuku'nda yasal ve iradi mirasçılık, yasal düzenlemeler ile birlikte Yargıtay uygulaması da esas alınarak incelenmiştir. Yasal ve iradi mirasçılığın düzenlendiği Vasiyetnameler ve Veraset Yasası hükümleri ele alınmış ve bu bağlamda, yasal mirasçılar ve miras payları, saklı paylı mirasçılar ve saklı pay oranları ile mirasta denkleştirme kurumu değerlendirilmiştir. Ayrıca söz konusu Yasa'da, miras bırakana vasiyetname düzenleyerek ölümünden sonra terekesinde yer alacak malvarlığı hakları üzerinde hak sahibi olmasını istediği kişi veya kişileri ölüme bağlı hukukî işlem yaparak belirleme hakkı tanınmıştır. Bu çerçevede, vasiyetname düzenleme ehliyeti ve vasiyetname düzenleme şekline kısaca değinilmiştir. Son olarak, mirasçılık sıfatının kaybedilmesine yol açan durumlar üzerinde açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yasal mirasçılık, zorunlu mirasçılık, iradi mirasçılık, vasiyetname, mirastan yoksunluk

ACQUISITION AND LOSS OF STATUTORY AND VOLUNTARY INHERITANCE IN TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS LAW

Abstract

In this study, statutory and appointed inheritance in the law of the TRNC have been examined by considering legal documents and decisions of the Supreme Court regarding inheritance. Within this framework, the Act of Wills

* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: emine.rodoslu@emu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 09.01.2018-09.01.2018-15.02.2018/Makale Kabul Tarihleri: 28.03.2018-10.01.2018-28.03.2018)

and Succession has been studied and statutory heirs and their succession portions, heirs who have reserved portion and the rate of the reserved portion and hotchpot have been examined. In addition to these, the mentioned Act gives the testator the right to dispose of his estate as of his death within the limits of reserved portion by a will. At this stage, the capacity to execute a will and the form of the will are studied in short. Finally, the cases which lead to the loss of the inheritance status are explained.

Keywords

Statutory inheritance, compulsory inheritance, voluntary inheritance, will, debarring from inheriting

GİRİŞ

Ölüm ile birlikte kişilik sonlanırken, miras bırakana kimlerin halef olacağı, hak ve borçların intikali ile ölen kişiye bağlı hakların akıbeti miras hukukunun konusunu oluşturmaktadır[1]. KKTC Anayasası m. 36'ya göre, "*Her yurttaş, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, kamu yararı amacıyla ve yasa ile sınırlanabilir"*. Miras hakkı ile mülkiyet hakkı aynı madde de "*Sosyal ve Ekonomik Haklar, Özgürlükler ve Ödevler*" Bölümü'nde düzenlenmiştir[2]. Esasen, özel mülkiyetin kabul edildiği sistemlerde mülkiyet hakkı ile miras hakkının birbirinden ayrı düzenlenmesi düşünülemez[3]. Çünkü ölüm olayı ile birlikte, miras bırakana ait özel mülkiyete ait şeyler devlete kalmamakta, yine özel mülkiyete tâbi olacak şekilde mirasçılara geçmektedir. Diğer taraftan, miras hakkının Anayasal temel bir hak olarak ele alınması, hem yasal ve iradi mirasçıların mirasçılık haklarının hem de miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün teminat altına alınmasını sağlamaktadır.

KKTC Hukuku'nda miras hukuku ile ilgili genel hükümler, 1946 tarihli "*Vasiyetnameler ve Veraset Yasası*" ile 1954 tarihli "*Terekelerin İdaresi Yasası*"nda yer almaktadır. Ayrıca, "*Evlat Edinme Yasası*", "*Evlilik Dışı Çocuklar Yasası*", "*Taşınmaz Mal Yasası*" gibi diğer bazı yasalarda da miras hukukuna ilişkin hükümler mevcuttur[4]. Çalışmada, özellikle Vasiyetnameler ve Veraset Yasası ile Terekelerin İdaresi Yasası hükümleri ele alınacak,

---

1 **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 13. Aufl., auf Grund der 12. Aufl. 2002 neu bearbeitet und ergänzt, Schulthess Juristische Medien AG., Schweiz, 2010 (Swisslex, ET: 20.02.2017), s. 613.

2 2014 tarihinde KKTC'de yapılan Anayasa referandumunda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının "herkes"e değil, yalnızca "yurttaşlar"a tanınması hususu tartışılmıştı.Bireysel başvuru hakkının sadece "yurttaşlar"a tanınması argümanının ileri sürülmesinin temelinde yatan sebep, Kıbrıslı Rumlar'ın mülkiyet hakkı ihlali nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmalarının önüne geçmekti. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erhürman**, Tufan: 100 Soruda 2014 Anayasa Referandumu Geçici 10. Madde Tartışmaları İle Birlikte, Işık Kitabevi, Kıbrıs 2014, s. 179-180.

3 Mülkiyet hakkı ile miras hakkı arasındaki ilişki konusunda daha geniş bilgi için bkz. **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 1 vd.; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. bs., Seçkin, Ankara 2012, s. 31 vd.; **Necatigil**, Zaim M.: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, Kıbrıs 2015, s. 53.

4 Yasa metinleri için bkz. (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx ET: 01.04.2017).

diğer yasalardaki miras hukukuna ilişkin düzenlemelere de yeri geldikçe değinilecektir.

I. MİRASÇILIK SIFATININ KAZANILMASI

Miras bırakanın ölümüyle tereke külliyen ve kendiliğinden mirasçılara geçer[5]. Bir başka deyişle, miras bırakanın malvarlığı hakları ve borçları ölüm olayı ile birlikte hiç bir hukukî işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden bir bütün olarak mirasçılara intikal eder (VVY m. 3)[6]. Terekelerin İdaresi Yasası m. 2'ye göre tereke, "*bir kişinin ölümünde tasarrufunda bulunan taşınır*[7] *ve taşınmaz malları*[8] *anlatır*"[9]. Terekeyi oluşturan malvarlığı haklarının bir kısmını veya tamamını almaya hakkı olan gerçek veya tüzel kişiye mirasçı

---

5 **Dural/Öz**, s. 5; **Serozan/Engin**, s. 101; **İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Miras Hukuku, 9.bs., Bilge, Ankara 2015, s. 72; **Esener**, Turhan: Türk Miras Hukuku Ana Kavramları, Neşriyat ve Yardımlaşma Derneği, Ankara 1977, s. 2; **İşgüzar**, Hasan: Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 101; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 614.

6 **Dural/Öz**, s. 8; **Dalamanlı**, Lütfü: Miras Hukuku ve Tatbikatı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1983, s. 4; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 73; **Esener**, s. 1; **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku Dersleri, 2. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 1-2; **İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. bs., Der Yayınları, İstanbul 2017, s. 10.

7 VVY m. 2'ye göre, *"taşınmaz mal olmayan her cinsten tüm mallar"* taşınır maldır.

8 VVY m. 2'ye göre taşınmaz mallar şunlardır: "*Arazi, binalar ve başka yapılar, herhangi bir araziye veya herhangi bir binaya veya sair yapı ve inşaata sabitleştirilmiş yapılar veya müştemilat, ağaçlar, bağlar ve herhangi bir araziye dikilmiş veya orada yetişmekte olan her türden başka herhangi bir şey ve bunlar üzerinde bulunan koparılmamış herhangi bir ürün, herhangi bir arazi ile birlikte veya araziden ayrı olarak sahipli pınarlar, kuyular, su ve su hakları, herhangi bir araziye veya herhangi bir binaya veya başka inşaata veya yapıya ait olan veya ait sayılan her çeşit imtiyaz, serbesti, irtifak ve başka herhangi bir hak ve avantajlar*".

9 KKTC Hukuku'nda, miras bırakanın taşınır ve taşınmaz eşya üzerindeki ayni hakkı, kendiliğinden mirasçılara geçmez. TİY m. 25 uyarınca, *"bir vasiyetname veya tereke tenfiz yetkisi veya vasiyetnameye bağlı tereke idare yetkisi tevdi edilmesinden başlayarak ondan itibaren, ölenin terekesi üzerindeki hak ve yükümlülükler, ölen kişinin öldüğü tarihten başlayarak şahsi temsilcisine geçmiş sayılır"*. TİY m. 31/II'ye göre, "*ölen bir kişinin terekesinin idaresi yetkisi kendisine tevdi edilen herkes, tevdi edilen yetkilerdeki sınırlandırmalara bağlı olarak, ölenin vasiyetnamesinin tenfiz memuruymuş gibi ayni hak ve sorumluluklara sahip olur ve aynı şekilde hesap vermekle yükümlüdür*". Ayrıca Taşınmaz Mal Yasası m. 40/II uyarınca, "*Ancak, ölen bir kişinin terekesinin vasiyeti tenfiz memuru veya tereke idare memuru, bu fıkra amaçları bakımından müteveffa adında kayıtlı taşınmaz malların kayıtlı sahibi sayılır*".

denir[10]. Mirasçılık sıfatı, ya yasaya ya da miras bırakının düzenlediği ölüme bağlı tasarrufa dayalı olarak kazanılabilir (VVY m. 4)[11].

A. Yasal Mirasçılık

Mirasçılık sıfatını, miras bırakanın arzusuna göre değil de, doğrudan yasaya dayanarak kazananlara yasal mirasçı denir[12]. Yasal mirasçılık kan hısımlığı bağına, sözleşme bağına veya mahkeme kararına ya da vatandaşlık bağına dayanabilir[13]. KKTC Hukuku'nda, miras bırakanın altıncı dereceye kadar kan hısımları, evlatlığı, sağ kalan eşi ve Devlet yasal mirasçılardır. Yasal mirasçılar, saklı paylı yasal mirasçılar ve saklı paylı olmayan yasal mirasçılar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[14].

1. Kan Hısımlarının Yasal Mirasçılığı

a. Genel Olarak

Vasiyetnameler ve Veraset Yasası'na göre, miras bırakanın kan hısımlığına dayanan mirasçıları şunlardır: Miras bırakanın meşru çocukları,meşru çocuklarının altsoyu, anası, babası, kardeşleri, büyük anaları, büyük babaları ve altıncı dereceye kadar hısımları.

---

10 **Dalamanlı**, s. 2; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 68; **Esener**, s. 5; **Oğuzman**, 1978, s. 8; **İmre/Erman**, s. 12.
Yargıtay'a konu olmuş bir olayda, miras bırakanın vasiyetname ile malvarlığını bir hastaneye vasiyet etmesi üzerine, muhtemel mirasçılar, sadece gerçek kişilerin mirasçı olabileceğini tüzel kişilerin mirasçı olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Yargıtay, "kişi" kavramı değerlendirilirken Fasıl 1 Interpretation Law (Yorum Yasası) madde 2'nin dikkatte alınması gerektiğini ifade etmiş ve tüzel kişilerin de mirasçı olabileceğine karar vermiştir. Yorum Yasası madde 2'ye göre, "*kişi, herhangi bir şirket, ortaklık, birlik, dernek ve cemiyeti ve tüzel kişiliği olsun veya olmasın, herhangi bir kurumu veya kişilerden oluşan kuruluşu da kapsar*". YH, 16.12.2015, Dava No: 3130/2008 (www.mahkemeler.net ET:16.03.2018).

11 **Dural/Öz**, s. 5; **Dalamanlı**, s. 2; **Antalya**, Gökhan: Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 67; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 6. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 32; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 70; **Esener**, s. 14; **Oğuzman**, 1978, s. 26; **İmre/Erman**, s . 12.

12 **Serozan/Engin**, s. 135; **Antalya**, s. 68; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 68; **Oğuzman**, 1978, s. 28.

13 **Antalya**, s. 68; **Kılıçoğlu,** s. 36; **Oğuzman**, 1978, s. 28; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 618.

14 Bkz. aşağıda, II, E.

b. KKTC Hukuku'nda Benimsenen Sistem

Vasiyetnameler ve Veraset Yasası m. 46'da ve söz konusu Yasa'nın Birinci Cetveli'nde "*sınıf*" (class) kavramı kullanılmakla birlikte, Yasa'nın tamamına hâkim olan ilkeler incelendiğinde kan hısımı mirasçıların ve miras paylarının belirlenmesinde, zümre sistemine benzer bir sistemin KKTC Hukuku'nda benimsendiği ifade edilebilir[15].

Zümre sisteminin ana prensiplerine göre, bir önceki zümrede mirasçının bulunması, daha sonra gelen zümrelerdeki mirasçıların mirasçılığını engeller[16]. Aynı esas VVY m. 46/II'de de benimsenmiştir. Buna göre, *"ancak bir sınıfta bulunan kişiler, ondan sonra gelen sınıftaki kişilerin hak sahipliğini ortadan kaldırır"*.Örneğin, miras bırakanın ana ve babasının mirasçı olabilmesi için, miras bırakanın altsoyunun bulunmaması gerekmektedir.

Zümre sistemine hâkim olan diğer bir prensibe göre, aynı zümre içerisinde miras bırakana daha yakın derecede hısım olan zümre başları ve kök başlarının varlığı, onların altsoylarının mirasçılığını engeller[17]. Örneğin, miras bırakanın çocuğu hayatta ve mirasçılık sıfatına sahip iken, miras bırakanın çocuğunun çocuğu mirasçısı olamaz.

---

15 Ölen kişinin kan hısımlarından hangilerinin hangi oranda mirasçı olacağı ile, daha yakın hısımların daha uzak hısımların mirasçılığını engelleyip engellemeyeceği konusunda miras hukukunda çeşitli sistemler benimsenmiştir. Yasal mirasçıların belirlenmesinde, ferd sistemi, sınıf sistemi ve zümre sistemi olmak üzere üç sistem vardır. İslam Hukuku'nda mirasçılar ferd sistemine göre belirlenmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Üçok**, C./**Mumcu**, A./**Bozkurt**, G.: Türk Hukuk Tarihi, 18. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 129 vd.

Sınıf sistemi ise, Roma Hukuku'ndan gelen bir sistemdir. Bu sistemde, miras bırakana olan hısımlık ilişkisine göre, kan hısımları çeşitli sınıflara ayrılmıştır. Bir sınıftan bir mirasçının varlığı, sonraki sınıftaki mirasçıları mirastan uzaklaştırmaktadır. Kan hısımlarının kaçıncı sınıfta olacağı yasa koyucu tarafından belirlenmektedir. **Oğuzman**, 1978, s. 29; **Antalya**, s. 69-70; **İmre/Erman**, s. 16.

1914-1960 tarihleri arasında yani "Geç İngiliz Dönemi'nde", adadaki İngiliz yönetimi, İngilizler'in adadaki varlıklarını kalıcı kılmak ve toplumu şekillendirmek amacıyla hem yargı örgütüne ilişkin, hem de maddi hukuka ilişkin birçok yasal düzenlemeler yapmıştır. Bu yüzden, bu dönemde yürürlüğe giren Vasiyetnameler ve Veraset Yasası İngiliz Hukuku'nun etkilerini taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Turhan**, Turgut: "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", Kıbrıs Makaleleri, Gazimağusa 2012, s. 78.

16 **Kılıçoğlu,** s. 28; **Dural/Öz**, s. 22; **Serozan/Engin**, s 140.

17 **Serozan/Engin**, s. 141; **Kılıçoğlu**, s. 30.

Zümre sisteminde esas olan halefiyet ilkesi, VVY m. 49'da düzenlenmiştir: Bu ilkeye göre, zümre başının herhangi bir sebeple mirasçı olamaması halinde (miras bırakandan önce ölmesi, mirastan yoksun olması, mirastan fergat etmesi vs.), ona düşmesi gereken miras payı, aynı derecede yer alanlara değil, kendi altsoyuna geçer[18]. Bu bağlamda, miras bırakandan önce ölen miras bırakanın meşru çocuğunun miras bırakanın ölüm tarihinde hayatta olan altsoyu halefiyet ilkesine dayanarak mirasçı olmaktadır.

aa. *Birinci Sınıf Yasal Mirasçılar*

Miras bırakının ölümü tarihinde hayatta olan meşru çocukları ile, miras bırakandan önce ölen meşru çocukların miras bırakanın ölümü tarihinde hayatta olan altsoyu, eşit paylarla birinci sınıf yasal mirasçıları oluşturmaktadırlar (VVY m. 46)[19].

Bir toplumda, hukuk düzeninin öngördüğü şekilde kurulan evlilik birliği içerisinde doğan çocuklar "*evlilik içi çocuklar*" veya "*meşru çocuklar*" olarak adlandırılırken, bunlar dışındaki birleşmelerden meydana gelen çocuklar "*evlilik dışı çocuklar*" veya "*gayri meşru çocuklar*" olarak nitelendirilmektedir[20]. Bazı hukuk düzenlerinde olduğu gibi, KKTC Hukuku'nda da, evlilik dışı çocukların yasal statüsü ile evlilik içi çocukların yasal statüsü

---

18 **Serozan/Engin**, s. 141; **Kılıçoğlu**, s. 30; **Antalya**, s. 75; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 86; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 621.

19 Miras bırakanın, altsoyuna hayatta ilerlemesi için veya bir evlilik sözleşmesi altında ya da çeyiz olarak veyahut da ölüm beklentisi içinde olduğu bir sırada yapmış olduğu bağışlamalar karine olarak denkleştirmeye (hotcpot kuralı) tâbi olmaktadır (VVY m. 51). Ancak miras bırakan, vasiyetname düzenleyerek denkleştirmeye tâbi bir kazandırmayı denkleştirmeye tâbi olmaktan kurtarabilmektedir (VVY m. 51/II). Örneğin, hayata yeni atılmış olan veya atılacak olan kişilere, hayatlarını kazanabilecek bir konuma gelebilmelerini sağlamak amacı ile üstsoy hısımlarının vermiş oldukları para ya da mal kural olarak denkleştirmeye tâbidir (VVY m. 51/a). Hatta uygulamada Yargıtay, sadece yeni hayata atılacak veya iş kuracak altsoya yapılan kazandırmaların değil, iş veya meslek sahibi olan altsoya da işini büyütmesi veya geliştirmesi amacıyla ana veya babalarının yapmış oldukları kazandırmaların da denkleştirmeye tâbi olacağını kabul etmektedir. KKTC Hukuku'nda Hotcpot kuralına ilişkin Yargıtay kararları için bkz. YH, 26.06.2013, Dava No: 9/2003; YH, 11.01.2013, Dava No: 1/2013; YH, 26.06.2003, Dava No: 8/2003; YH, 19.06.2013, Dava No: 19/2013; YH, 26.06.2003, Dava No: 8/2003 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx ET: 05.10.2017).

20 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. **Aybay**, Aydın: "Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu", ABD, S. 3, 1969, s. 461-467; **Turhan,** Turgut: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 20.

farklılaşmaktadır: Genellikle, evlilik dışı çocuklar evlilik içi çocuklara nazaran daha az haklara sahip olmaktadırlar.

Aile Yasası madde 40'a göre, evlilik birliği içinde doğan veya evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren 302 gün içerisinde doğan çocuk, nesebi sahih çocuktur. EDÇY m. 3'e göre, evlilik dışında doğan çocuk ile annesi arasında doğumla birlikte soybağı ilişkisi kurulur. Bu bağlamda ana ile soybağı açısından, evlilik dışında doğan çocuk ile evlilik içi çocuğun hukukî statüsünde bir fark bulunmamaktadır[21]. Buna karşılık, evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulması ve çocuğun yasal statüsünün, evlilik içi çocuğun yasal statüsüne taşınması için, Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nda iki yol gösterilmiştir[22]: Birincisi, evlilik dışı doğan çocuğun ana ve babasının sonradan evlenmesiyle birlikte, evlilik dışı çocuğun soybağı evlilik birliği içinde doğmuş gibi düzelir (EDÇY m. 4). İkincisi, mahkemenin vereceği hüküm ile çocuğun soybağı düzelebilir. Bu bağlamda, çocuğun kendisine soybağı ile bağlanmasını isteyen baba,dilekçe ile mahkemeye başvurmalıdır. Ayrıca baba, soybağı kurulması yönünde iradesini bir vasiyetname düzenleyerek de açıklayabilir. Bu iradenin bir vasiyetnameyle açıklanması durumunda, çocuk babanın ölümünde bir dilekçe ile mahkemeye başvurmalıdır. Her iki durumda da, baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi mahkeme hükmü gereği kurulur (EDÇY m. 6)[23]. Mahkeme kararı ile soybağı düzeltilen çocuk, doğum tarihinden itibaren evlilik birliği içinde doğmuş çocuğun yasal statüsüne sahip olur (EDÇY m. 7). Bu saydığımız iki yol dışında, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulması ve çocuğun "*meşru çocuk*" olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

---

21 **Turhan** Turgut: "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku'nda Kadının Hukuki Durumu", Ada Yazıları, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010, s. 225; **Necatigil**, s. 53.

22 Aile Yasası'nın 42 maddesinde yer alan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin "tanıma" yolu ile kurulabileceğine ilişkin hükmü, 34/2015 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır.Bkz. ve krş. **Turhan**, Yurttaşlık Hukuku, s. 24.

23 Çocuk ile arasında soybağı ilişkisi kurulması için, babanın mahkemeye başvurması halinde, mahkeme, ancak şu şartların gerçekleşmesi durumunda baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasına karar verir: 1. Çocuğun ana rahmine düştüğü sırada, baba olduğunu iddia eden kişinin bağlı olduğu dini toplumun Aile Yasası'nda kan hısımlığı veya evlenme nedeniyle ana ile babanın evlenmesi yasaklanmamalıdır. 2. Baba, çocuğu evlat edinmemiş olmalıdır. 3. Annenin ölümü veya başka herhangi bir neden ile baba ile ananın evliliği mümkün olmamalıdır. 4. Baba evli ise, eşinin rızası bulunmalıdır. 4. Çocuğun yasal temsilcisi rıza göstermelidir (EDÇY m. 6, b.3).

Evlilik dışı çocuğun annesi, çocuğun doğumdan önce veya çocuk doğduktan sonra beş yıl içinde mahkemeye başvurarak, çocuğun bakım ve eğitim giderleri için baba aleyhine nafakaya hükmedilmesi talebinde bulunabilir (EDÇY m. 8)[24]. Baba olduğu iddia edilen kişinin, mahkemece, çocuğun biyolojik babası olduğuna kanaat getirilmesi halinde dahi, o kişi "*varsayılan baba*" olarak kabul edilmekte ve sadece çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılamasına karar verilmektedir (EDÇY m. 9)[25]. Dolayısıyla, evlilik dışı çocuğun annesinin,çocuğun masraflarının karşılanması talebiyle mahkemeye başvurması ve mahkemenin baba olduğu iddia edilen kişiyi varsayılan baba olarak kabul etmesi, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulmasını sağlamaz. Bu durumda da evlilik dışı çocuk, varsayılan babanın mirasçısı olamaz[26].

Evlilik dışı çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisinin kurulabilmesinin, sadece babanın insafına bırakılması günümüzde kabul edilebilir bir düzenleme değildir[27]. Yasal düzenlemeler ile, evlilik dışı çocuklar ile evlilik içi çocukların yasal statülerinin farklılaştırılması Uluslararası belgelere ve

---

24 Yargıtay'ın, Y. Aile Hukuku, 26.06.2015, Dava No: 24/2012 sayılı kararına göre, "*... Mahkeme aleyhine nafaka emri verilmesi istenilen şahsın gayri meşru çocuğun hakikaten babası olduğuna kanaat getirdikten sonra, bu gibi şahsın gayri meşru çocuğun babası olduğuna (putative father) hükmeder ve uygun gördüğü koşullar tahtında, çocuk için nafaka ödemesine emir verir ... Mevcut yasal durum, Hukuk veya Ahvali Şahsiye meselelerinde tarafların rıza göstermediği hallerde DNA testi yapılmasının Mahkeme tarafından zorlanabileceğine ilişkin bir kural içermemektedir...*" (www.mahkemeler.net ET: 15.03.2018).

25 Bu konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Y. Aile Hukuku, 23.11.1978, Dava No: 1/75, **Atalay**, s. 234 vd.

26 Y. Aile Hukuku, 15.09.1988, Dava No: 3/1988 (www.mahkemeler.net ET: 01.04.2017).

27 Sadece meşru çocuğun babanın mirasçısı olabileceğine ilişkin Vasiyetnameler ve Veraset Yasası'nın 46. maddesi hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, meşru aile birliğinin korunması gerekliliği nedeniyle, bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 12.04.1985, Dava No: 18/84 (www.mahkemeler.net ET: 28.07.2017). Ayrıca bkz. **Necatigil**, s. 53, dipn. 76.

Evlilik dışı çocuğun annesi, çocuğun doğumundan itibaren 5 yıl içinde çocuğun bakım ve eğitimine katkı amacı ile biyolojik babadan nafaka talep edebilir (EDÇY m. 8 (a) (i)). Sözkonusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu hükmün KKTC Anayasası'nın Başlangıç Kısmına ve 1. maddesine aykırı olduğuna; ancak Anayasa'nın 8. (Eşitlik İlkesi), 17. (Hak Arama Özgürlüğü ve Yasal Yargı Yolu) ve 35. (Ailenin Korunması) maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 31.03.2017, Dava No: 5/2015 (www.mahkemeler.net ET: 28.07.2017).

antlaşmalara aykırıdır[28]. Eşitliğe aykırı olan bu çağ dışı düzenlemelerin kaldırılıp, çağdaş hukuk ilkelerine uygun yasaların yapılması yerinde olacaktır[29].

bb. *İkinci Sınıf Yasal Mirasçılar*

Miras bırakanın ölümünde hayatta bulunan anası ve babası ile kardeşleri ikinci sınıf yasal mirasçıları oluşturmaktadır. Miras bırakanın ölümünde, anası ve babası hayatta değilse hayatta olan en yakın atası, ki, bu durumda en yakın atası üçüncü dereceden üst soy kan hısımları olan büyük ana büyük babası, ile kardeşleri birlikte yasal mirasçı olmaktadırlar (VVY m. 46). Bu hüküm zümre sistemine hâkim olan, bir önceki zümrede mirasçının bulunması daha sonra gelen zümrelerdeki mirasçıların mirasçılığını engeller ilkesine uymamaktadır.

İkinci sınıfta bulunan yasal mirasçılar, mirası eşit olarak paylaşırlar. Ancak, yasal mirasçılar arasında ikinci dereceden yarım kan yansoy hısım varsa (üvey kardeşler ve üvey kız kardeşler), bunlar ikinci dereceden tam

---

28 Bkz. 1948 tarihli "*BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*" m. 2 (http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III) ET: 18.04.2017); 1959 tarihli "*BM Çocuk Hakları Bildirgesi*" 1. ilke (https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html ET: 18.04.2017); "*BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*" m. 2. Bu sözleşme 12.03.1996 tarihinde 6/1996 sayılı "*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Onay Yasası"* ile KKTC tarafından kabul edilmiştir; Ayrıca bkz. "*BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*" m. 24.1 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx ET: 18.04.2017). Bu sözleşme 19.07.2004 tarihinde 29/2004 sayılı "*Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Onay Yasası*" ile KKTC tarafından kabul edilmiştir.

29 Türk Hukuku'nda evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocuk arasında eşitsizliğe neden olan, farklı oranlarda mirasçı olmalarını öngören ve babası mahkeme kararı ile belirlenmesine rağmen, aranılan yasal özel şartlar yerine getirilmediğinden, (babanın anaya evlenme vaad etmiş olması veya cinsi münasebetin bir cürüm ya da nüfusu suiistimal teşkil etmesi, ÖMK m. 310) evlilik dışı çocukların babalarından miras payı almalarını engelleyen MK. m. 443/I'in 1. cümlesi ve II. fıkrası, 11.09.1987 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman**, Kemal: "Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Karşı Mirasçılığı Sorunu", AÜSBF, C. 49, S. 1, 1994, s. 304-310 (http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ausbf/article/view/5000053930/5000051246 ET: 18.04.2017); **Erdoğan** İhsan: "Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması", GÜHFD, C. 2, S. 1-2, 1998, s. 35-43 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_tam.pdf ET: 18.04.2017); Ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 9 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 52; **Antalya**, s. 81 vd.; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 94 vd.; **İşgüzar**, s. 28.

kan yansoy hısımın (öz kardeş veya öz kız kardeş) alacağı miras payının yarısını alırlar. Miras bırakanın ölümünde kardeşlerin hayatta olmaması halinde, onların yerini halefiyet ilkesi gereği altsoyları alır.

cc. *Üçüncü Sınıf Yasal Mirasçılar*

Miras bırakanın ölümünde, hayatta birinci ve ikinci sınıftan yasal mirasçısı olmaması halinde, en yakın hısımları büyük analar ve büyük babalar yasal mirasçılar olarak mirası eşit şekilde paylaşırlar (VVY m. 46).

dd. *Dördüncü Sınıf Yasal Mirasçılar*

Miras bırakanın ölümünde altsoyu, anası babası, kardeşleri ile büyük ana ve büyük babalar hayatta değillerse, altıncı dereceye kadar hayatta olan hısımları mirasçılık hakkını kazanırlar. Mirasçılık hakkını kazanan mirasçıların tamamının miras payları eşittir. Örneğin,miras bırakanın ölümünde hayatta olan,büyük büyük amcasının çocuğu ile büyük amcasının torunu mirası eşit şekilde paylaşırlar (VVY m. 48/II).

2. Mirasbırakanın Sağ Kalan Eşinin Yasal Mirasçılığı

Miras bırakanın ölümünden sonra sağ kalan eşin ekonomik durumunun kötüye gitmesini engelleme düşüncesi, eşin yasal mirasçılığının kabulünün temel dayanağını oluşturmaktadır[30] (VVY m. 44). Sağ kalan eşin mirasçı olabilmesi için, miras bırakanın ölümü anında yürürlükte olan Aile Yasası kurallarına uygun olarak, kurulmuş geçerli bir evlenmenin mevcut olması ve evlilik birliğinin ölüm anında devam ediyor olması gerekmektedir[31]. Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerin aksine, boşanma dâvası devam ederken, eşlerden birinin ölmesi halinde, ölen kişinin mirasçılarının dâvaya devam edip, etmeyeceği konusunda KKTC Hukuku'nda herhangi bir düzenleme mevcut değildir[32]. Bundan dolayı, boşanma dâvası devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde, sağ kalan eş ölen eşin mirasçısı olmaktadır.

---

30 **Acar**, Faruk: Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, 2. bs., Seçkin, Ankara 2004, s. 18; **Kılıçoğlu**, s. 67; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 12 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 630; **İmre/Erman**, s. 41.

31 **Acar**, s. 21 vd.; **Canarslan**, Gökçe: "743 Sayılı Kanundan Günümüze Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı", Electronic Journal of Vocational Colleges, C. 5, S. 6, 2015, s. 30-39, s. 31; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 121; **İşgüzar**, s. 29.

32 Türk Hukuku'nda, boşanma dâvası devam ederken eşin ölümü halinde, sağ kalan eşin dışındaki diğer mirasçılar, sağ kalan eşin kusurunu kanıtlamak ve mirasçılığını engellemek için davaya devam edebilmektedir (TMK m. 181). Dâvaya devam edilmesi duru-

Sağ kalan eş, zümre sisteminde herhangi bir derecede yer almamaktadır[33]. Sağ kalan eş tek başına mirasçı olabileceği gibi, diğer yasal mirasçılar ile birlikte de mirasçı olabilir. Eşin miras payı, birlikte mirasçı olduğu kan hısımlarının miras bırakan ile aralarındaki hısımlık ilişkisine göre değişmektedir. Bu anlamda, eşin miras payının belirlenmesinde nisbilik (görecelik) geçerlidir[34].

Sağ kalan eş ile altsoyun birlikte mirasçı olması halinde, eşin miras payı 1/6'dır[35]. Ancak, altsoyda mirasçılık hakkına sahip bulunan kişi sayısı beşten fazla ise, eş ile altsoy birlikte eşit paylarla mirasçı olurlar.Sağ kalan eşin, miras bırakanın üçüncü dereceye kadar kan hısımı olan ata veya 3. dereceye kadar atanın alt soyu ile birlikte mirasçı olması halinde,sağ kalan eş 1/2 miras payına sahip olmaktadır. Diğer taraftan, miras bırakanın dördüncü dereceye kadar atası ile birlikte veya dördüncü dereceye kadar kan hısımı atanın altsoyu ile birlikte eşin mirasçı olması halinde, sağ kalan eşin miras payı 3/4'tür. Sağ kalan eş ile birlikte dördüncü dereceye kadar hısım veya dördüncü dereceye kadar hısımın altsoyu bulunmaması halinde eş, terekenin tamamının mirasçısı olur (VVY m. 44).

Vasiyetnameler ve Veraset Yasası m. 44/son fıkraya göre, "*ölmüş kişi birden fazla karı bıraktığında, bu madde kuralları uyarınca karıya verilen hisse, bu gibi karılar arasında eşit olarak taksim edilir*". Yasal düzenlemelere bakıldığında, söz konusu hükmün uygulanma imkânının varlığı tartışılır. Çünkü, KKTC Aile Yasası m. 8'de aynı anda birden fazla evlilik yasaklanmaktadır. Buna göre evli bir kimse, evliliğinin sona erdiğini kanıtlamadıkça

---

munda, hâkim boşanma kararı vermeyerek, eşin mirasçılık hakkını kaybettiğine ilişkin tesbit kararı vermektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 39 vd.; **Antalya**, s. 94. Diğer taraftan, mutlak butlan veya nisbi butlan sebebiyle evliliğin iptali için açılan dâva devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde, mirasçıların açılan dâvaya devam ederek sağ kalan eşin iyiniyetli olduğunu kanıtlamaları halinde, sağ kalan eş mirasçılık hakkını kazanabilecektir; aksi takdirde kötüniyetli sağ kalan eş mirasçı olamayacaktır (TMK m. 159). Bkz. **Canarslan**, s. 37; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 123 vd.; **İşgüzar**, s. 29; **İmre/Erman**, s. 50-51.

33 **Antalya**, s. 90.

34 **Acar**, s. 29; **Esener**, s. 10.

35 Vasiyetnameler ve Veraset Yasası'nda ölüm halinde çocuk varsa eşe düşecek miras payının 1/6 olarak belirlenmesine karşın, Aile Yasası'nda boşanma sonucu mal rejiminin tasfiyesinde eşe kalacak oranın 1/3 olarak öngörülmüş olması hususu Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında tartışılmıştır. Bu karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 29.04.1999, 8/98, 9/98 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspxET: 19.03.2018).

yeniden evlenemez[36]. Keza Aile Yasası m. 17, b 1'de, ikinci evliliğin kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olduğu düzenlenmiştir. Diğer taraftan, Aile Yasası m. 15'de, "*evlilik mahkeme hükmü ile kesin hükümsüz ilan edilmediği veya iptal edilmediği sürece geçerlidir*" hükmü yer almakta ve bu hükme göre, kesin hükümsüz evlilik iptal edilmeden önce eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eş ölen eşe mirasçı olabilmektedir[37]. Bunun yanı sıra, miras bırakanın ölüm tarihinde yürürlükte olan hukuk kuralları uygulanacağından, Aile Yasası'nın yürürlükten kaldırdığı 1959 tarihli Türk Aile Yasası'na bakıldığında, Türk Aile Yasası'nda da birden fazla evliliğin yasaklanmış olduğu görülmektedir (Fasıl 339 m. 8)[38]. Ancak söz konusu Yasa'nın 12. maddesine göre, Yasa yürürlüğe girmeden önce Şeriat Yasaları'na göre yapılan evliliklerin geçerli olduğu ve aynı Yasa'nın 52. maddesinde Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce yapılan evlenmelerin Türk Aile Yasası'na uygun olduğu hükmü yer almaktaydı[39].

Ölümle birlikte evlilik birliği son bulduğundan, sağ kalan eş mal rejiminin paylaştırılması sonucu alacak hakkını diğer mirasçılara karşı ileri sürebilmektedir. Ayrıca sağ kalan eşin,miras bırakanın terekesi üzerinde miras hakkı da bulunmaktadır.Bundan dolayı, miras bırakanın evli iken ölümünde öncelikle eşler arasındaki mal rejimi tasfiyesi gerçekleşir[40]. Tasfiye sonucunda miras bırakana düşen kısım terekede yer alır ve eş diğer mirasçılarla birlikte terekenin tasfiyesine katılır (VVY m. 45)[41].

---

36 Yargıtay, Y. Aile Hukuku, 15.03.1978, Dava No: 158/75 sayılı kararında, mevcut evliliğe ilişkin boşanma kararı kesinleşmeden, yapılan ikinci evliliğin iptaline karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. Karar için bkz. **Atalay**, s. 223 vd.

37 **Serozan/Engin**, s. 157; **Öztan**, Bilge: "Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu", AÜHFD, C. XXVI, S. 1, 1969, s. 193-215, s. 212 vd.

38 Bkz. (http://www.mahkemeler.net/ifasil/Cap339.pdf ET: 19.04.2017). Ayrıca KKTC Ceza Yasası, Evlilik ve Aile Yükümlülüklerine İlişkin Suçlar Bölümü m. 179'da ikinci evlilik ağır bir suç olarak sayılmış ve yapılan ikinci evliliğin geçersiz olduğu ifade edilmiştir.

39 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Turhan**, Kıbrıs Makaleleri, s. 58 vd.; Ayrıca bkz. Türk Cemaat Mahkemesi, 8.02.1969, 4/68, 6/68 (www.mahkemeler.net ET: 28.08.2017); Y. Aile Hukuku, 19.11.1982, Dava No: 47/82 sayılı karar için bkz.**Atalay**, Hamdi: Türk Cemaat İstinaf Mahkemesi ile Yargıtay/Aile Hukuku Kararları, Kıbrıs 1994, s. 292 vd.

40 **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 12; **Kılıçoğlu**, s. 225; **Antalya**, s. 91.

41 KKTC Miras Hukuku'nda, sağ kalan eşe mülkiyet hakkı, intifa hakkı veya oturma hakkı seçimi yapma olanağı tanınmamıştır. Buna karşılık Türk Hukuku'nda sağ kalan eş, mirasın paylaştırılmasında, miras bırakanla birlikte oturdukları ev ve ev eşyası üzerin-

3. Mirasbırakanın Evlatlığı ve Evlatlığın Alt Soyunun Yasal Mirasçılığı

KKTC Hukuku'nda "*Çocukların Evlat Edinilmesi Yasası*"na dayanılarak küçüklerin mahkeme kararıyla evlat edinilmeleri mümkündür (ÇEEY m. 3)[42]. Küçüğün, evlat edinenin mirasçısı olabilmesi için, evlat edinenin ölümü anında evlatlık ilişkisinin geçerli olarak kurulmuş olması ve miras bırakanın ölümü anında bu ilişkinin devam ediyor olması gerekmektedir[43]. ÇEEY m. 11'e göre, mahkemece evlat edinme kararı verildikten sonra, evlat edinilen evlat edinenin biyolojik çocuğu gibi aynı yasal statüye sahip olur ve evlat edinenin birinci sınıf yasal mirasçısı olur. Ayrıca evlat edinilen, evlat edinenin kan hısımlarının da mirasçısı olmaktadır (ÇEEY m. 11 b. 2 c). Buna karşılık evlat edinilen, biyolojik ana babasının mirasçısı olmaz (ÇEEY m. 11 b. 2 b). Diğer taraftan, evlat edinen kişi, evlat edinilenin mirasçısı olmaz.

Eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde, evlatlık ile eşlerin biyolojik çocukları veya varsa evlat edindikleri bir başka çocuk arasında tam kan ikinci dereceden yansoy hısımlık ilişkisi kurulmaktadır. Buna karşılık, tek başına evlat edinme halinde evlatlık ile evlat edinenin biyolojik çocuğu veya varsa bir başka evlatlığı arasında yarım kan ikinci dereceden yansoy hısımlık ilişkisi kurulur (ÇEEY m. 12 b. 1). Aralarında hısımlık ilişkisi kurulan bu

---

deki mülkiyet hakkının miras payına mahsuben kendisine tanınmasını talep edebilir (TMK m. 651/I). Bkz. **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 147.

42 KKTC Hukuku'na göre, küçüğün evlat edinilebilmesi için, evlat edinecek kişinin yirmi beş yaşını doldurmuş olması ve küçükten en az on sekiz yaş büyük olması veya yirmibir yaşını doldurmuş olması ve küçüğün hısımı olması gerekmektedir. Söz konusu Yasa'da yirmi beş yaşını dolduran ve çocuk ile arasında hısımlık ilişkisi bulunan kimsenin evlat edinen olabileceği düzenlenmiştir (ÇEEY m. 4). Ancak Yasa'da hısımlık ilişkisi ve türü açısından bir açıklık mevcut değildir. Ayrıca Yargıtay, evlat edinme işleminin küçüğün yararına olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. YH, 25.10.2016, Dava No: 3/2016 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspxET: 16.03.2018)

Yargıtay, küçüğün öz annesi veya öz babası tarafından evlat edinilmesinin de mümkün olduğuna karar vermiştir. Yargıtay'ın kararına göre, küçüğün anne ve babasının evliliklerinin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda, anne veya baba yeniden evlenirse, ikinci eş ile birlikte öz anne veya öz baba öz çocuklarını evlat edinebilirler. Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar için bkz. Y. Aile Hukuku, 03.04.2013, Dava No: 2/2013; Y. Aile Hukuku, 29.11.1985, Dava No: 1/1985 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx ET: 27.06.2017).

43 **İşgüzar**, s. 30.

kişiler Vasiyetnameler ve Veraset Yasası hükümlerine göre birbirlerine mirasçı olurlar.

4. Devletin Yasal Mirasçılığı

Miras bırakanın,başkaca yasal veya iradi mirasçı bırakmaması durumunda, son yasal mirasçısı devlettir (VVY m. 47).

KKTC Hukuku'nda devlet, mirasın geçmesinden sonra kendisine intikal eden maldan feragat edebilir (TİY m. 51/VI)[44]. Diğer yasal mirasçılar gibi devlet de miras bırakanın borçlarından sadece kendisine intikal eden malvarlığı değeri ile sınırlı olarak sorumludur (TİY m. 27, b. 1 (c))[45].

5. Saklı Paylı Yasal Mirasçılar (Zorunlu Mirasçılık)

Miras bırakan, ölüme bağlı bir hukukî işlem yaparak terekesi üzerinde tasarrufta bulunabilir.Miras bırakanın, terekesi üzerinde ölüme bağlı hukukî işlem[46] ile tasarrufta bulunamayacağı kısma saklı pay denir. Miras bırakanın

---

44 Türk Hukuku'nda miras bırakının ölümünden sonra, yasal ve atanmış mirasçılar kanundan dolayı kendiliğinden ve külliyen mirası kazanırlar. Mirasçılar mirası red hakkını kullanarak, mirasçılık ehliyetlerini miras bırakanın ölümü anına kadar geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırabilirler. Devletin diğer yasal ve atanmış mirasçılar gibi miras bırakanın borçlarından kişisel ve sınırsız sorumluluğu olmadığından, mirası reddedip reddedemeyeceği konusu tartışmalıdır. Diğer taraftan, miras bırakanın sağlığında, muhtemel mirasçı beklenen hakkını gözden çıkararak miras bırakanla mirastan feragat sözleşmesi aktedebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan/Engin**, s. 328, 431; **Kılıçoğlu**, s. 44; **Antalya**, s. 106.

KKTC Miras Hukuku'nda feragat, Türk Miras Hukuku'ndan farklı düzenlenmiştir. Mirasın geçişinden sonra mirasçı, miras bırakanın öldüğünü ve kendisinin mirasçı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak üç ay içinde terekeden feragat edebilir (TİY m. 51, b. 1).

45 TİY m. 41 gereğince, bir vasiyetname veya tereke tenfiz memuru, tereke tenfiz yetkisini aldıktan sonra veya bir tereke idare memuru vasiyetnameye bağlı tereke idare yetkisi belgesini aldıktan sonra, öncelikle vasiyetnameye ilişkin masrafları ve cenaze masraflarını öder. İkinci sırada, miras bırakanın borçları TİY m. 42'de öngörülen öncelik sırasına göre ödenir. Üçüncü sırada, vasiyet alacaklılarının alacakları karşılanır. Vasiyet alacaklılarının alacakları da ödendikten sonra, terekede kalan malvarlığı yasal mirasçılar arasında paylaştırılır. TİY m. 27'ye göre, "*ölenin terekesi borçları ve yükümlülükleri ile yükümlü kalır*". Mirasçıların miras bırakanın borçlarından sorumluluğu, sadece kendilerine kalan malvarlığı haklarıyla sınırlıdır (TİY m. 27 b. 1/c).

46 Tasarruf kavramı, bir hakkı bir başkasına devretmek veya hakkı sınırlandırmak ya da bir hakkın niteliğini değiştirmek yahut bir hakka son vermek gibi hakka doğrudan doğruya etki eden hukukî işlemler ve hukukî işlemleri yapma yetkisi anlamını taşımaktadır. Ancak ölüme bağlı tasarruf deyimi, miras bırakanın vasiyeti yerine getirme görevlisi

tasarruf özgürlüğü (disposable portion), saklı paylı mirasçıların saklı payları oranında (statutory portion) sınırlandırılmıştır (VVY m. 41)[47]. Yasa'nın belirlemiş olduğu saklı paylı mirasçıların mirasçılık hakkı, miras bırakanın ölüme bağlı bir hukukî işlemi ile bertaraf edilemeyeceğinden, bu mirasçılara zorunlu mirasçılar da denilmektedir[48]. Günümüzde özgürlük düşüncesine bağlı olarak, hem saklı paylı mirasçıların azaltılması hem de miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün genişletilmesi fikri hâkim olmasına karşın[49], aşağıda görüleceği üzere KKTC Hukuku'nda saklı paylı mirasçıların saklı pay oranları yüksek tutulmuştur.

Vasiyetnameler ve Veraset Yasası'nda, bazı yasal mirasçılar lehine saklı pay öngörülmüş iken, bazı yasal mirasçılar lehine saklı pay öngörülmemiştir. VVY m. 41'e göre, miras bırakanın meşru çocuğu, meşru çocuğun altsoyu, eşi ve ana-babası saklı paylı mirasçılarıdır.

Miras bırakanın yasal mirasçılarından eşi ve altsoyu birlikte mirasçı ise, miras bırakan, terekenin 1/3 oranında tasarrufta bulunabilir. Eş ve altsoyun birlikte mirasçı olması halinde,eş ve miras bırakanın altsoyunun saklı payı 2/3 oranındadır. Miras bırakının altsoyu mirasçı ise ve eş yoksa, altsoyun saklı pay miktarı 2/3'dür. Miras bırakanın eşi tek başına mirasçı ise, eşin saklı pay oranı 1/2'dir. Miras bırakanın ana ve babasının tek başına mirasçı olması halinde ana veya babanın saklı pay oranı 1/2'dir.

Miras bırakanın tasarruf özgürlüğünü aşması ve bu sayede saklı paylı mirasçıların saklı paylarının ihlal edilmesi halinde, vasiyetname ile kendilerine kazandırma yapılan kişilerden orantılı olarak tenkise gidilir (VVY m. 41 b. 2). Tenkise ilişkin düzenleme TİY m. 44/II'de yer almaktadır. Buna göre, "*somut olarak vasiyet edilen şeylerin tümü bir arada hesaplandığında değeri, bir terekenin vasiyet edilebilen bölümün değerinden fazla olduğu görülürse, bu tür vasiyetlerde indirim ve azaltma yapılır. Bu indirim veya azaltma, somut olarak vasiyet edilen şeylerin tümünün satılması veya satış hasılatından vasiyet edilebilen bölüm değerine eşit bir miktarın ayrılarak bu miktarın somut şeylerin vasiyet edildiği kişiler arasında her birine kendisine vasiyet edilmiş olan şeyi değeri oranında bölünmesi suretiyle yapılır*".

---

ataması gibi, onun son arzularını da içerdiğinden, ölüme bağlı hukukî işlem kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir. Bu yönünde görüşler için bkz. **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 158-159; **Serozan/Engin**, s. 205.

47 **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 648.

48 **Serozan/Engin**, s. 129; **Esener**, s. 15.

49 **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 14-15.

Eşin tek yasal mirasçı olması ve miras bırakanın tasarruf oranını aşması durumunda, tenkis yoluna gidilmez. Böyle bir durumda, tasarruf oranını aşan kısım vasiyetname ile verilse de sağ kalan eşe kalır (VVY m. 41/II).

B. İradi Mirasçılık

Miras bırakanın terekesi ile ilgili olan ve hükümlerini ölümünden sonra doğurmasını istediği son arzularını içeren hukukî işlemlere ölüme bağlı hukukî işlemler denir[50]. Türk Hukuku'nda ölüme bağlı hukukî işlemler vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yapılabildiği halde[51], KKTC Hukuku'nda ölüme bağlı hukukî işlemler, sadece vasiyetname şeklinde düzenlenebilir. VVY m. 2'de vasiyetname şu şekilde tanımlanmıştır: "*Vasiyet bırakan bir kişinin ölümünden sonra taşınır veya taşınmaz mallarının elden çıkarılmasına veya dağıtılmasına ilişkin niyetinin hukuken yazılı beyanını anlatır*".

Vasiyetname yapabilme ehliyeti VVY m. 22'de düzenlenmiştir. Buna göre, "*akıl sağlığına sahip olmayan veya*[52] *onsekiz yaşını doldurmamış herhangi bir kişinin yaptığı vasiyetname geçerli değildir*". Bu hükümden hareketle akıl sağlığına sahip olan ve onsekiz yaşını dolduran kişinin vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, bir kimsenin vasiyetname düzenleyebilmesi için, hukukî işlem ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Çünkü Sözleşmeler Yasası m. 11'e göre, "a*kıl sağlığı yerinde olan ve herhangi bir Yasa uyarınca sözleşme yapma ehliyetinden yoksun kılınmayan herkes sözleşme yapma ehliyetine sahiptir*[53].

---

50 **Serozan/Engin**, s. 201; **Dural/Öz**, s. 50; **Kılıçoğlu**, s. 97; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 158; **Dalamanlı**, s. 273.

51 **Dalamanlı**, s. 273; **İmre/Erman**, s. 512; **Antalya**, s. 190; İsviçre Hukuku'nda da, miras sözleşmesi ve vasiyetname şeklinde iki tür ölüme bağlı tasarruf yapılabilmektedir. Bkz. **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 638.

52 Anılan hükümde "*veya*" kavramı yerine "*ve*" kavramının tercih edilmesinin yerinde olacağı ifade edilebilir. Çünkü "*veya*" kavramı kullanıldığı takdirde, on sekiz yaşını doldurmuş olmak ya da akıl sağlığının yerinde olması şartlarının vasiyetname düzenleyebilmek için alternatif şarlar olarak öngörüldüğü sonucuna varılabilmektedir. Halbuki vasiyetname düzenleyebilmek için, söz konusu şartlar kümülatif olarak bir arada bulunmalıdır.

53 Küçükler ve Mahcurlar Vesayet Yasası (Fasıl 277) m. 2'ye göre, on sekiz yaşını doldurmamış kişi küçük; eli açık olan veya savurganlığı nedeniyle kendi malını yönetmeye yeterli veya uygun olmayan kişi de mahcur olarak tanımlanmıştır. Fasıl 277'ye göre, küçükler ve mahcurlar vesayet altına alınabilirler. Vesayet altına alınan ergin kişi, söz konusu Yasa'nın 9. maddesinde düzenlenen hukukî işlemleri vasisinin rızasını almadan

Ancak, evli bir kişi salt on sekiz yaşını doldurmadığı nedeniyle sözleşme yapma ehliyetinden yoksun sayılmaz"[54].

Kişi vasiyetname yapmanın sebep ve sonuçlarını anlayabilecek yeterliliğe sahipse, bu durumda vasiyetname yapma konusunda ayırt etme gücüne sahiptir[55]. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişi hiç bir şekilde vasiyetname düzenleyemez. Ayırt etme gücünün vasiyetnamenin yapıldığı anda var olması gerekmektedir. Bu sebeple, vasiyetname yapıldıktan sonra ayırt etme gücünün ortadan kalkması, vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemez. Vasiyetname yapıldığı sırada ayırt etme gücünün bulunmaması, sonradan ayırt etme gücünün kazanılması vasiyetnamenin geçersizliğini düzeltmez; vasiyetnamenin geçerli bir şekilde hükümlerini doğurabilmesi için, tekrar yapılması gerekmektedir (SY m. 12/II kıyasen uygulanır).

Vasiyetname tek taraflı bir hukukî işlemdir[56]. Ölüme bağlı hukukî işlemler, mevzuatın aradığı şartları taşımadıkça hukuk dünyasında geçerli bir şekilde doğmazlar. Diğer bir deyişle, miras bırakanın son arzularının ölümünden sonra yerine getirilebilmesi, miras bırakanın ölüme bağlı hukukî işleme yönelik iradesinin, hukukî düzenlemelerin öngördüğü şekle uyularak açıklanmasına bağlıdır[57]. Buna şekli anlamda hukukî işlem denir. Vasiyetname düzenleyen kişinin iyice düşünmesi, acele karar vermemesi, irade açıklamasının kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklanması için, miras hukukunda sıkı şekil şartları getirilmiştir[58].

---

yapamaz. Söz konusu hükümde vasiyetname düzenleme işlemi sayılmamıştır. Bkz. (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx ET: 07.04.2017)

54 On sekiz yaşını doldurmadan evlenen kişi evlenmeyle birlikte erginlik kazanır. Ayrıca bkz. TİY m. 2 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx ET: 0704.2017).
Sözleşmeler Yasası m. 12'de "akıl sağlığı" şu şekilde tanımlanmıştır: "*Bir kişi bir sözleşmeyi yaptığı zaman o sözleşmeyi anlayabilecek ve sözleşmenin menfaatleri üzerindeki etkisi konusunda mantıklı bir yargıya varabilecek yeteneğe sahip ise, bu kimsenin akıl sağlığı sözleşme yapma amaçları bakımından yerinde sayılır*". Türk Hukuku'nda hukukî işlem ve hukukî sorumluluk ehliyeti için temel şartlardan biri olan "*ayırt etme gücü*" kavramı yerine, KKTC Yasaları'nda "*akıl sağlığı*" kavramı kullanılmıştır. Ayırt etme gücü kavramı için bkz. **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 16. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 54 vd.

55 **Dural/Öz**, s. 57; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 166; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 641.

56 **Kılıçoğlu**, s. 106; **Esener**, s. 19-20; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 638.

57 **Dural/Öz**, s. 52; **Kılıçoğlu**, s. 106.

58 **Kılıçoğlu**, s. 106; **Dural/Öz**, s. 62.

Vasiyetnameler ve Veraset Yasası m. 23'de, vasiyetnameler için adî yazılı şekil şartı öngörülmüştür. Bu hükme göre, miras bırakan ya kendi el yazısı ile vasiyetname düzenleyebilir ya da onun da hazır bulunduğu bir sırada bir başka kişi onun adına vasiyetname düzenleyebilir. Yasa koyucu, vasiyetname düzenlenmesinde ne miras bırakanın kendi el yazısı ile düzenleme şartını ne de resmi bir makam tarafından düzenleme şartını aramaktadır[59]. Ancak, vasiyetnamenin imzalanması safhasına en az iki tanık katılmalı ve tanıklar imzanın vasiyetnameyi düzenleyene veya onun talimatıyla düzenleyen kişiye ait olduğuna tanıklık etmeli ve son safha olarak onlar da vasiyetnameyi imzalamalıdırlar[60]. Vasiyetname birden fazla sayfadan oluşuyorsa, vasiyetnameyi düzenleyen veya onun adına düzenleyen ile tanıklar tarafından her sayfanın alt kısmının imzalanması veya parafe edilmesi gerekmektedir[61]. İmza, vasiyetçinin kimliğini belirttiğinden ve vasiyetçinin metin-

---

59 Türk Hukuku'nda el yazılı vasiyetnamenin, bizzat miras bırakanın kendi el yazısı ile düzenlenmesi ve miras bırakan tarafından imzalanması gerekmektedir. Resmi vasiyetname şeklinde vasiyetname düzenlenecekse de, vasiyetname resmi memur (sulh hâkimi, noter veya kanunla bu konuda yetki verilmiş kişi) tarafından düzenlenebilir. Bkz. **Dural/Öz**, s. 88; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 181 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 119. Anglo Amerikan Hukuk Sistemi'nde, vasiyetname düzenleme şekli ve formalitelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Langbein**, J. N.: "Substantial Compliance with the Wills Act.", Faculty Scholarschip Series, 1975, p. 489-531. (http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers ET: 25.08.2017).

60 Vasiyetnamenin birden fazla sayfadan oluşması halinde, her sayfanın vasiyetnameyi yapan kişi, veya onun adına yapan kişi ve tanıklar tarafından imzalanmasını öngören VVY m. 23/d hükmünün, temel bir hak olan vasiyetname yapma hakkını ihlal ettiği ve temel hakların özüne dokunduğu gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün, vasiyetname yapma hakkını zedelemediğine ve vasiyetname yapma hakkını kullanmayı zorlaştırmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 19.10.1995, Dava No: 829/93 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=am&yile=1995 ET: 01.04.2017).

61 Yargıtay, vasiyetnamenin geçerliliği için VVY m. 23'deki koşulların varlığını aramaktadır. Bu yönde verilen kararlar için bkz. YH, 26.09.1990, Dava No: 24/1990; YH, 04.04.2003, Dava No: 290/98; YH, 31.01.1994, Dava No: 1017/92; YH, 26.09.1990, Dava No: 292/88 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx ET: 01.04.2017). Anastassis Charalambous and Others v. Alkis J. Demetriou and Others, Bu karar için bkz. Judgements of Justice Mehmet Zekia, (Editör: Erdem Erginel), Volume I: Court of Appeal of Cyprus (Part 1), Kıbrıs Türk Hukukunu Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü Derneği, Kıbrıs 2011, s. 446 vd.

TİY m. 58'de, "*Herhangi bir Mahkemede veya tereke tenfiz mukayyitliğinde karşılaşılan herhangi bir mesele ile ilgili uygulama ve usul hakkında, bu Yasa veya Tüzükler uyarınca öngörülmüş kural yoksa, İngiltere Yüksek Adalet Mahkemesi'nin Tereke Tenfiz Bölümünde ilgili zamanda yürürlükte olan uygulamaya ve usule uyulur*" hükmü yer

deki beyanın kendi iradesi olduğunu kabul ettiğini gösterdiğinden, muhakkak vasiyetçi tarafından elle atılması gerekmektedir[62].

Tanık olacak kişi, onsekiz yaşını doldurmuş olmalı, akıl sağlığına sahip olmalı ve imzasını atabilmelidir[63]. VVY m. 24/c'de, vasiyetnamelere tanıklık edecek kişilerin imzalarını öz ad ve soyad şeklinde atmaları şartı aranırken, VVY m. 23/d'de tanıkların paraf şeklinde imza atmalarının da mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, okuma, yazma bilmeyenlerin, vasiyetnamenin düzenlenmesine tanık olarak katılamayacakları söylenebilir. Ayrıca, vasiyetnamelerin düzenlenmesinde güvenli elektronik imza kulanılamaz[64].

Düzenlenen vasiyetnamede tanıklık yapan kişiye, eşine veya çocuğuna kazandırmada bulunulamaz; Yasa'da sayılan bu kişiler lehine kazandırmada bulunulması halinde,anılan kişiler lehine yapılan kazandırmalar geçersiz olur (VVY m. 25).

II. MİRASÇILIK SIFATININ KAYBEDİLMESİ

Vasiyetnameler ve Veraset Yasası m. 17'de mirasçılık sıfatının kaybedilmesine yol açan haller sayılmıştır[65]. Söz konusu hükümde sayılan hallerin

---

almaktadır. Bu hükme dayanılarak, İngiltere'de VVY m. 23'deki aranan şekil şartlarının azaltıldığı ve KKTC Hukuku'nda da vasiyetnamenin geçerliliği için çok sıkı şekil şartı aranmaması gerektiği gerekçesi ile Yüksek Mahkeme'ye başvurulmuştur. Bu konuda Yüksek Mahkeme'nin görüşü özetle şöyledir: "*... 1960 yılından sonra, yani İngiliz sömürge devri sona erip, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin ilânından sonra İngiltere Parlamentosunun geçirdiği yasalar (Statute laws) Kıbrıs'ta yasa olarak uygulanmaz ancak Ahkâm-ı Umumiye prensipleri (Common Law) yukarıda izaha çalışılan çerçevede KKTC'de uygulanmaya devam eder*". YH, 05.01.1998, Dava No: 829/93 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx ET: 01.04.2017). Common law, yargı kararları ile gelişmiş olan ve İngiltere'de uygulanan hukuk kurallarını içermektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Necatigil**, s. 17 vd.; **Turhan**, Kıbrıs Makaleleri, s. 103.

62 **Dural/Öz**, s. 88**; İnan/Ertaş/Albaş**,s. 180.

63 VVY m. 2 tanımlar kısmında imza şu şekilde tanımlanmıştır: " ... *okuma, yazma bilmeyen kişilerle ilgili olarak parmak izi işaretini veya mühürünü içerir*".

64 93/2007 sayılı Elektronik İmza Yasası m. 6 b. 2 gereğince, "*Yasaların resmi şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*". (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx ET: 21.05.2017).

65 Türk Hukuku'nda, mirastan yoksunluk kurumundan başka mirasçı, mirastan çıkarma kurumu ile de mirasçılık sıfatını kaybedebilmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 45. KKTC Hukuku'nda ise, mirasçılıktan çıkarma kurumu düzenlenmemiştir.

gerçekleşmesiyle birlikte, yasal mirasçılık sıfatı kaybedildiği gibi, iradi mirasçılık sıfatı da kaybedilmektedir. VVY m. 17'ye göre aşağıda sayılan hallerde mirasçılık sıfatı engellenmektedir:

(a) "Normalde terekesine tevarüs etmiş olacağı kişinin kasten ve yasadışı ölümüne sebep olmaktan veya kasten ve yasadışı ölümüne sebep olma teşebbüsünde bulunmaktan mahkûm olursa":

Kasten ve hukuka aykırı bir fiille miras bırakanı öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek suçundan mahkûm olan kişi mirasçılık sıfatını kaybeder[66]. Dolayısıyla ihmal ile miras bırakanı öldüren veya öldürmeye teşebbüs eden kişi mirastan yoksun kalmaz. Aynı şekilde, ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin miras bırakanı öldürmesi ya da öldürmeye teşebbüs etmesi halinde de, bu kişi mirastan yoksun olmaz. Ayrıca, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması da mirastan yoksun olmaya engeldir[67].

(b) "Normalde terekesine tevarüs olacağı kişinin çocuğunu, ebeveynini, kocasını veya karısını öldürmekten veya öldürmeye teşebbüsten dolayı katillik veya katilliğe teşebbüs suçundan mahkûm olursa[68]":

Miras bırakanın çocuğunu, ana babasını veya eşini tasarlayarak öldürmek veya öldürmeye teşebbüs etmek suçundan mahkûm olmak da mirasçılık sıfatının kaybedilmesine sebep olmaktadır.

(c) "Normalde terekesine tevarüs etmiş olacağı kişiyi zorlama, hile veya haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakma yolu ile bir vasiyetname yapmasına veya halen yapılmış bir vasiyetnameyi iptal etmesine sebep olmuşsa"[69]:

Zorlama, haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakma ile hile kavramları VVY m. 2'de tanımlanmıştır. Bu kavramlara ilişkin ayrıca, Sözleşmeler Yasası'nda daha geniş düzenlemeler bulunmaktadır. Bu bağ-

---

66 Türk Hukuku'nda mirastan yoksun olmak için, bir ceza mahkûmiyeti şart değildir. Bkz. **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 460; **Dural/Öz**, s. 370; **Oğuzman**, 1978, s. 314.

67 **Antalya**, s. 334.

68 Adam öldürme ve katilik suçları için bkz. Ceza Yasası, Beşinci Kısım (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx ET: 04.08.2017).

69 VVY m. 29 gereğince, zorlama, hile ve haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakma sonucu yapılan vasiyetnameler geçersizdir. Buna karşılık, zorlama, hile ve haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakma sonucu vasiyetnamenin geri alınmasına sebep olmak, mirastan yoksunluk sebebi iken, vasiyetnamenin geçersizliği sonucunu doğurmamaktadır.

lamda mirastan yoksunluğun tesbiti için, zorlama, haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakma ve hile unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken Vasiyetnameler ve Veraset Yasası ile Sözleşmeler Yasası hükümleri birlikte değerlendirilmelidir.

Zorlama veya haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakmaya da hile suretiyle miras bırakanın bir vasiyetname yapmasına yahut da yapmış olduğu bir vasiyetnameyi geri almasına sebep olan mirasçı,mirasçılık sıfatını kaybeder.

Mirasçının, miras bırakanın kendisine veya yakınlarına karşı Ceza Yasası ile yasaklanmış bir fiili işleyeceği tehdidinde bulunması ve miras bırakanın bu zorlamanın etkisi altında kalarak bir vasiyetname düzenlemesi veya varolan bir vasiyetnameyi geri alması halinde mirasçı mirastan yoksun kalmaktadır.

Hukukî işlem yapılırken taraflardan birinin, diğerinin iradesine hükmederek, ondan haksız bir menfaat sağlamayı amaçlaması durumunda, hukukî işlem haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakma sebebiyle geçersiz olmaktadır. SY m. 16, b. 2'ye göre, sözleşenlerden birinin diğer taraf üzerinde gerçekte ve görünürde nüfuz sahibi olması veya sözleşenler arasında güvene dayanan bir ilişki bulunması ya da geçici yahut da sürekli olarak yaş, hastalık, ruhsal veya bedensel ızdırap, sıkıntı nedeniyle etkilenmiş olması hallerinde taraflardan birinin diğerinin iradesine hükmettiği ve hukukî işlemin "*haksız etkileme*" sonucu yapıldığı karine olarak kabul edilmektedir. Ancak, haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakma nedeniyle hukukî işlemin geçersiz sayılabilmesi için haksız etkinin varlığı tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra, haksız etkinin kötüye kullanıldığı da kanıtlanmalıdır. Haksız etkinin varlığı karine olarak kabul edildiğinden, haksız etki altında kalan kişi değil, diğer taraf bu etkinin kötüye kullanılmadığını kanıtlama yükü altındadır[70].

---

[70] Yargıtay kararına göre, *"... yine taraflar arasında, güven ve itimat nedeni ile, birinin diğeri üzerinde etkili olduğunu, onun üzerinde nüfuz sahibi olduğunu, onun iradesine yön verdiğini gösteren bir ilişki varsa ve bu taraflar arasındaki bir işlemden, etkili olan taraf açık yarar sağlarsa veya işlem diğer tarafın açıkça zararına ise veya aralarındaki işlem bir izahat gerektirecek nitelikte ise, bu işlem etkinin kötüye kullanıldığı karinesini doğurur, bu işlemde "haksız etkileme" varsayılır. Bu durumda da işlemden yarar sağlayan, etkinin kötüye kullanılmadığını, nüfuz suistimali olmadığını, diğer tarafın serbest iradesini kullanarak kendi isteği ile, ne yaptığını ve neticelerini bilerek işleme taraf olduğunu ortaya koymakla yükümlü olur ve bunu yerine getiremediği takdirde işlem geçersiz kılınır..."* YH, 27.06.2007, Dava N0: 223/97; Ayrıca bkz. ve krş. YH,

Vasiyetname yapması veya varolan bir vasiyetnameyi geri alması için, miras bırakanda kasden yanlış bir kanaat uyandıran veya mevcut olan yanlış kanaati koruması konusunda onu ikna eden kişi hileli davranışı nedeniyle mirastan yoksun olur (SY m. 17). Miras bırakanın vasiyetname yapma veya varolan vasiyetnameyi geri almasını etkileyecek hususları bilen kişinin susması hile oluşturmaz. Ancak bilgi verme yükümlülüğü altında olan kişinin susması ve bu sebeple miras bırakanın bir vasiyetname yapmasına veya var olan bir vasiyetnameyi geri almasına sebep olması, hileli davranışı oluşturur ve böyle bir kişi mirastan yoksun kalır (SY m. 17/II).

(d) "Normalde terekesine tevarüs etmiş olacağı kişiyi bir vasiyetname yapmaktan veya halen yapılmış bulunan bir vasiyetnameyi değiştirmekten veya iptal etmekten men etmiş ise":

Miras bırakanın bir vasiyetname yapmasına veya var olan bir vasiyetnameyi değiştirmesine ya da geri almasına[71] engel olan kişi, mirasçılık sıfatını kaybeder. Bu fiillerin bir önceki bentte belirtildiği gibi zorlama, hile veya haddinden fazla nüfuz kullanma veya etki altında bırakmanın etkisiyle gerçekleşmesi aranmamaktadır.

(e) "Normalde terekesine tevarüs etmiş olacağı kişiye yapması için sahte bir vasiyetname sunmuş ise".

(f) "Normalde terekesine tevarüs etmiş olacağı kişinin halen yapılmış bulunan bir vasiyetnamesini kanunsuz olarak değiştirmişse veya tahrip etmişse":

Miras bırakanın düzenlemiş olduğu vasiyetnamenin hukuka aykırı bir şekilde yakılması, yırtılması, bulunamayacak şekilde kaybedilmesi halleri tahrip edilmeye örnek olarak verilebilir[72]. Ayrıca, vasiyetnamenin hukuka aykırı olarak değiştirilmesi de mirastan yoksunluk sebebidir.

21.02.1992, Dava No: 2001/87; YH, 17.05.2011, Dava No: 1277/2007 (http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspxET: 28.07.2017).

71 VVY m. 37'de "*Vasiyetnamenin Feshi*" başlığı altında vasiyetnamenin geri alınması düzenlenmiştir. Vasiyetname tek taraflı bir hukukî işlem olduğundan, Yasa metninde kullanılan "*fesih*" kavramı yerine geri alma kavramının tercih edilmesi gerekirdi. Ancak karşılıklı borçlandırıcı sözleşmelerin sona erdirilmesinde "*dönme hakkı*" veya "*fesih hakkı*" kavramları kullanılmaktadır. Ani edimli sözleşmelerin sonlandırılmasında dönme kavramı; sürekli edimli sözleşmeler ileriye etkili olarak sonlandırıldığından, bu tür sözleşmelerin sonlandırılması için ise fesih kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Serozan/Engin**, s. 269.

72 Türk Miras Hukuku'nda vasiyetnamenin ortadan kaldırılması veya bozulması fiillerinin ancak kasten ve hukuka aykırı bir şekilde miras bırakanın yeniden yapamayacağı bir

(g) "Yukarıdaki fiillerden herhangi birini işlemesi için herhangi bir kişiye yardım etmişse veya böyle bir kişiyi teşvik veya tahrik etmişse".

Mirastan yoksun kişinin, miras bırakan tarafından yazılı bir şekilde kaymakam huzurunda affedilmesi halinde yoksunluk ortadan kalkar (VVY m. 18). Mirastan yoksunluk nispi olduğundan, bu durum mirastan yoksun kişinin altsoyunu etkilemez[73]. Mirastan yoksun kişinin altsoyu, halefiyet ilkesi gereğince miras bırakandan önce ölmüş gibi onun yerini alır.

SONUÇ

Türk Miras Hukuku'nda olduğu gibi[74], KKTC Miras Hukuku'nda da bir taraftan ailenin korunması ve mirasçılığı esas alınırken, diğer taraftan, miras bırakana ölüme bağlı hukukî işlem yapma özgürlüğü tanınmıştır. Günümüzde, özgürlük düşüncesine dayanılarak, saklı paylı mirasçıların saklı pay oranlarının azaltılması ve böylelikle miras bırakanın tasarruf özgürlüğünün artırılması fikri hâkim iken, KKTC Hukuku'nda saklı paylı mirasçıların saklı pay oranları yüksek tutulmuştur.

Evlilik dışı çocuklar ile evlilik içi çocukların yasal statülerinin farklılaştırılması, Uluslararası Belgelere ve Antlaşmalara aykırı olmasına rağmen, KKTC Hukuku'nda bu ayrım yasal düzenlemeler ile desteklenmekte ve evlilik dışı çocuğun baba yönünden soybağının kurulması babanın keyfiyetine bırakılmaktadır. Baba, evlilik dışı çocuğu ile arasında soybağı kurulmasını istemediği takdirde, çocuk, baba yönünden soybağsız kalmakta ve mahkemece çocuğun biyolojik babası belirlenmesine rağmen, çocuk, sadece evlilik dışı çocuk olması nedeniyle babasının mirasçısı olamamaktadır. Eşitliğe aykırı, bu çağ dışı Yasaların kaldırılıp, çağdaş hukuk ilkelerine uygun yasaların yapılması yerinde olacaktır.

---

durumda iken işlenmesi halinde mirastan yoksunluk gerçekleşir. Bkz. **Dural/Öz**, 373; **Serozan/Engin**, s. 390; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 462.

73 **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 463; **Oğuzman**, 1978, s. 317; **Kılıçoğlu**, s. 262; **İşgüzar**, s. 86.

74 **İmre/Erman**, s. 5-6.

KAYNAKÇA*

Acar, Faruk: Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, 2. bs., Seçkin, Ankara 2004.

Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

Atalay, Hamdi: Türk Cemaat İstinaf Mahkemesi ile Yargıtay/Aile Hukuku Kararları, Kıbrıs 1994.

Canarslan, Gökçe: "743 Sayılı Kanundan Günümüze Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı", Electronic Journal of Vocational Colleges, C. 5, S. 6, 2015, s. 30-39.

Dalamanlı, Lütfü: Miras Hukuku ve Tatbikatı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1983.

Dural, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Erhürman, Tufan: 100 Soruda 2014 Anayasa Referandumu Geçici 10. Madde Tartışmaları İle Birlikte, Işık Kitabevi, Kıbrıs 2014.

Esener, Turhan: Türk Miras Hukuku Ana Kavramları, Neşriyat ve Yardımlaşma Derneği, Ankara 1977.

İmre, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. bs., Der Yayınları, İstanbul 2017.

İşgüzar, Hasan: Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

İnan, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Miras Hukuku, 9.bs., Bilge, Ankara 2015.

Judgements of Justice Mehmet Zekia, (Editör: Erdem Erginel), Volume I: Court of Appeal of Cyprus (Part 1), Kıbrıs Türk Hukukunu Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü Derneği, Kıbrıs 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, 6. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku. 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.

---

* Çalışmamız kapsamında birden fazla eseri bulunan yazarların eserleri arasındaki farklılığı göstermek için parantez içinde kullanılan kısaltmalar ile atıfta bulunulmuştur.

Langbein, J. N.: "Substantial Compliance with the Wills Act.", Faculty Scholarschip Series, 1975, p. 489-531. (http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers ET: 25.08.2017).

Necatigil, Zaim M.: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, Işık Kitabevi, Kıbrıs 2015.

Oğuzman, M. Kemal: Miras Hukuku Dersleri, 2. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978. (1978)

Oğuzman, Kemal: "Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Karşı Mirasçılığı Sorunu", AÜSBF, C. 49, S. 1, 1994, s. 304-310.

Serozan, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. bs., Seçkin, Ankara 2012.

Şener, Esat: Miras Hak ve Payları, Ankara 1996.

Tuor, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 13. Aufl., auf Grund der 12. Aufl. 2002 neu bearbeitet und ergänzt, Schulthess Juristische Medien AG., Schweiz 2010(Swisslex, ET: 20.02.2017).

Turhan, Turgut: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2002. (Yurttaşlık Hukuku)

Turhan Turgut: "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku'nda Kadının Hukuki Durumu", Ada Yazıları, Yetkin Basımevi, Ankara 2010. (Ada Yazıları)

Turhan, Turgut: "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", Kıbrıs Makaleleri, Gazimağusa 2012. (Kıbrıs Makaleleri)

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Aufl.	: Auflage
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
b.	: bend
bs.	: bası
BM	: Birleşmiş Milletler
bs.	: bası
Bkz./bkz.	: Bakınız/bakınız
C.	: Cilt
ÇEEY	: Çocukların Evlat Edinilmesi Yasası
EDÇY	: Evlilik Dışı Çocuklar Yasası
ET	: Erişim Tarihi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KKTC	: KKTC
krş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
ÖMK	: Önceki Medeni Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SY	: Sözleşmeler Yasası
TİY	: Terekelerin İdaresi Yasası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TRNC	: Turkish Republic of Northern Cyprus
vd.	: ve devamı
VVY	: Vasiyetnameler ve Veraset Yasası
Y.	: Yargıtay
YH.	: Yargıtay Hukuk

KALKINMA AJANSLARINDA 6772 SAYILI KANUN KAPSAMINDA İLAVE TEDİYE UYGULAMASI

Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM*

Öz

Kalkınma Ajansları, 5449 sayılı Kanun ile düzenlenmektedir. Kanunun 18. maddesi gereğince kalkınma ajansı personeli işçi statüsündedir. Bu nedenle kalkınma ajansı ile personeli arasındaki davalar, iş mahkemelerinde görülmektedir. Kalkınma ajansları, kamu tüzelkişiliğini haizdir. Kalkınma ajanslarının kamu tüzelkişisi olması, 6772 sayılı Kanun açısından önem taşımaktadır. Zira kamuda işçi statüsünde çalışanlara, bu Kanun kapsamında ek bir ödeme yapılmaktadır. Çalışmamızda konu, kalkınma ajanslarında uygulanan farklı personel rejimleri değerlendirilmek suretiyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kalkınma Ajansları, 6772 Sayılı Kanun, 5449 Sayılı Kanun, 666 sayılı KHK, 6495 sayılı Kanun

THE APPLICATION OF ADDITIONAL DISBURSEMENT IN THE DEVELOPMENT AGENCIES IN ACCORDANCE WITH THE LAW NO. 6772

Abstract

Development Agencies are established by Law No. 5449. According to Article 18 of the Law, the status of the staff is the worker. Therefore, the cases between the development agency and the personnel are seen in the labor courts. Development agencies have a public legal entity. The fact that development agencies are public corporations are important in terms of the Law No. 6772.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: bakioguz.mulayim@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 05.09.2017-05.09.2017/Makale Kabul Tarihleri: 06.09.2017-28.11.2017)

An additional payment is made to the workers in the public sector within the scope of this Law. In our work, the subject was examined by evaluating the different personnel regimes applied in development agencies.

Keywords

Development Agencies, Law No. 6772, Law No. 5449, Decree Law No. 666, Law No. 6495

GİRİŞ

Kalkınma ajansları, Avrupa Birliği sürecinde kurulmuştur. Türkiye için Katılım Ortaklığı Belgesi'nde, Türkiye'den, orta vadede "Bölgesel Politika ve Yapısal Araçların Koordinasyonu" başlığı altında "Bölgesel kalkınma planlarını uygulamak üzere, NUTS 2 düzeyinde bölge birimlerinin kurulması" istenmiştir. Bölgesel kalkınma ajanslarının kuruluşu, 58. Hükümet tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan 03.01.2003 tarihli Acil Eylem Planında da gerçekleştirilmesi öngörülen önemli hukuki, kurumsal ve yapısal düzenlemeler arasında yer almıştır. Gerek Katılım Ortaklığı Belgesi, gerekse Acil Eylem Planında yer alan kalkınma ajanslarının kuruluşuna ilişkin hususların, Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde de yer aldığı görülmektedir[1]. Ülkemiz, 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun[2] ile daha önce hiç uygulanmamış bir yönetim modeline kavuşmuştur. Kalkınma ajansları, geleneksel idare hukuku sistemimiz açısından farklı ve yenidir[3].

5449 sayılı Kanun, 25.01.2006 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunun genel gerekçesinde ulusal kalkınmanın, çeşitli toplum kesimleri ve bölgeler arasında dengeli bir işbölümü ile gerçekleştirilmesi ve kalkınmanın getirilerinin, kesimler ve bölgeler arasında dengeli dağılımına işaret edilmektedir[4]. Bölgesel kaynakların potansiyel ve dinamiklere göre belirlenecek önceliklere tahsisini esas alan yeni plancılık kültürü, kalkınma ajansları ile uygulamaya konulmuştur[5]. Kalkınma ajansları, kendi belirleyeceği programlarla bölgesel ekonomik gelişme sağlamaya çalışacaktır[6].

---

1 Konu hakkında geniş bilgi için bkz. https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/20140130-2014-03.PDF, (Erişim Tarihi 15.07.2017).

2 08.02.2006 tarih ve 26074 sayılı Resmi Gazete. Kanunun genel gerekçesi için bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0950.pdf, (Erişim Tarihi 15.07.2017).

3 **Erbaş**, Muhammed Serdar: Türkiye Genelinde Kalkınma Ajansları ile TR52 Bölgesi Mevlana Kalkınma Ajansının Faaliyetleri, Türk İdare Dergisi, Sayı 478, s. 102; **Sertesen**, Selçuk: Kalkınma Ajanslarının Geleceğini Nasıl Bir Çerçevede Düşünmeliyiz? Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Yayını, Mayıs 2015, 1.

4 **Tamer**, Ahmet: Kalkınma Ajansları Mevzuatı, Ankara 2012, 1.

5 **Tamer**, Ahmet: Kalkınma Ajanslarının Türk Hukuk Sistemindeki Yeri, Ankara 2010, s. 7; **Efe**, Ahmet: Türk İdari Yapılanma Geleneğinde Sıra Dışı Bir Kamu Personel Rejimi: Kalkınma Ajansları Örneği, Sayıştay Dergisi, Sayı 100, Ocak Mart 2016, s. 62.

6 **Koçberber**, Seyit: Kalkınma Ajansları ve Sayıştay Denetimi, Sayıştay Dergisi, S.61, s. 37.

5449 sayılı Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında ajansların, bölgeler esas alınarak, Kalkınma Bakanlığının bağlı olduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla kurulacağı düzenlenmektedir. Ülkemizde, yirmi altı adet kalkınma ajansı kurulmak suretiyle faaliyet göstermektedir[7].

Kalkınma ajanslarının yönetim kurulu, tek ilden oluşan bölgelerde vali, büyükşehir belediye başkanı, il genel meclisi başkanı, sanayi odası başkanı, ticaret odası başkanı ile kalkınma kurulu tarafından özel kesim ve/veya sivil toplum kuruluşlarından seçilecek üç temsilciden; birden fazla ilden oluşan bölgelerde il valileri, büyükşehir belediye başkanları veya büyükşehir olmayan illerde il merkez belediye başkanları, il genel meclisi başkanları ve her ilden birer kişi olmak kaydıyla ticaret ve sanayi odası başkanlarından oluşmaktadır. Birden fazla ilden oluşan bölgelerdeki illerde ise ticaret ve sanayi odalarının ayrı ayrı kurulmuş bulunması halinde, yönetim kurulunda yer alacak temsilci, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yönetim Kurulu tarafından belirlenir (5449 m.10). Kalkınma ajansları, bu yapısı ile idari yapımızı zenginleştirmiştir[8].

6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanunun 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun[9] kapsamında ilave tediye, kamuda çalışan işçilere yönelik bir düzenlemedir. Kanunla kamu kesiminde çalışan işçilere, ilave tediye ödenmesi düzenlenmektedir. Kanun kapsamında yer alan işçilere, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen tarihlerde ödeme yapılmaktadır. Kalkınma ajansları, kamu tüzelkişiliğini haizdir. Kalkınma ajansı personeli, 4857 sayılı İş Kanununa[10] tabidir. Bu durum, 6772 sayılı Kanun kapsamında yer almak için önem arz etmektedir. Çalışmamızın birinci bölümünde, 6772 sayılı Kanun hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. İkinci bölümde ise kalkınma ajanslarındaki ilave tediye uygulamaları hakkında bilgi verilecektir.

---

7 Ülkemizde faaliyet gösteren kalkınma ajansları için bkz. http://www.kalkinma.gov.tr/Pages/KalkinmaAjanslari.aspx, (Erişim Tarihi 15.07.2017).

8 **Erbaş**, 102.

9 11.07.1956 tarih ve 9355 sayılı Resmi Gazete.

10 15.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete.

1. 6772 SAYILI DEVLET VE ONA BAĞLI MÜESSESELERDE ÇALIŞAN İŞÇİLERE İLAVE TEDİYE YAPILMASI VE 6452 SAYILI KANUNLA 6212 SAYILI KANUNUN 2 NCİ MADDESİNİN KALDIRILMASI HAKKINDA KANUN

1.1. Genel Olarak

Kalkınma ajanslarının önemli bir bölümünde, 6772 sayılı Kanun kapsamında ödeme yapılmaktadır. Kalkınma ajanslarında sendikalaşmanın başlaması sonrasında, toplu iş sözleşmesinin imzalanması ya da Yüksek Hakem Kurulu kararlarıyla 6772 sayılı Kanun kapsamında ikramiye ödemesi yapılmasına karar verilmiştir[11]. Yargı kararlarında da ilave tediyenin ödenmesi gereği ortaya konulmuştur[12].

İkramiye, özel nedenlere veya olaylara bağlı olarak ödenen ek bir ücrettir. Diğer bir tanımla, asıl ücrete ek olarak bazı vesilelerle verilen özel bir ücrettir[13]. 6772 sayılı Kanunda kamu kesiminde çalışan işçiler bakımından, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ikramiye ödenmesi öngörülmektedir. Ayrıca Bakanlar Kurulu tarafından bu ikramiyeye ek olarak işçilere, her yıl için bir aylık istihkak tutarını geçmemek üzere bir ödeme daha yapılması da kararlaştırılabilir.

---

11 Örneğin Mevlana Kalkınma Ajansında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel T.C. Sayıştay Başkanlığı Mevlana Kalkınma Ajansı 2015 Yılı Düzenlilik Denetim Raporunda 11.09.2014 tarih ve 72693546/103/16374 sayılı "Yetki Tespiti" konulu yazı uyarınca Türkiye Kooperatif, Ticaret Eğitim ve Büro İşçileri Sendikası (KOOP-İŞ) ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerin yapıldığı, ancak görüşmelerin olumsuz sonuçlandığı ve uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kuruluna gittiği, Yüksek Hakem Kurulunun 04.06.2015 tarih, 2015/41 E. ve 2015/74 K. sayılı Kararı ile uyuşmazlığı karara bağlandığı ve Yüksek Hakem Kurulu kararının 24.maddesinde 6772 sayılı Kanun kapsamında yıllık 52 günlük ilave tediye ile 20 günlük ikramiye verilmesinin öngörüldüğü hususu Sayıştayın 2015 yılı Denetim Raporunda yazmaktadır. Konu hakkında bkz. https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/62643830/files/raporlar/kid/2015/Kalkinma_Ajanslari/MEVLANA%20KALKINMA%20AJANSI.pdf, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

12 Yargıtay 9.HD. 15.10.2015 T., 2015/19569 E. ve 2015/27222 K., Yargıtay 9.HD. 15.10.2015 T., 2015/19570 E. ve 2015/27223 K., Yargıtay 9.HD. 15.10.2015 T., 2015/19572 E. ve 2015/27225 K., Yargıtay 9.HD. 15.10.2015 T., 2015/19573 E. ve 2015/27226 K., Yargıtay 22.HD. 21.01.2016 T., 2015/33051 E. ve 2016/1457 K.,Yargıtay 7. HD. 2014/3680 E., 2014/12220 K., Yargıtay 22. HD., 2014/9756 E.ve 2014/15901 K., Yargıtay 22. HD. 2015/33051 E., 2016/1457 K. sayılı kararları, kararlar için bkz. www.emsalyargi.com.tr, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

13 **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2017, s. 399; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/ **Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s. 260; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016, s. 137.

İkramiye hakkı, kanun veya sözleşme ile düzenlenebileceği gibi işveren tarafından tek yanlı olarak da verilebilir[14].

6772 sayılı Kanunun 1. maddesinde, kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşlar ile bu kurum ve kuruluşlarda çalışan işçilere ödenecek ilave tediye alacağının kapsamı, yararlanma şartları, miktarı ve ödeme zamanı belirlenmektedir.

6772 sayılı Kanunun 1. maddesinde umumi, mülhak ve hususi bütçeli dairelerle mütedavil sermayeli müesseseler, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlarla belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, 3460 ve 3659 sayılı kanunların şümulüne giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ve diğer bilcümle kurum, banka, ortaklık ve müesseselerinde müstahdem olanlardan İş Kanununun şümulüne giren veya girmeyen yerlerde çalışmakta olan ve İş Kanununun muaddel birinci maddesindeki tarife göre işçi vasfında olan kimselere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilave tediye yapılması öngörülmektedir. Kanunun ikinci maddesinde, birinci maddede sözü geçen işçilerden, maden işletmelerinin münhasıran yeraltı işlerinde çalışanlarına, bu işlerde çalıştıkları müddetle mütenasip olarak her yıl için ayrıca birer aylık istihkakları tutarında bir ilave tediye daha yapılması düzenlenmiştir.

Her yıl için birer aylık istihkaklarının yanı sıra kanun kapsamında olan işçilere, Bakanlar Kurulu kararı ile birer aylık, maden işletmelerinin münhasıran yeraltı işlerinde çalışanları için ise iki aylık tutarda bir ilave tediye ödemesi daha yapılması, Bakanlar Kurulu kararı ile Kanunun 3. maddesi gereğince kararlaştırılabilmektedir. Uygulamada, Bakanlar Kurulu tarafından her sene, bu şekilde bir ödeme yapılması kararlaştırılmaktadır[15]. Ödeme tarihlerine ilişkin kararlar, Resmi Gazetede yayımlanmaktadır[16].

---

14 **Demircioğlu**, Murat/**Centel**, Tankut: İş Hukuku, İstanbul 2016, s. 109.

15 **Süzek**, İş Hukuku, s. 401.

16 Genelde ocak ve haziran ayları içerisinde kanunun birinci maddesi kapsamında olan ilave tediyenin ödeme tarihleri belirlenmektedir. 3. maddeye göre ödemesi yapılacak ilave tediye ise genelde yılın ikinci altı ayında iki taksit olarak ödenmektedir. Örneğin 2017 yılı için yapılacak ilave tediye tarihleri 19 Ocak 2017 tarih ve 29953 Sayılı Resmî Gazete ile belirlenmiştir. Buna göre Kanunun 1. maddesine göre yapılacak ilave tediyenin birinci yarısı 30.01.2017, diğer yarısı ise 23.06.2017 tarihinde ödenecektir. Kanunun 3. maddesine göre yapılacak ilave tediye tarihleri ise 23 Ağustos 2017 tarih ve 30163 sayılı Resmi Gazete (Mükerrer) ile belirlenmiştir. Ödemenin yarısı 25.08.2017, diğer yarısı ise 25.12.2017 tarihinde yapılacaktır.

Kanunun ek.1 ve 2. maddesi gereğince işçilere yapılan ilave tediyelerden ayrı olarak, her yıl için her biri bir aylık istihkakları tutarını (hafta ve genel tatil ücretleri dâhil) geçmemek şartıyla toplu iş sözleşmeleri ile en çok iki ikramiye daha verilebilir[17]. 6772 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan işyerlerinde çalışan işçilere toplu iş sözleşmeleri ile en çok dört, münhasıran yer altında çalışan işçilere en çok beş ikramiye ödemesi yapılması kararlaştırılabilmektedir[18]. Toplu iş sözleşmesi ile getirilen bu ikramiyeye sözleşmesel ilave tediye ya da sözleşmeden doğan ilave tediye denilebilir[19].

Kalkınma ajanslarında alt işveren işçisi olarak çalışan işçi, ilave tediyeden faydalanamaz. Zira işverenler arasında muvazaa olmadığı takdirde Kanunun kapsamına giren bir kamu kurumunda çalışan alt işveren işçileri, bu haktan faydalanamamaktadır[20]. Ancak bu işçiler, 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[21] ile kamuda sürekli işçi kadrosuna geçirildiğinden ilave tediye hakkı, bu işçiler için de söz konusu olacaktır.

---

17 Ancak Yargıtay'a göre yasal sınırlar dışında toplu iş sözleşmesi ile olağanüstü çalışması belirgin olan işçilere ayrıca bir özendirme ikramiye adı altında ödeme yapılabilir Konu hakkında bkz. **Çelik**/**Caniklioğlu**/**Canbolat**, s. 262.

18 **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 138; **Aktay**, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: İş Hukuku, Ankara 2013, s. 113. "Yargıtay 9 ncu Hukuk Dairesi ile Sayıştayın son kararlarında, 6772 sayılı Kanunun ek tediye yapılmasını öngören hükümlerinin «kamu düzeni» ne ilişkin olduğu ve ilâve tediye sınırlarının toplu iş sözleşmeleri ile aşılmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir. (Yarg. 9. HD. 30.12.1980, E. 15290/K. 14645; Sayıştay İçt. Bir. K. 27.12.1980, E. 1980-6/K. 4097-1; Sayıştay G. K. 17.3.1981, E. 1981-5/K. 4112-1). Ancak uygulamada ikramiye sayısının toplu iş sözleşmelerinde farklı şekilde tespit edildiği; hatta 9 ikramiyeye kadar yükseltildiği müşahade edilmiştir. Yeni vergi kanunları ile vergilendirme açısından ücret ve ikramiye adı altında yapılan ödemeler arasındaki fark kalktığından değişik ikramiye uygulamasına gerek kalmamıştır. Bu durumda, toplu iş sözleşmelerinde öngörülen ikramiye sayısının ortalaması gözönünde tutularak, bu konuda 6772 sayılı Kanun muhafaza edilmekle beraber, ek maddelerle yeni bir düzenleme yapılmakta ve işçilerin bu düzenleme nedeniyle bir ücret kaybına uğramamaları için geçici hükümler getirilmektedir." gerekçesi ile 1981 tarihli 2448 sayılı Kanun ile kamu kesiminde çalışan işçilere toplu iş sözleşmesi ile verilebilecek ikramiye sayısı sınırlanmıştır. Kanuna eklenen ek.2 madde ile kamu kesimi dışında çalışan işçilere verilecek ikramiyeler de sınırlanmıştır. Kanunun genel gerekçesi için bkz. https://www.tbmm. gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK/d01/c003/mgk_01003049ss0185.pdf, (Erişim Tarihi 25.07.2017).

19 **Akyiğit**, Ercan: İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi C.23, S.2-3 Kasım 2010-Şubat 2011, s. 76.

20 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 875.

21 24.12.2017 tarih ve 30280 sayılı Resmi Gazete. KHK'nin 127. maddesi ile konu düzenlenmektedir. KHK ekinde yer alan (I) sayılı listede de kalkınma ajansları yer almaktadır.

İlave tediye, beş yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının, ilave tediye ödeme tarihlerinden itibaren hesaplanması gerekir[22]. Zira ilave tediye alacağı, bu tarih itibarı ile muacceliyet kazanmaktadır[23]. İşçinin devamlı olarak çalışması, zamanaşımının işlemesini durdurmaz. Bu nedenle açılacak davalarda zamanaşımı, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren başlamaz[24].

1.2. İlave Tediyenin Hesaplanması ve Yapılacak Kesintiler

Kanunda, ikramiyenin nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir. İkramiyelerden her biri, işçilerin aylık istihkak tutarlarını (hafta ve genel tatil ücretleri dâhil) geçemez. İlave tediye, ister yasadan, ister toplu iş sözleşmesinden, isterse Bakanlar Kurulu Kararından kaynaklansın, işçilerin bir aylık istihkak tutarını aşmamalıdır. Bakanlar Kurulunun, ilgili kamu kuruluşunun ya da iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi taraflarının bu tutarı azaltma yetkileri bulunmamaktadır[25].

İşçinin bu tediyelere esas olacak çalışma süresinin hesaplanmasında, Kanunun 4. maddesi gereğince kanuni ve idari izinlerle hastalık izinleri,

---

22 Ancak zamanaşımı hesaplarken ilgili ödemenin yapıldığı tarihin öncesine ilişkin günler üzerinden beş yıllık zamanaşımı geçmiş olsa bile ilave tediye tarihinden itibaren beş yıl geçmediğinden tüm süreler üzerinden ilave tediye hesaplaması mı gerekmektedir? Kanaatimizce ilave tediye tarihinde söz konusu alacak muaccel olduğundan o tarih itibarı ile kıstelyevm hesaplama yapılmaksızın ödeme yapılması gerekmektedir. Zira Borçlar Kanununun 149. maddesine göre zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu tarihte işlemeye başlamaktadır. Örnek verecek olursak 2012 yılında Bakanlar Kurulu Kararı ile verilen ilave tediyenin ilk yarısı 17.08.2012 tarihinde ödenmiştir. Bu ikramiye için 05.08.2017 tarihinde dava açan işçinin alacağı, söz konusu ilave tediye 7-8 ve 9. aylara ilişkin olarak değerlendirildiğinde kıstelyevm olarak hesaplanıp 01.07.2012-05.08.2012 tarihleri arası zamanaşımına uğramış olarak değerlendirilmemelidir. Zamanaşımının başlangıcı 17.08.2012 olduğundan ve üzerinden beş yıllık süre geçmediğinden kıstelyevm hesaplama yapılmamalıdır. Burada diğer bir sorun da işçinin 30.08.2017 tarihinde dava açmasıdır. Bu durumda zamanaşımının başlangıcı 17.08.2012 olduğundan ve üzerinden beş yıllık süre geçtiğinden zamanaşımı dolmuş mu kabul edilecektir? Kanaatimizce, bu durumda kıstelyevm hesaplama yapılması uygun olacaktır.

23 **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 150-151.

24 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 266; **Süzek**, İş Hukuku, s. 417. İş Kanununun 59. maddesinde yıllık ücrete dair zamanaşımının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Bunun gibi özel bir düzenleme, 6772 sayılı Kanunda öngörülmemiştir.

25 **Akyiğit**, İlave Tediye, s. 73.

hafta tatili ve genel tatil günleri çalışılmış gibi hesaba katılır. Fazla çalışma ücreti, evlilik, çocuk zamları veya primleri, ayni yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete munzam tediyelerin ise dikkate alınmaması gerekmektedir. Bu düzenleme nedeniyle ilave tediye alacağının bir ay için yirmi altı gün üzerinden hesaplanması gerekir[26].

İlave tediye alacağının, işçinin Bakanlar Kurulu kararı ile kararlaştırılan ilave tediye ödeme tarihindeki ücreti üzerinden hesaplanması gerekmektedir. İkramiye ödeme tarihinde, işçinin işyerinde çalışmaması veya ikramiyenin zamanında ödenmemiş olması, ilgili dönem ücreti ile ödenmesi gereğini ortadan kaldırmaz[27].

İkramiyelerin de ücretler gibi dörtte biri haczedilebilir. Zira İş Kanunumuzun 35. maddesinde işçilerin aylık ücretlerinin, dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği hükmü yer almaktadır. Ayrıca, Kanunun 32. maddesinde ücretin, genel anlamda bir tanımı yapılmış olup, ikramiyenin de ücretten sayılacağı anlaşılmaktadır[28].

6772 sayılı Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasında, bu tediyelerden çeşitli işçi sigortalarının gereğince primler kesilmeyeceği düzenlenmiştir. Ancak 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile ilave tediyelerden de sigorta primi kesilmesi gerektiğinden, 01.10.2008 tarihinden sonrası için ilave tediyelerden sigorta primi kesilmelidir. 5510 sayılı Kanunun 80/c ve 105. maddeleri gereğince ücretin eki niteliğindeki bu ödeme, 01.10.2008 tarihinden itibaren sigorta prim kesintisine tabidir. 5510 sayılı Kanunda yer alan açık hüküm sonrasında 6772 sayılı Kanun kapsamında yapılacak ödemelerden sigorta primi kesilmesi hususunda tereddüt kalmamıştır[29].

---

26 **Bostancı**, Yalçın: 6772 sayılı Kanun Uygulaması Kapsamında Kalkınma Ajansları Personelinin Durumunun Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl:2012, S.99, s. 9.

27 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 261.

28 Yargıtay 12.HD. 16.06.2006 T., 2006/11847 E. ve 2006/13146 K., karar için bkz. https://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=6131, (Erişim Tarihi 25.07.2017).

29 **Bostancı**, s. 18. Aynı yönde ayrıntılı bilgi için bkz. **Uşan**, M. Fatih: 5510 Sayılı Kanun Karşısında İlave Tediyelerde Sosyal Sigorta Primi Kesilemeyeceğine İlişkin Kuralın Yürürlükte Olduğu Söylenebilir Mi?, MESS Sicil Dergisi, Mart 2010, s. 253-259; **Akyiğit**, İlave Tediye, s. 93; **Özdemir**, Cumhur Sinan: "Tazminat Niteliğindeki İşçi Alacaklarında Zamanaşımı", Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2014, s. 199. Konu yargıya da intikal etmiş ve bu doğrultuda bkz Yargıtay 9. HD. 15.11.2011 T., 2011/48313 E. ve 2011/43574 K., karar için bkz. 26.01.2012 tarih ve 28185 sayılı Resmi Gazete. Kararda "…İlave tediye alacağından sigorta primleri kesilmez. Ancak 1/10/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasanın 80/c ve 105 inci maddeleri uyarınca,

1.3. İşçi, İşe Girmeden ya da İşten Ayrıldıktan Sonra İlave Tediye Ödemesi Yapılması Durumu

İşçi, işe girdiği tarihten önceki ikramiyeye de hak kazanır[30] [31]. Bunun gibi işten çıktıktan sonra ödenen ikramiyeye de hizmet süresi ile orantılı bir

---

ücretin eki niteliğindeki bu ödeme, 1/10/2008 tarihinden itibaren sigorta prim kesintisine tabidir." gerekçesi ile ilave tediyeden sigorta primi kesilmesi gereği belirtilmektedir.

30 Bu doğrultuda 2017 yılında 20.02.2017 2017 tarihinde işe başlayan işçi, 30.01.2017 tarihinde ödenen ilave tediyenin tamamını talep edemezken 20.02.2017-31.03.2017 arasındaki 40 günlük süre için hizmet süresine göre orantı kurulduğunda 5,77 gün üzerinden ilave tediye talep edebilecektir. Ancak bu doğrultuda bir düzenleme yapılması gerekmemekle birlikte bu hususa dair düzenlemelere, Toplu İş Sözleşmelerinde yer verildiği de görülmektedir.

Bkz. https://sks.omu.edu.tr/sites/sks.omu.edu.tr/files/files/S%C3%96ZLE%C5%9EME%20(01_07_2016-30_06_2018).pdf, (Erişim Tarihi 30.07.2017). Bu sözleşmenin 28. maddesinde ödeme tarihinden sonra işe giren işçilere ilave tediye ya da ikramiye ödemesinin kıstelyevm usulüne göre hesaplanarak işe başlama tarihinden itibaren bir hafta içerisinde ödenmesi öngörülmektedir.

31 Sayıştay Genel Kurulu'nun E.1985/2, K.4492/1 Nolu Kararı azlık düşüncesi ise bu konuda aksi görüştedir: "6772 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde «... İş Kanununun şümulüne giren veya girmeyen yerlerde çalışmakta olan İş Kanununun muaddel birinci maddesindeki tarife göre işçi vasfında olan kimselere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilâve tediye yapılır.» denilmek suretiyle, bu ödemelerin, Kanun kapsamına alınan işyerlerinde «çalışmakta olan» ve İş Kanununun birinci maddesindeki tarife göre «işçi vasfını taşıyan» kimselere yapılacağı belirtilmiş, 1475 sayılı İş Kanununun 1'inci maddesinde de, bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiler, işçi olarak vasıflandırılmışlardır. Bu hükümler karşısında, ilâve tediyeler işçilere yapılacağına, işçilik vasfı da hizmet akdiyle birlikte kazanılacağına göre, ilâve tediye taksitlerinden bir ya da birkaçının ödenmesi sırasında görevde bulunmayıp da sonraki bir tarihte hizmete başlayan işçilerin, henüz işçi vasfını kazanmadıkları geçmiş dönemlere ait ilâve tediyelerden yararlandırılmaları mümkün görülememektedir. Diğer taraftan, 6772 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde, bu Kanuna göre yapılacak tediyelerin zamanının Bakanlar Kurulunca saptanacağı belirtilerek, ilâve tediyelerin yapılması, Bakanlar Kurulunca ödeme zamanının tespiti konusunda karar alınması şartına bağlanmıştır. Kanunun öngördüğü bu şekil şartı yerine getirilmeden, bir başka ifadeyle ödeme zamanı tespit edilmeden ilâve tediye yapılması söz konusu olamayacağından, Bakanlar Kurulunun tespit ettiği ödeme tarihlerinde işbaşında bulunmayan kişilere ilâve tediye yapılmasına bu açıdan da olanak bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, ilâve tediyelerin ilişkin bulunduğu yılın başlangıcından sonraki bir tarihte hizmete başlayan işçilerin, sadece hizmet akdinin bağıtlandığı tarihten sonraki ilâve tediye taksitlerinden yararlandırılması gerekmekte ve bu sebeple önceki kararın değiştirilmesine mahal bulunmamaktadır." Karar için bkz. 28.04.1985 tarih ve 18738 sayılı Resmi Gazete. Ancak kanaatimizce ödeme tarihi olarak kararlaştırılan tarihten

şekilde hak kazanır. Çalışılmayan dönem için ikramiye talep edilemez[32]. İlave tediye ödemesinden önce işten ayrılan işçiye, ayrıldığı tarih itibarıyla hizmet süresi ile orantılı olarak ilave tediye ödemesi yapılması gerekmektedir[33]. Nitekim Borçlar Kanununun 405. maddesinin ikinci fıkrasında hizmet sözleşmesinin ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermesi durumunda, ikramiyenin işçinin çalıştığı süreye yansıyan bölümünün ödeneceği düzenlenmektedir. Ayrıca işten ayrılan işçiye, işten ayrıldığı tarihe göre fazla ödeme yapılmış ise bu miktarın geri alınmaması gerekmektedir[34]. Bu bağlamda temel kriter, işçinin çalışma süresidir[35].

---

sonra işe giren işçinin de bu ödemeye hak kazandığı görüşü isabetlidir. Zira işçi her ne kadar ilave tediye tarihinde çalışmıyor ise de ödenen ilave tediye işçinin çalıştığı süreye de sari ödenmektedir.

32 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 261, **Demircioğlu**, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2014, s. 93.

33 **Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku, Konya 2016, s. 76; **Aktay**/**Arıcı**/**Senyen-Kaplan**, s. 113; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 137, **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 261. Bakanlar Kurulu kararı dâhil yılda dört ödet ödeme yapılmaktadır. Bu doğrultuda yapılan her ödeme üçer aylık dönemlere ilişkin olmaktadır. Bu doğrultuda, 2017 yılındaki 23.06.2017 tarihindeki ödemeden önce 15 Mayıs 2017 tarihinde işten ayrılmış ise nisan mayıs ve haziran aylarına ilişkin dönemde toplam 45 gün çalıştığından 90 gün için 13 gün ikramiye verilmekte ise 45 gün için 6,5 günlük üzerinden ödeme yapılması gerekmektedir.

34 Nitekim Sayıştay Genel Kurulu'nun E.1985/2, K.4492/1 Nolu Kararında da bu hususlara işaret edilmektedir. "Kanunun kabul ettiği bu ilkeler uyarınca, işçinin, ödemelerin İlişkin bulunduğu yıla ait hizmet süreleri toplamının behemahal dikkate alınması ve ilâve tediyelerin hizmet süreleri ile orantılı şekilde hesaplanıp ödenmesi zorunluluğu bulunduğundan, ilâve tediye taksitlerinden bir ya da birkaçının ödenmesinden sonra işe girmenin veya taksitlerden bir bölümünün ödenmesinden önce işten ayrılmanın, ilâve tediyeye hak kazanma açısından işçiyi olumsuz yönde etkilememesi gerekir. Hal böyle olunca, ilâve tediyelerin ilişkin bulunduğu yıl içinde herhangi bir tarihte işe giren işçinin yıl sonuna kadar çalışacağı varsayımı ile bulunacak hizmet süresinin esas alınması ve bir tam yıl (365 gün) çalışan işçiye 52 günlük ücreti tutarında ödemede bulunulacağından, yukarıda belirtilen biçimde hizmet süresi saptanan işçiye kaç günlük ücreti tutarında ilâve tediye yapılacağının orantı yoluyla hesaplanıp ödenmesi icabetmektedir. Eğer, bu işçi yılın bitiminden önce işten ayrılacak olursa, İşe giriş tarihi ile ayrılış tarihi arasındaki hizmet süresine göre yeniden bir değerlendirme yapılması ve yukarıda açıklanan yönteme göre yapılacak hesaplama sonunda ileride ödenecek ilâve tediye taksitlerinden bir alacağı ortaya çıkarsa bu alacağının verilmesi, işten ayrıldığı tarihe nazaran fazla ödeme yapıldıysa, bu miktarın geri alınmaması gerekmektedir.". Karar için bkz. 28.04.1985 tarih ve 18738 sayılı Resmi Gazete.

35 **Demircioğlu**, s. 93.

1.4. Faiz

İş Kanununun 34. maddesinin birinci fıkrasında, gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanacağı düzenlenmiştir. Yargıtay, ilave tediye alacağının ödenmemesi durumunda ödeme zamanı taraflarca kararlaştırılmadığından dolayı temerrüt için alacaklının ihtarına gerek bulunduğunu ve talep halinde temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesi gerektiğine karar vermektedir[36]. Toplu iş sözleşmelerinde 6772 sayılı Kanun kapsamında ilave tediye ödemesine yer verilmesi, ancak buna karşılık ödeme yapılmaması durumunda da ödenecek faiz yine yasal faiz olacaktır[37]. 6772 sayılı Kanunun Ek.1. maddesi gereğince toplu iş sözleşmeleri ile verilen en çok iki ikramiyenin ödenmemesi durumunda bu alacaklara, 6356 sayılı Kanunun 53. maddesinin ikinci fıkrası gereğince toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında, temerrüt tarihinden itibaren işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır[38] .

---

36 Yargıtay 9. HD, 23.01.2012 T., 2011/53277 E. ve 2012/1089 K., Çalışma ve Toplum, 2012/4, 358. Kanaatimizce ücretin zamanında ödenmemesi durumunda, İş Kanununun 34. maddesinde öngörülen mevduata uygulanan en yüksek faizin, geniş anlamda ücrete dahil olan ikramiyenin ödenmemesi durumunda da uygulanması gerekmektedir. Bakanlar Kurulu Kararı ya da Toplu İş Sözleşmesinde ilave tediyenin ödenmesi kararlaştırılan tarihlerden itibaren bu faizin işletilmesi uygun olacaktır. Temerrüt için ayrıca bir ihtara gerek bulunmadığını düşünmekteyiz.

37 **Sur**, s. 364; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 575; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 883.

38 **Sur**, s. 363; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 882. Bu doğrultuda 9. Hukuk Dairesi 2012/11935 E., 2014/13265 K., karar için bkz. http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=216&t=166409, E.T. 15.07.2017. Kanunun 4 üncü maddesine göre, ilave tediye alacağının ödeme zamanını, Bakanlar Kurulu belirler. Bakanlar Kurulunun kararı ile ilave tediye alacağı muaccel hale gelir. İlave tediye hesabı, Bakanlar Kurulunun belirlediği ödeme tarihlerindeki ücrete göre yapılmalıdır (Yargıtay 9. HD. 12.09.2011 T., 2011/36505 E. ve 2011/29278 K.). Ödeme zamanı taraflarca kararlaştırılmadığında, Borçlar Kanununun 101 inci maddesi uyarınca, temerrüt için alacaklının ihtarına gerek vardır. İlave tediye alacağı yasadan kaynaklandığından, talep halinde temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmelidir. Toplu iş sözleşmelerinde bulunan, 6772 sayılı Yasa maddesinin tekrarından ibaret hükümler, alacağın dayanağının ilgili Yasa olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğinden, bu durumlarda dahi yasal faize karar verilmelidir. Ancak, özelleştirme vb. sebeplerle ödenme koşullarının yitirildiği, ilave tediye alacağının sadece toplu iş sözleşmesine göre ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda, 2822 sayılı Kanunun 61 inci maddesi uyarınca en yüksek işletme kredisi faizine hükmedilmelidir (Yargıtay 9. HD. 13.09.2011 T., 2011/39204 E. ve 2011/29535 K.). Yargıtay 9. HD. 12.10.2015 T., 2015/19639 E. ve 2015/28166 K. sayılı kararında da aynı hususlara işaret

1.5. İlave Tediye Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları

İlave tediyenin yapılmaması durumunda kalkınma ajansı personeli, İş Kanununun 24/II/e bendine göre iş sözleşmesini feshedebilir. Bu düzenleme gereğince işçi, işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir[39]. Burada sözü edilen ücret, geniş anlamda ücrettir[40]. Ücretin sadece ödenmemesi veya eksik ödenmesi değil, geç ödenmesi de haklı fesih nedenidir[41]. Ücret eki niteliğinde olan ikramiyenin ödenmemesi de haklı nedenle fesih nedenidir.[42]

Bunun yanı sıra İş Kanununun 34. maddesinde ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ücreti ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. İşçinin almakta olduğu ücretin genelde tek geçim kaynağı olması, ücret ve eklerinin zamanında ve tam olarak ödenmesini gerektirmektedir. Ücret eklerinin, asıl ücretin ödeme tarihinde bu ücretle birlikte ödenmesi gerekmektedir. İş Kanununun 34. maddesindeki ücretin, bu doğrultuda geniş anlamda ücret olarak kabul edilmesi mümkündür[43].

İşçinin, yirmi gün beklemeksizin iş sözleşmesini, yukarıda belirtildiği üzere feshetmesi de mümkündür[44]. İşçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri, sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Ancak işçiler, ücretlerinin zamanında ödenmemesi sebebiyle "bireysel kararları" ile işlerini bırakmak imkânına

---

edilmektedir. Karar için bkz. http://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/ibd20171.pdf, (Erişim Tarihi 30.07.2017).

39 Bu durumda işçinin bir yıl kıdemi bulunmakta ise kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. Ancak kanaatimizce ilave tediye almadan uzun yıllar çalışan bir işçinin, bu durumu gerekçe göstermek sureti ile öncesinde talepte bulunmaksızın iş sözleşmesini sona erdirmesi, iyiniyet ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz.

40 **Sümer**, s. 113; **Akyigit**, Ercan: İş Hukuku, İstanbul 2013, s. 189; **Korkmaz**, Fahrettin/**Alp**, Nihat Seyhun: İş Hukuku, Erzurum 2014, s. 214; **Süzek**, İş Hukuku, s. 736.

41 **Süzek**, İş Hukuku, s. 737; **Güven**, Ercan/**Aydın**, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013, s. 242.

42 Yargıtay 9.HD. 25.10.1999 T., 1999/13249 E. ve 1999/16231 K., karar için bkz. http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1999.pdf, (Erişim Tarihi 30.07.2017).

43 **Narmanlıoğlu**, Ünal: Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkanı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.12, Özel S., 2010, s. 616.

44 **Demircioğlu**, s. 110; **Aktay**/**Arıcı**/**Senyen-Kaplan**, s. 210; **Korkmaz**/**Alp**, s. 152; **Güven**/**Aydın**, s. 149.

sahiptirler. Bu nedenle, özellikle grev yapmak niyetiyle aralarında anlaşmak veya bu konuda verilmiş bir kurul kararına uyarak işlerini bırakmaları, maddenin kapsamı dışındadır[45].

Ücretini alamadığı için iş bırakan işçilerin iş sözleşmeleri, çalışmadıkları için feshedilemez. Bu işçilerin yerine yeni işçi alınamaz ve bu işler başkalarına yaptırılamaz. Bu hakkın kullanılması için ücretin tamamının ödenmemesi de gerekmez, kısmi ifa halinde de işçi, iş görmekten kaçınabilir[46]. Yargıtay, ikramiyenin de ücret eki niteliğinde geniş anlamda ücrete dâhil olduğunu, işçinin ödenmeyen ücret alacağı için iş görmekten kaçınabileceğini kabul etmiştir[47]. Kalkınma ajansı personelinin de bu madde kapsamında, iş görmekten kaçınması söz konusu olabilecektir. Zira ödeme olanağı olan işverenin, ödemeleri geciktirme hakkı bulunmamaktadır[48]. Ancak bu durumdaki personel, çalışmadığı süre boyunca ücret talebinde bulunamayacaktır[49].

İlave tediye ödenmemesi durumunda, kalkınma ajanslarına idari para cezası uygulanması da söz konusu olabilir. Zira İş Kanunumuzun "Ücret ile ilgili hükümlere aykırılık" başlıklı 102. maddesinin a bendinde İş Kanununun 32. maddesinde belirtilen ücret ile işçinin bu Kanundan veya toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden doğan ücret ödemelerini süresi içinde kasden ödemeyen veya eksik ödeyen, 39. maddesinde belirtilen komisyonun belirlediği asgari ücreti işçiye ödemeyen veya noksan ödeyen, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını zorunlu tutulduğu halde özel olarak açılan banka hesabına ödemeyen işveren, işveren vekili ve

---

45 **Narmanlıoğlu**, s. 631.

46 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 272-273; **Narmanlıoğlu**, s. 632.

47 Yargıtay 30.10.2007 T., 2007/19022 E. ve 2007/31935 K ., karar için bkz. Yargıtay Kararları, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.17, 334.

48 **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 148.

49 Maddenin ilk halinde işçiye bu süre içerisinde ücret ödemesi yapılması bulunmakta iken TBMM görüşmeleri sırasında söz konusu düzenleme çıkarılmıştır. Yargıtay, işçinin bu durumda ücret talebinde bulunamayacağını düşünmektedir. Doktrindeki baskın görüş, işverenin alacaklı temerrüdüne düşeceği; Borçlar Kanununun 90 ve 325. maddesi çerçevesinde ücreti İş Kanunu 34. maddesi sınırları içinde ödenmediği için iş görme borcunu ifa etmekten kaçınan işçinin çalışmadığı süre için bir iş karşılığı olmaksızın ücrete hak kazanacağı doğrultusundadır. Konu hakkında geniş bilgi için **Narmanlıoğlu**, s. 625-629. Ayrıca **Süzek**, Sarper: İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, S.4, s. 212-215.

üçüncü kişiye bu durumda olan her işçi ve her ay için yüzyirmibeş Türk Lirası idari para cezası verileceği düzenlenmektedir[50].

2. KALKINMA AJANSLARINDA İLAVE TEDİYE UYGULAMASI

2.1. Kalkınma Ajanslarında Uygulanmakta olan Personel Rejimleri

Kalkınma Ajansı personelinin nitelik, statü ve hakları, 5449 sayılı Kanunun 18. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca ajans personeli, 4857 sayılı İş Kanununa tabi olarak iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Kalkınma Ajansları Personel Yönetmeliğinin[51] 1. maddesinde de bu husus tekrarlanmıştır.

5449 sayılı Kanununun 18. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca genel sekreter ile diğer personelin ücret ve gündelikleri ile diğer malî ve sosyal hakları, Yüksek Planlama Kurulu kararıyla tespit edilen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla yönetim kurulu tarafından belirlenmektedir.

Ancak 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname[52] ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye[53] eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde; Kalkınma Ajanslarına kadro ve pozisyonlarına ilk defa veya yeniden atanan genel müdür, genel sekreter, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcısı unvanlı personel ile uzman unvanlı meslek personeline yapılan bütün ayni ve nakdi ödemelerin bir aylık toplam net tutarının; genel müdür ve genel sekreterler için bakanlık genel müdürü, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcıları için bakanlık genel müdür yardımcısı, uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak mali haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemeyeceği kuralına yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ile diğer mevzuatın, bu maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.

10.09.2012 tarih ve 2012/3739 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Kalkınma Ajanslarında istihdam edilen personelin mali ve sosyal haklarının belirlenmesinde emsal alınacak devlet memuru kadro unvanları tespit edilmiştir[54]. Kararın yürürlük tarihi olarak 15.01.2012 tarihi belirlenmiştir. Denkleştirmenin nasıl yapılacağına yönelik hususlar, Maliye Bakanlığı

---

50 2017 yılı için söz konusu ceza 167 TL olarak uygulanmaktadır.

51 25.07.2006 tarih ve 26239 sayılı Resmi Gazete.

52 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete (Mükerrer).

53 30.06.1989 tarih ve 20211 sayılı Resmi Gazete (Mükerrer).

54 05.12.2012 tarih ve 28488 sayılı Resmi Gazete.

tarafından 21.08.2013 tarih ve 7566 sayılı yazı ile belirlenerek, Kalkınma Bakanlığının 30.10.2013 tarih ve 5127 sayılı yazısı ile kalkınma ajanslarına gönderilmiştir. Kalkınma ajanslarında maaş rejimi açısından, 15.01.2012 tarihi esas alınmaktadır[55].

666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Kalkınma Ajansları ile ilgili hükümleri, dayanak Yetki Kanununda konu ile ilgili düzenleme yapma yetkisi yer almadığı gerekçesi ile 27.12.2012 tarihli ve 2011/139 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiş ve kararın yürürlük tarihinin de gerekçeli kararın yayınından dokuz ay sonra olduğu açıklanmıştır. Gerekçeli karar, 10.10.2013 tarihinde yayınlanmıştır[56]. Buna karşılık iptal kararı, Resmi Gazete'de yayınlanmadan önce 02.08.2013 tarihinde yayınlanan 6495 sayılı Kanun[57] ile aynı düzenleme yeniden getirilmiş, yasanın yürürlük tarihi olarak da yayın tarihi (yani 02.08.2013) belirlenmiştir[58].

15.01.2012 tarihinden önce işe giren personel, Yüksek Planlama Kurulu kararlarına tabi bulunmaktadır. 28.08.2006 tarihli ve 2006/59 sayılı Kalkınma Ajansları Personelinin Ücret ve Gündelikleri ile Diğer Mali ve Sosyal Haklarının ve 2006 ve 2007 yılları için Kalkınma Ajanslarına Kullandırılacak Transfer Ödeneklerinin Belirlenmesine Dair Usul ve Esaslar, 24.04.2009 tarihli ve 2009/8 sayılı Kalkınma Ajanslarının Personelinin Ücret ve Gündelikleri ile Diğer Mali ve Sosyal Haklarının Yeniden Belirlenmesi ve 2008 Yılında Kurulan Kalkınma Ajanslarına Kullandırılacak Transfer Ödeneklerinin Tahsisine İlişkin Yüksek Planlama Kurulu Kararı, 04.03.2011 tarihli ve 2011 Yılı İçin Kalkınma Ajanslarına Kullandırılacak Transfer Ödeneklerinin Tahsis Edilmesi ve Kalkınma Ajansları Destek Personelinin Ücret Limitlerinin Yeniden Belirlenmesine İlişkin Yüksek Planlama Kurulu Kararı ve son olarak 28.05.2014 tarihli ve 2014/8 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararları ile belirlenmektedir.

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede, sırası ile 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 6495 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra çıkarılan 28.05.2014 tarihli, 2014/8 sayılı Yüksek Planlama Kurulu

---

55 **Efe**, s. 80.

56 10.10.2013 tarih ve 28791 sayılı Resmi Gazete.

57 02.08.2013 tarih ve 28713 sayılı Resmi Gazete.

58 Kanunun 103. maddesinin g bendinde bazı maddelerin yürürlüğe gireceği tarihler kararlaştırılmıştır. Diğer hükümlerin yayım tarihinde yürürlüğe gireceği kararlaştırıldığından kalkınma ajanslarına yönelik düzenlemeler yayım tarihi olan 02.08.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kararı ile bu kapsamdaki personele ödenecek ücretlerin alt ve üst sınırları artırılmıştır. Kararın dördüncü maddesi ile diğer kapsamdaki personelin ücretlerinin emsal memuru geçemeyeceği düzenlenirken, alt sınır olarak emsal memurun maaşının yüzde doksanı belirlenmiştir. Yüksek Planlama Kurulu Kararının 7. maddesi ile hangi kapsamda olursa olsun, personele ödenecek ücretlerin, Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile belirlenen mali haklar ile sosyal hak ve yardımların üst sınırını aşamayacağı öngörülmektedir[59].

2.2. Personel Rejimleri kapsamında İlave Tediye Uygulaması

Kalkınma ajansları, kamu tüzelkişiliğini haizdir. 5449 sayılı Kanunda, kalkınma ajanslarının kamu tüzelkişisi olduğuna dair bir ifade yer almamaktadır. Ancak 5449 sayılı Kanunun iptali amacıyla Anayasa Mahkemesinde açılan dava sonucunda verilen Anayasa Mahkemesinin E. 2006/61, K. 2007/91 ve 30.11.2007 kararında, kalkınma ajanslarının kamu tüzelkişisi olduğuna işaret edilmektedir[60].

5449 sayılı Kanunun verdiği yetki ile Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulan, kamu fonu kullanan, kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan, kamu tüzel kişiliklerinin bulunduğu hususunda tereddüt olmayan Kalkınma Ajansları, 6772 sayılı Kanununun işveren açısından kapsamına dâhil bulunmaktadır[61]. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu doğrultudadır[62]. Zira 6772

---

59 Kanun ile öngörülmeyen alt sınıra ilişkin bu hususun, YPK kararı ile getirilmesinin hukuki olmadığını düşünmekteyiz. Kararın 7. maddesindeki sınırlama da aynı şekilde hukuka aykırıdır. Normlar hiyerarşisi kapsamında daha alt düzeyde bir norm ile üst düzey bir norma aykırı düzenleme getirilmiş bulunmaktadır.

60 Anayasa Mahkemesi E. 2006/61, K.2007/91 ve 30.11.2007 kararında bu husus belirtilmektedir. "Kalkınma ajanslarının tüzel kişiliği Yasa'yla belirlenmiş, tüzel kişiliğin kuruluşu ise Bakanlar Kurulu kararına bırakılmıştır. 26 adet Düzey 2 İstatistiki Bölge Birimi esas alınarak Bakanlar Kurulu kararıyla kurulması ve kaldırılması öngörülen kalkınma ajanslarının, tüzel kişiliğinin niteliği Yasa'da açıkça belirtilmemekle birlikte, kurulması ve kaldırılması, kamu gücü ve yetkilerin kullanılması, usul ve ayrıcalıklar getirilmesi, gelirleri, merkezi idare ile olan bağlantıları göz önünde bulundurulduğunda birer kamu tüzel kişisi olduğu kuşkusuzdur.". Karar için bkz. 23.02.2008 tarih ve 26796 nolu Resmi Gazete.

61 **Bostancı**, s. 15.

62 "Davacının Zafer Kalkınma Ajansı işçisi olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığı gibi Yargıtayın yerleşik uygulamasına göre kalkınma ajansı çalışanlarının 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkında Kanun kapsamında aldıkları ve ilave tediye alacağından yararlanacakları kabul edilmiştir. (22.HD 2014/9759 esas 15900 karar) İşçinin ilave tediye alacağına, esas

sayılı Kanunun kapsam bakımından, devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanması gerekir[63].

Kalkınma ajansları personeli, 5449 sayılı Kanunun 18. maddesi gereğince iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Bu personel, başta 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere işçilere yönelik sair düzenlemelere tabi bulunmaktadır. 6772 sayılı Kanun da bu kapsamdaki düzenlemelerden biridir. Zira kalkınma ajansı personeli, kamu kurumu niteliğini taşıyan kalkınma ajanslarında işçi statüsündeki kamu personeli olarak çalışmaktadır. Nitekim bu doğrultuda kalkınma ajanslarında, açılan davalar sonrasında yargı kararları ile de kalkınma ajanslarının 6772 sayılı Kanun kapsamında yer aldığı ortaya konul-

---

olarak çalışma süresinin hesaplanmasında iş sözleşmesinin devamı müddetine rastlayan kanuni ve idari izinler, hastalık izinleri, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri, çalışılmış gibi hesaba katılır. İşçi tam yıl çalışmamış ise, ilave tediye o yıl için kıstelyevm esasına göre hesaplanıp ödenecektir. Somut olayda davacının askerlik sebebi ile 01.08.2012-01.02.2013 tarihleri arasında çalışması bulunmadığından bu süreler dışlanarak ilgili yıllar için ilave tediye alacağı kıstelyevm hesabına göre belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde bu dönemler içinde ilave tediye kabulü hatalı olup bozma nedenidir.". Yargıtay 22.HD. 21.01.2016 T., 2015/33051 E. ve 2016/1457 K., karar için bkz. http://www.emsalyargi.com/yargitay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=645ca717b0327298&daire=9467276415815bb8&eyil=2015&eno1=33051, (Erişim Tarihi 15.08.2017) Kararda dikkat çeken husus, kalkınma ajansı çalışanlarının, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre 6772 sayılı Kanun kapsamında ilave tediyeden yararlanacaklarının ifade edilmesidir.

63 Üniversitede çalışan bir işçinin açmış olduğu davada verilen kararda "…Sonuç itibari ile 6772 sayılı yasanın kapsam bakımından, devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir." gerekçesi ile üniversitelerin 6772 sayılı Kanun kapsamında olduğunda karar verilmiştir. Yargıtay, 9. HD. 09.02.2009 T., 2008/33967 E ve, 2009/1799 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, S.22, s. 298.vd. Bu doğrultuda bir başka karar, Yargıtay, 9.HD. 23.01.2012 T., 2011/53277 E. ve 2012/1089 K., karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, S.2012/4, s. 358 vd. Konu yalnızca kalkınma ajansı ya da üniversitelerde değil, belediyelerde de uyuşmazlıklara yol açmıştır. Bu doğrultuda verilen bir kararda "Sonuç itibari ile kapsam bakımından, Devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir." şeklinde görüş belirtilmek sureti ile dava kabul edilmiştir. Yargıtay 9. HD. 09.02.2009 T., 2008/33967 E. ve 2009/1799 K., karar için bkz. http://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=33618, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

muş bulunmaktadır[64]. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında Yüksek Hakem Kuruluna[65] intikal eden uyuşmazlıklarda, Yüksek Hakem Kurulu da 6356 sayılı Kanunun 51. maddesinin ikinci fıkrası gereğince toplu iş sözleşmesi hükmündeki kararlarında kalkınma ajansı personeline ikramiye ödenmesine yer vermiştir.

6772 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrası "Birinci maddede sözü geçen iş yerlerinde tatbik edilmekte olan muhtelif ücret sistemleri ve ücrete müessir sair unsurları, kanuni bir mecburiyete müstenit olmıyan sosyal yardımları, bu iş yerlerinin iş ve istihsal nevileri veya kolları, kurulmuş oldukları mahallerin hususiyetleri, kuruluş ve işleyiş tarzları da nazarı itibara alınmak suretiyle muayyen ve yeknesak esaslara bağlanır." şeklin-

---

64 Ancak Maliye Bakanlığı, kalkınma ajanslarının 6772 sayılı Kanun kapsamında yer almadığı görüşündedir. Bu doğrultuda Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü 20.07.2011 tarih ve 25233 sayılı yazısında kalkınma ajanslarının 6772 sayılı Kanun kapsamında sayılan kurumlar arasında yer almadığını belirtmektedir. Bu yazıda kalkınma ajanslarının; genel yönetim kapsamındaki kamu idareler kapsamına girmeyen, döner sermayeli bir kuruluş niteliği bulunmayan ve sermayesinin yarısından fazlası genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerine ait olan bir sermaye şirketi statüsü de olmayan; ayrıca 3659 sayılı Kanun kapsamında yer alan kurum veya kuruluş statüsünde de bulunmadığından 6772 sayılı Kanun kapsamında yer almadığı belirtilmektedir. Maliye Bakanlığı yazısında 3460 sayılı Kanunun da yürürlükte bulunmadığı ifade edilmektedir. Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının (Kalkınma Bakanlığı) alınan 24.06.2011 tarihli yazısı ile de kalkınma ajanslarının bu kapsamda yer almadığı öne sürülmektedir. Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğünün 12.01.2015 tarih ve 357 sayılı yazısında kalkınma ajansları 6772 sayılı Kanun kapsamında yer almadığından kalkınma ajansları personelinin 6772 sayılı Kanun uyarınca yapılan ilave tediyeden faydalanma imkanının bulunmadığı tekrar edilmektedir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere kesinleşmiş yargı kararları ile kalkınma ajanslarının 6772 sayılı Kanun kapsamında yer aldığı ortaya konulmuştur. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında işçi statüsünde çalışan personel tarafından açılan davalarda da aynı hususa işaret edilmiştir. Yargıtay 9. HD. 2015/19639 E., 2015/28166 K., karar için bkz. http://www.emsalyargi.com/yargitay.php?karar=b8b801f7f8a9093b, (Erişim Tarihi 15.08.2017).

65 Uyuşmazlık taraflarından birinin başvurusu üzerine Yüksek Hakem Kurulu devreye girmektedir. Bu nedenle zorunlu tahkim olarak adlandırılır. Yüksek Hakem Kurulu, 6356 sayılı Kanunda öngörüldüğü üzere kanuni/zorunlu hakem(tahkim) kuruludur. Türk İş Hukukunda kanuni/zorunlu hakemlik (tahkim), Yüksek Hakem Kurulu tarafından yerine getirilir. Yüksek Hakem Kurulu, gerekli gördüğü durumlarda taraflardan ve ilgililerden uyuşmazlıkla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir. Konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 526 vd. Ayrıca **Çelik**/**Caniklioğlu**/**Canbolat**, s. 875 vd.; **Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2017, s. 428 vd.

dedir. Bu doğrultuda 6772 sayılı Kanun kapsamında yapılan ilave tediyeler, muayyen ve yeknesak esaslara bağlanmalıdır.

Yüksek Planlama Kurulu kararlarına tabi olan personel ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında personel açısından ilave tediye konusu aşağıda ayrı ayrı incelenmektedir.

2.2.1. Yüksek Planlama Kurulu Kararlarına Tabi Olan Personel

Kalkınma ajanslarında 15.01.2012 tarihinden önce işe giren personel, Yüksek Planlama Kurulu Kararlarına tabi bulunmaktadır. Bu kapsamda mali ve sosyal hakları belirlenmektedir. Yüksek Planlama Kurulu tarafından çıkarılan "Kalkınma Ajansları Personelinin Ücret ve Gündelikleri ile Diğer Mali ve Sosyal Haklarının ve 2006 ve 2007 Yılları İçin Kalkınma Ajanslarına Kullandırılacak Transfer Ödeneklerinin Belirlenmesine Dair Usul ve Esaslar"ın 5. maddesi "Bu kararda ve diğer ilgili mevzuatta belirtilen hükümler saklı olmak üzere, Ajans personeline aylık net ücreti dışında hiç bir ad altında ücret ödenemez ve başka bir ödemede bulunulamaz." şeklinde düzenlemeler içermektedir.

28.05.2014 tarih ve 2014/8 sayılı "2014 yılı için Kalkınma Ajanslarına Kullandırılacak Transfer Ödeneklerinin Belirlenmesine ve Bazı Yüksek Planlama Kurulu Kararlarında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Karar"ın 7. maddesinde de "Kalkınma ajansları personeline her ne ad altında olursa olsun ödenecek mali haklar ile sosyal hak ve yardımların toplamı, Yüksek Planlama Kurulu kararlarında belirtilen mali haklar ile sosyal hak ve yardımların üst limitini aşamaz" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede söz konusu kararın 3. maddesi uyarınca 01.01.2014 tarihinden geçerli olmak Yüksek Planlama Kurulu kararlarına tabi personel için 01.01.2014 tarihine kadar ikramiye ödenmesi, bu tarihten sonra üst sınır gözetilmek sureti ile üst sınıra kadar ödenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Ancak 6772 sayılı Kanun ile getirilen bir hakkın, Yüksek Planlama Kurulu kararı ile ortadan kaldırılması, normlar hiyerarşisine aykırıdır[66]. Aksi

---

[66] Ancak Sayıştay, aksi görüştedir. Nitekim 2015 yılı Genel Denetim Raporu 26. Sayfasında "Kaldı ki, Kalkınma Bakanlığının Ağustos 2014 yılında hazırlayarak tüm ajanslara gönderdiği 2015 Çalışma Programı ve Bütçe Usul ve Esaslarının, ücret, mali, sosyal haklar ve gündeliklerin düzenlendiği "Kurumsallaşma" başlıklı 3üncü bölümünde; "28.05.2014 YPK Kararının 7. maddesi uyarınca, kalkınma ajanslarında 15.01.2012 tarihinden önce istihdam edilmiş personele Yönetim Kurullarınca ajans personeline her ne ad altında olursa olsun yapılacak ödemelerin (ücret, performans ödemesi, ikramiye

düşünülse bile bu durum, çalışmakta olan personel açısından, İş Kanununun 22. maddesine de aykırılık teşkil eder. Zira İş Kanununun 22. maddesi uyarınca iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik, ancak tarafların aralarında anlaşması suretiyle değiştirebilir. Çalışma koşullarındaki değişiklik, geçmişe etkili olarak uygulanamaz[67].

2.2.2. "375" sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Tabi Olan Personel

666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girmesi ile 15.01.2012 tarihinden sonra kalkınma ajanslarında işe başlayan personelin ücretlerine yönelik farklı bir düzenleme getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 tarih ve 2011/139 E. 2012/205 K. sayılı kararı ile 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddeleri, bu kapsamda Kalkınma Ajansları personelinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen 1. maddesiyle 375 Sayılı KHK'ye eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının (c) ve (ç) bentleri, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Ancak iptal edilen bu düzenleme, 6495 sayılı Kanun ile 12.07.2012 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmiş ve 02.08.2013 tarihli Resmi Gazete'de

---

vb.) yıllık toplamları YPK kararında belirtilen aylık tavan ücretin 12 katını geçemez." denilerek üst limite uyulması teyit edilmiştir. Kalkınma ajanslarının 2015 yılı hesap ve işlemlerinin incelenmesi sırasında; ajans çalışanlarına ödenmekte olan ücretlere ilaveten ikramiye, ilave tediye, aile ve çocuk yardımı, yakıt yardımı, yemek yardımı, bayram harçlığı ve eğitim yardım vb. adlar altında ödeme yapıldığı, bu ödemeler ile birlikte ücretlerin 12 aylık toplamının, ilgili Yüksek Planlama Kurulu kararlarında belirtilen üst limiti aştığı tespit edilmiştir. Limit aşımına esas ödemeler yargı karalarında belirtildiği üzere hukuki dayanağı olan sendikal haklar ve yasal ilave tediye ödemesi gibi unsurları içerdiğinden Yüksek Planlama Kurulu kararı ile belirlenen üst limitler fiilen aşılabilmekte ve dolayısıyla YPK kararı uygulanamaz durumda kalmaktadır. T.C. Sayıştay Başkanlığı 2015 Yılı Kalkınma Ajansları Genel Denetim Raporu 26 T.C. Sayıştay Başkanlığı 2015 Yılı Kalkınma Ajansları Genel Denetim Raporu 27 Öneri: Yüksek Planlama Kurulu kararlarının uygulanabilir olması açısından, bulguda bahsi geçen tespitler ışığında ve yargı kararlarına uygun olarak konunun YPK tarafından yeniden değerlendirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir." şeklinde görüş bildirilmektedir. Rapor için bkz. https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload /62643830/files/raporlar/genel_raporlar/kalkinma_ajanslari/2015_Kalkinma.pdf, (Erişim Tarihi 20.08.2017).

67 **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 210; **Şakar**, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016, s. 172; **Akın**, Levent: İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, C.27, S.2, Mart 2013, s. 47.

yayımlanmak sureti ile yürürlüğe girmiştir. 6495 sayılı Kanunun 73. maddesi ile değişik 375 sayılı "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu İle Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin ek 11. maddesinin c bendi uyarınca, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarı; genel müdür ve genel sekreterler için bakanlık genel müdürü, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcıları için bakanlık genel müdür yardımcısı, uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak malî haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemez. Diğer mevzuatın bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmayacağı da ek 11. maddenin son cümlesi ile düzenlenmiştir.

02.08.2013 tarihinden sonra işe giren personel, 6495 sayılı Kanun ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının (c) ve (ç) bentleri kapsamında yer almaktadır. Yapılan bu yasal düzenlemeler sonrasında kalkınma ajanslarında personel rejimi, 15.01.2012 tarihi esas alınmak suretiyle ikiye ayrılmıştır. Bu tarihten önce işe giren personel, Yüksek Planlama Kurulu kararına; 15.01.2012 tarihinden sonra işe giren personel ise 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kabul edilmektedir[68].

666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve bu Kararnamenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali sonrasında 6495 sayılı Kanun ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede yapılan yasal düzenlemeler sonrasında kalkınma ajanslarında KHK kapsamında yer alan personele ilave tediye

---

[68] Kalkınma ajanslarında 15.01.2012 ile 02.08.2013 tarihleri arasında işe giren personel, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında kabul edilmektedir. Ancak söz konusu uygulama hukuka aykırı olup Yüksek Planlama Kurulu/Kanun Hükmünde Kararname ayrımı açısından esas alınması gereken tarih, 6495 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 02.08.2013 tarihi olmalıdır. Bu tarih öncesinde işe giren personel, Yüksek Planlama Kurulu kararlarına tabi olması gerekmektedir.

verilip verilemeyeceği noktasında da tereddüt oluşmuştur[69]. Kanımızca 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında yer alan personel ile Yüksek Planlama Kurulu kararlarına tabi personel arasında ilave tediye uygulaması açısından, bir farklı uygulamayı gerektiren bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yüksek Hakem Kurulu, önüne gelen toplu iş uyuşmazlıklarında, personel rejimleri arasında ayrım yapılmaksızın tüm personele ilave tediye yapılması yönünde kararlar vermektedir. Kalkınma ajanslarında hâlihazırda birçok ajansta yönetim kurulu kararı ya da toplu iş sözleşmeleri ile bu kapsamdaki personele, 6772 sayılı Kanun kapsamında ödeme yapılmaktadır. Nitekim Yargıtay da bu doğrultuda karar vermiştir[70].

6772 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan "İş Kanununun birinci maddesindeki tarife göre işçi vasfında olan kimselere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilave tediye yapılır" ve aynı kanunun 5. maddesinde "Birinci maddede sözü geçen iş yerlerinde tatbik edilmekte olan muhtelif ücret sistemleri ve ücrete müessir sair unsurları, kanuni bir mecburiyete müstenit olmıyan sosyal yardımları, bu iş yerlerinin iş ve istihsal nevileri veya kolları, kurulmuş oldukları mahallerin hususiyetleri, kuruluş ve işleyiş tarzları da nazarı itibara alınmak suretiyle muayyen ve yeknesak esaslara bağlanır." düzenlemesi kapsamında kalkınma

---

69 Örneğin BEBKA (Bursa Eskişehir Bilecik) Kalkınma Ajansı Yönetim Kurulu, YPK kapsamındaki personele 6772 sayılı Kanun kapsamında ödeme yapılmasına karar verirken 375 sayılı KHK kapsamındaki personele ilave tediye ödemesi yapılması konusunda karar almamıştır. Ancak hâlihazırda söz konusu ajansta uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi ile tüm personele ilave tediye ödemesi yapılması kararlaştırılmakla söz konusu hukuka aykırı uygulamadan dönülmüş bulunulmaktadır. Konu, Kalkınma Bakanlığına da sorulmuştur. Karacadağ Kalkınma Ajansı tarafından Kalkınma Ajansları arasında uygulama birliği sağlanması için 27.08.2014 tarih ve 48876866-030.04.01-1106 sayılı ve 18.11.2014 tarih ve 48876866-030.04.01-1335 sayılı yazılar ile Kalkınma Bakanlığına görüş sorulmuştur. Kalkınma Bakanlığınca gönderilen 08.10.2014 tarih ve 44489265-045.00-4322 sayılı ve 13.01.2015 tarih ve 44489265-045.00-156 sayılı yazılarda, "Tediye konusundaki başvuruların her birinin 5449 sayılı Kanun, 6772 sayılı Kanun, 6495 sayılı Kanun ile 666 ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin ilgili hükümleri doğrultusunda başvuru sahibinin tabi olduğu mevzuat gözetilerek kalkınma ajansı yönetim kurullarınca karara bağlanması gerektiği" belirtilmiştir. Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Karacadağ Kalkınma Ajansı 2016 yılı Çalışma Programı, s. 23. http://www.karacadag.org.tr/2016Dosyalar/Karacada%C4%9F%20KA%202016%20%C3%87P.pdf, (Erişim Tarihi 20.08.2017).

70 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 13.11.2015 T., 2016/13305 E. ve 2017/14551 K., karar için bkz. https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet#, (Erişim Tarihi 05.12.2017).

ajansımızda uygulanmakta olan muhtelif ücret sistemlerinin, personele ikramiye ödenmesi hususunda farklılık yaratmaması gerekmektedir.

6772 sayılı Kanun, kamu işçilerine verilecek ikramiye konusunu düzenlemektedir. 666 sayılı KHK/6495 sayılı Kanun ise kalkınma ajansı personelinin maaş rejimini düzenlemekte olup, 6772 sayılı Kanun ile öngörülen ilave tediye ödemesini ortadan kaldırmamıştır. Zira 6772 sayılı Kanun, 666 sayılı KHK/6495 sayılı Kanuna göre özel kanun niteliğindedir. İkramiye konusunda, özel kanun niteliğinde olan 6772 sayılı Kanunun uygulanması gerekmektedir.

SONUÇ

Kamu kurumu niteliğindeki kalkınma ajansında işçi statüsünde çalışan kalkınma ajansı personeli, "6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanunun İkinci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun" kapsamına girmektedir. Zira kalkınma ajansları, 5449 sayılı Kanun kapsamında Bakanlar Kurulu kararları ile kurulmuş olup, kamu tüzelkişiliğini haiz kamu kurumlarıdır. Kalkınma ajanslarının özel hukuk hükümlerine tabi olması, bu durumu değiştirmemektedir. Bu doğrultuda kalkınma ajansı personeline, ikramiye ödemesi yapılması gerekmektedir.

Kalkınma ajansı personeli, Yüksek Planlama Kurulu kararına tabi personel ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi olan personel olarak ikiye ayrılmaktadır. Yüksek Planlama Kurulu kararlarına tabi personele, Yüksek Planlama Kurulu kararlarında öngörülen sınırlar kapsamında, kalkınma ajansı yönetim kurulu kararı tarafından belirlenen ücret ödenmektedir. 2014/8 sayılı Yüksek Planlama Kurulu kararı ile bu kapsamdaki personele ödenecek mali ve sosyal haklar açısından bir üst sınır getirilmiştir. Ancak kanımızca 6772 sayılı Kanun ile getirilen bir hak, Yüksek Planlama Kurulu Kararı ile ortadan kaldırılamaz. Zira normlar hiyerarşisine göre altta olan bir norm, kendisine göre üstte yer alan diğer bir normu ortadan kaldıramaz.

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki personelin mali ve sosyal hakları ise emsal alınacak devlet memuru kadro unvanlarına göre belirlenir. Emsal alınacak devlet memuru kadroları, ilave tediye almamaktadır. Kalkınma ajansı personelinin maaşının, emsal alınacak devlet memuru kadrosu maaşını geçememesi de 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülmektedir. Bu nedenle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki kalkınma ajansı personeline, ilave tediye ödenmesi gerekmekte

midir? Kanaatimizce, bu kapsamdaki personele de ikramiye ödenmesi gerekmektedir. Zira 6772 sayılı Kanun, kamu işçilerine verilecek ilave tediyeyi düzenlemektedir. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede değişiklik yapan 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 6495 sayılı Kanun, kalkınma ajansı personelinin maaş rejimini düzenlemekte olup, açık bir şekilde 6772 sayılı Kanun ile öngörülen ilave tediyeyi ortadan kaldırmamıştır.

6772 sayılı Kanunun 1. maddesinde kullanılan "ücret sistemleri ne olursa olsun" ve 5. maddesinde kullanılan "iş yerlerinde tatbik edilmekte olan muhtelif ücret sistemleri ve ücrete müessir sair unsurları" ifadeleri ile ikramiye ödemesinin belirli ve yeknesak esaslara bağlanacağına dair düzenlemelerden de 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında yer alan personelin ilave tediyeden yararlanacağı anlaşılmaktadır. Nitekim kalkınma ajanslarında, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamındaki personele ilave tediye ödemesi yapılıp yapılmayacağı şeklinde oluşan tereddüt, toplu iş sözleşmeleri, Yüksek Hakem Kurulu Kararları ve mahkeme kararları ile ortadan kaldırılmıştır.

Kalkınma ajanslarında, farklı personel rejimleri açısından uygulamada farklılıklar bulunmaktadır. Ancak 6772 sayılı Kanunda, ikramiye ödemesi açısından bir işyerinde uygulanmakta olan muhtelif ücret sistemlerinin önemli olmadığı, yeknesak bir uygulamanın olması gereği ifade edilmektedir.

Kalkınma ajanslarında yaşanmakta olan personel rejimi karmaşasının çözülmesi için 5449 sayılı Kanun ve Kalkınma Ajansları Personel Yönetmeliği yeniden düzenlenmelidir. Tabi olunan personel rejiminin belirlenmesinde ayrım tarihi olarak, 6495 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 02.08.2013 tarihinin esas alınması gerekmektedir. Kalkınma ajanslarında, 6772 sayılı Kanunun uygulanması anlamında herhangi bir tereddüt kalmamıştır. Ancak yapılacak düzenlemelerde kalkınma ajansı personelinin ilave tediyeden yararlanacağı açık bir şekilde belirtilmek sureti ile konunun, Sayıştay Raporlarında belirtildiği üzere eleştiri konusu olması da önlenmiş olacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akın, Levent: "İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, C.27, S.2, Mart 2013, s. 38-50.

Aktay, A. Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: İş Hukuku, Ankara 2013.

Akyigit, Ercan: İş Hukuku, İstanbul 2013. (**Akyiğit**, İş Hukuku)

Akyiğit, Ercan: İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi C.23, S.2-3 Kasım 2010-Şubat 2011, s. 70-94. (**Akyiğit**, İlave Tediye)

Bostancı, Yalçın: "6772 sayılı Kanun Uygulaması Kapsamında Kalkınma Ajansları Personelinin Durumunun Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl:2012, S.99, s. 7-21.

Çelik, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.

Demircioğlu, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2014.

Demircioğlu, Murat/**Centel**, Tankut: İş Hukuku, İstanbul 2016.

Efe, Ahmet: "Türk İdari Yapılanma Geleneğinde Sıra Dışı Bir Kamu Personel Rejimi: Kalkınma Ajansları Örneği", Sayıştay Dergisi, Sayı 100, Ocak Mart 2016, s. 61-68.

Erbaş, Muhammed Serdar: "Türkiye Genelinde Kalkınma Ajansları ile TR52 Bölgesi Mevlana Kalkınma Ajansının Faaliyetleri" Türk İdare Dergisi, Sayı 478, s. 65-108.

Eyrenci, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016.

Güven, Ercan/**Aydın**, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013.

Koçberber, Seyit: Kalkınma Ajansları ve Sayıştay Denetimi, Sayıştay Dergisi, S.61, s. 37-55.

Korkmaz, Fahrettin/**Alp**, Nihat Seyhun: İş Hukuku, Erzurum 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal: "Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkanı)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.12, Özel S., 2010, s. 625-629.

Özdemir, Cumhur Sinan: "Tazminat Niteliğindeki İşçi Alacaklarında Zamanaşımı", Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2014, s. 193-203.

Sertesen, Selçuk: "Kalkınma Ajanslarının Geleceğini Nasıl Bir Çerçevede Düşünmeliyiz?", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Yayını, Mayıs 2015, 1-6.

Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2017.

Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, Konya 2016.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2017. (**Süzek**, İş Hukuku)

Süzek, Sarper: "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.56, S.4, s. 212-215. (**Süzek**, İşçi Ücretleri)

Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016.

Tamer, Ahmet: Kalkınma Ajansları Mevzuatı, Ankara 2012. (**Tamer**, Mevzuat)

Tamer, Ahmet: Kalkınma Ajanslarının Türk Hukuk Sistemindeki Yeri, Ankara 2010. (**Tamer**, Kalkınma Ajansı)

Uşan, M. Fatih: "5510 Sayılı Kanun Karşısında İlave Tediyelerde Sosyal Sigorta Primi Kesilemeyeceğine İlişkin Kuralın Yürürlükte Olduğu Söylenebilir Mi?", MESS Sicil Dergisi, Mart 2010, s. 253-259.

TÜRKİYE'DE UYGULANAN KÜRTAJDA EŞİN RIZASINI ALMA ZORUNLULUĞU VE AMERİKAN YARGISINDAN BİR ÖRNEK: PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANİA V. CASEY KARARI

Arş. Gör. Tansu SAYAR [*] **/** ***Uzm. Dr. Yasemin KILIÇ ÖZTÜRK*** [**]

Öz

Türk Hukuk Sistemi gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar, başka bir sebep aranmaksızın, salt gebe kadının kürtaj yaptırma yönündeki talebi ile kürtaj yapılmasına izin vermektedir. Mevzuat uyarınca gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yapılabilmesi için, kadın evli ise eşinin rızasının da alınması şarttır. Günümüzde dünyadaki hukuk sistemleri arasında kürtajda eş rızası alınması şartını yalnızca birkaç hukuk sistemi aramaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı, kürtaj için eşin rızasını arayan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunduğu kararlara örnektir. Kararda, eşinden şiddet gördüğü için veya eşinin cinsel saldırısı sonucu gebe kaldığı için kürtaj yaptırmak isteyen kadınların, eşlerinin rızasını alma zorunluluğunu, şiddet görme korkusuyla yerine getiremediklerinden bahisle eş rızası şartının kadınların kürtaj haklarını kullanmalarına engel olduğu anlatılmaktadır. Ayrıca evli kadın ile evli olmayan kadın arasında günümüz evlilik anlayışına aykırı bir statü farkı oluşturması, eşin rızasını alma zorunluluğunun Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmesine gerekçe olarak verilmiştir. Hacettepe Üniversitesi tarafından hazırlanan 2015 tarihli Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması'na göre ülkemizde de eşlerinden veya birlikte oldukları erkeklerden şiddet gören kadın sayısı oldukça fazladır. Kürtajda eşin rızasını alma zorunluluğu, dünyadaki örneklerinin birkaç ülke haricinde ortadan kalkmış olması, şiddet gören kadınların kürtaj haklarını kul-

[*] İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (e-posta: sayar.tansu@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 14.06.2017-14.06.2017/Makale Kabul Tarihleri: 02.04.2018-02.04.2018)

[**] S.B.Ü. İzmir Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Aile Hekimliği Kliniği (e-posta: dryko38mail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 14.06.2017-14.06.2017/Makale Kabul Tarihleri: 02.04.2018-02.04.2018)

lanmalarına engel olması ve evli olmayan kadın ile evli kadın arasında eşitsizlik yaratması nedenleriyle günümüz koşullarına ve hukuka aykırıdır.

Anahtar Kelimeler

Kürtaj, Eşin Rızası, Nüfus Planlanması Hakkında Kanun, İnsan Hakları, Kadına Yönelik Şiddet

THE REGULATION OF SPOUSAL CONSENT IN ABORTION IN TURKEY AND AN EXAMPLE FROM AMERICAN JURISDICTION: CASE OF PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY

Abstract

Turkish Law System allows terminate pregnancy without searching for any other reason other than the pregnant woman's will, until the end of the tenth week of pregnancy. According to the regulations, in order to terminate her pregnancy, only because of her will, married woman must take her spouse's consent for abortion. Today, only a few law systems are looking for spousal consent to terminate pregnancy. Case of Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey of U.S. Supreme Court is an example of the decisions which has ruled to find the law about spousal consent unconstitutional. In the case, the law about mandatory spousal consent is found unconstitutional because of the facts that it prevents the women who are victims of physical violence and became pregnant as a result of her spouse's sexual assult to use the right of abortion and the law is not suitable for today's view of marriage since it causes inequalty between married and unmarried woman. According to the Research on Domestic Violence Directed to Women in Turkey of Hacettepe University, there are a lot of women who are victims of spousal violence also in Turkey. Necessity of taking spousal consent prevents the women who are victims of spousal violence to use their right to have an abortion. Necessity of spousal consent in abortion is outdated and against law because its examples in the World has wiped out except a few countries and it prevents women who are victims of spousal violence to have an abortion and it creates inequalty between married and unmarried women.

Keywords

Abortion, Spousal Consent, Family Planning Code, Human Rights, Violance Against Women

GİRİŞ

Türk Hukuk Sistemi'nde kürtaj konusu 24 Mayıs 1983 tarihli 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPK)[1] ve 18 Aralık 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (Tüzük)[2] ile düzenlenmektedir. Hukuk sistemimizde gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar başka bir sebep aranmaksızın, salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi ile kürtaj yapılması mümkündür. Öte yandan NPK madde 6/1-son cümle ve Tüzük madde 13/1-d uyarınca gebeliğin onuncu haftasına kadar salt kadının bu yöndeki talebi nedeniyle kürtaj yapılabilmesi için, kadın evli ise eşinin rızasının da alınması şarttır. Günümüzde dünyadaki hukuk sistemleri arasında kürtajda eş rızası alınması şartını yalnızca Türk, Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt dahil birkaç Hukuk Sistemi aramaktadır[3]. Bu çalışmada, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kürtajda eş rızasının alınması şartına ilişkin kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğuna karar veren Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı (Casey Kararı)[4] gerekçesi incelenerek eş rızası şartının kaldırılması konusu tartışılacaktır.

I. TÜRK HUKUKU'NDA KÜRTAJ

A. Kürtajın Tanımı

Türk Hukukunda kürtaj, kanunî düzenlemelerde ve öğretide farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde "gebeliğin sona erdirilmesi" ifadesi kullanılırken, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3. ve 9. maddeleri arasında "rahim tahliyesi" ifadesi kullanılmaktadır.

---

1 **Nüfus Planlaması Hakkında Kanun**, http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf, (Erişim Tarihi:19.07.2016).

2 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf, (Erişim Tarihi: 19.07.2016).

3 **The World's Abortion Laws 20**, http://worldabortionlaws.com/map/ (Erişim Tarihi: 19.07.2016). **Cook**, Rebecca/ **Dickens**, J./**Bernard**, M.: "International Developments in Abortion Laws: 1977-88", American Journal of Public Health, Kasım 1988, S. 78, No: 10, s. 1307.

4 **505 U.S. 833 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey:** (Nos. 91-744, 91-902), June 29, 1992, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833 (Erişim Tarihi: 19.07.2016).

Öte yandan, eylemin suç oluşturduğu durumlar için Türk Ceza Kanunu'nun 100. maddesinde "çocuk düşürme", 99. maddesinde "çocuk düşürtme" ifadeleri tercih edilmiştir. Hafızoğulları ve Özen'e göre, ceza hukukunda çocuk düşmesi, gebeliğin fizyolojik seyrinin istenerek kesintiye uğramasının sonucu olarak, cinsel ilişkiden meydana gelen ürünün, cenin denen varlığın ölmesidir[5]. Bir başka tanıma göre, gelişim sürecine devam eden ve yaşayan bir cenine yönelen ve onu, gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vererek bu sürecin dışına çıkarmaya çalışan her türlü müdahale, TCK madde 99 anlamında "çocuk düşürtmedir"[6].

Doktrinde ise gebeliğin sonlandırılması, "kürtaj, düşük veya abortus" terimleri ile de ifade edilmektedir[7]. Bunların yanı sıra, Çakmut "gebeliğe tıbben son verilmesi"[8], Yurtcan ise "gebeliğin durdurulması" ifadelerini kullanmaktadır[9].

Kürtaj, ana rahminde yerleşmiş bulunan ceninin tıbbi bir nedenle ya da gebenin isteği üzerine alınması veya çıkmasının sağlanması biçiminde tanımlanabilir[10]. Dölen, kürtaj teriminin halk arasında gebeliğin erken dönemde istemle sonlandırılması durumu için kullanıldığını belirtmektedir[11]. Aslında tıpta uygulanan bir yöntemin adı olan *kürtaj (küretaj)* terimi, vücut boşluğundaki sağlıksız ya da fazla dokuları *küret* adı verilen metallerle kazıyarak dışarı alma anlamına gelmektedir[12]. Kürtaj sadece gebeliğin sonlandırılması için kullanılmamakla birlikte, erken dönemdeki gebeliklerin

---

5 **Hafızoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Ocak 2015, s. 138.

6 **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s. 297.

7 **Uyumaz**, Alper/**Avcı**, Yasemin: "Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, S. 1, 2016, s. 18.

8 **Çakmut Yenerer**, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003, s. 131.

9 **Yurtcan**, Erdener: Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990, s. 19.

10 **Gökcan**, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014, s. 348.

11 **Dölen**, İsmail: "Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?", (Ed. Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan), Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-2 Kasım 2013, Ankara, ss. 35-40, s. 37.

12 **Altıparmak**, Saliha/**Çiçeklioğlu**, Meltem/**Yıldırım**, Gülay: "Abortus ve Etik", Cumhuriyet Tıp Dergisi, S. 31, 2009, ss. 84-90, s. 85.

sonlandırılması amacıyla sıklıkla kullanılan bir yöntemdir[13]. Bu çalışmada, sık kullanılırlığı ve dolayısıyla anlaşılır olması nedeniyle "kürtaj" terimi kullanılacaktır.

B. İlgili Mevzuat

NPK madde 5 ve Tüzük madde 3, 5 ve 7 uyarınca ülkemizde kürtaj; gebe kadının bu yöndeki talebi nedeniyle gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar, gebeliğin suç sonucu oluşması durumunda gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar, gebeliğin devamının annenin hayatını tehdit ettiği, edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde ve derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde her zaman yapılabilmektedir. Çalışmamıza konu olan eşin rızasının alınması zorunluluğu, NPK madde 5/1 ve Tüzük madde 3'te yer alan, gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar ve salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle yapılan kürtajda karşımıza çıkmaktadır.

NPK madde 6/son cümle uyarınca gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliyesi yapılabilmesi için, gebe kadın evli ise eşinin de rızası gerekir. Eşin rızasının alınması gereği Tüzük'te madde 13'ün d bendi uyarınca, "on haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadının, evliyse eşinden Tüzük ekinde örneği bulunan izin belgesinin alınması gerekir" şeklinde düzenlenmiştir. NPK madde 6'da "eşin rızası" kavramı kullanılırken Tüzük madde 13'ün "İzin Belgesi" başlığı ile düzenlenmesi ve madde metninde "izin belgesi" kavramının kullanılması dikkat çekicidir. Tüzük'teki bu terminoloji temel alındığında söz konusu zorunluluğun salt gebeliğin sonlandırılması kararının eşe bildirilmesinden ibaret olmadığı, ayrıca eşin gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesinin, buna izin vermesinin de gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Tüzük ekinde yer alan "Rahim Tahliyesi İçin İzin Belgesi" başlıklı belge metnindeki "…rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsam ve konusu, sterilizasyon yaptıracak kişiye, eşine ya da vasiye anlatıldı…", "…rahim tahliyesini kabul ettiğimizi… gebeliğe son verme işlemine rıza gösterdiğimizi beyan ederiz." ve "getirdiğim belgedeki imzanın eşime, vasime ait olduğunu ve bundan doğacak hukuki sorumluluğun bana ait bulunduğunu beyan ederim" ifadelerinden de evli kadının eşinin izni olmaksızın salt isteği üzerine kürtaj yaptıramayacağı anlaşılmaktadır.

---

13 **Uyumaz/Avcı**, s. 19; **Altıparmak/Çiçeklioğlu/Yıldırım**, s. 85.

"Sonraki kanun önceki kanunu ilga eder ilkesi" gereği NPK madde 6'nın 2004 tarihli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesi ile ilga edildiği düşünülebilir. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesi, eşin rızasının alınmamasını suç olarak düzenlememektedir[14]. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin NPK madde 6'yı ilga etmediği kanaatindeyiz. Zira kanunların ilgasındaki bir başka temel kural olan "önceki tarihli özel kanun, sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kalkmaz" kuralı buna engeldir[15]. Dahası, NPK madde 6 sadece cezai sorumluluk yüklememekte[16], hukuki sorumluluk ve disiplin sorumluluğu da yüklemektedir. Öyleyse NPK madde 6'nın ceza hukuku anlamında uygulanamaz olduğunu[17] ancak hukuk

---

14 *Çocuk düşürtme*

Madde 99- (1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

15 **Gözübüyük**, A. Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 67.

16 **Güven**, Kudret: "Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin Rızası Sorunu", https://jurix.com.tr/article/5372, (Erişim tarihi: 17.07.2017), s. 15.

17 Aynı yönde bakınız; **Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015, s. 869. İçten Keskin, Amerika ve Türkiye'de Kürtaj Politikaları ve Feminizm, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Temmuz 2014, (Erişim Tarihi: 01.09.2017), s. 58.

ve disiplin sorumlulukları bakımından yürürlüğünün devam ettiğini ve dolayısıyla maddenin mülga olmadığını kabul etmek daha uygundur. Öte yandan maddenin yürürlükte olması uygulamada tereddütlere neden olabileceğinden[18] bu maddenin yürürlükten kaldırılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir. Salt kadının talebi üzerine gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar yapılan kürtajın yasak olduğu zannıyla hekimler ve diğer sağlık çalışanları, kürtajı yapmaktan çekinebilmekte veya böyle bir kürtajı yaptıkları zaman hukuki sorumluluk oluşabileceği endişesiyle kürtajı yapmamak için danışanlarını, bunun yasak olduğu yönünde yanlış yönlendirebilmektedir. Öyle ki Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Merkezi'nin yaptığı araştırmaya göre; kadın doğum bölümü bulunan dört yüz otuz bir devlet hastanesinden sadece yüzde yedi virgül sekizi, elli sekiz eğitim ve araştırma hastanesinden ise sadece yüzde on yedi virgül üçü salt kadının rızasıyla kürtaj hizmeti vermektedir[19]. Seksen bir ilden elli üçünde salt kadının talebiyle kürtaj yapan devlet hastanesi veya eğitim ve araştırma hastanesi bulunmamaktadır[20]. Görüldüğü gibi NPK madde 6, kanun koyucunun kastettiğinin çok ötesinde sonuçlarla yürürlüğünü devam ettirmektedir. Bu yanlış anlaşılmaların yarattığı tereddüt ve yanlış bilgilendirmelerin önüne geçmek adına maddenin yürürlükten kaldırılması ciddi bir şekilde düşünülmelidir.

C. Kürtaj Sebepleri

Yurtcan'a göre kürtaj sebepleri, mevzuatta iki model olarak öngörülmektedir. Bunlar "süre modeli" ve "endikasyon modeli"dir. Bazı endikasyonlar olağan, bazıları olağanüstü niteliklere sahiptir. Olağan endikasyonlarda zamanında ve bir süreçten geçerek müdahale edebilme olanağı vardır ve bu nedenle bunlar olağan sayılabilir[21]. Olağanüstü endikasyonlarda ise gebe kadının hayatını ya da hayati organlarından birisini tehdit eden yakın bir tehlike nedeniyle derhal müdahale zorunluluğu, yani "aciliyet" söz konusudur[22]. Gökcan, kürtaj sebeplerini; isteğe bağlı kürtaj, zorunlu kürtaj

---

18 Aynı yönde bakınız, **Keskin**, s. 71.

19 **O'Neil**, Mary Lou/**Aldanmaz**, Bahar/ **Quirant Quiles**, Rosa Maria/**Kılınç**, Fatih Resul: Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye'deki Devlet Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri, Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, İstanbul, Ekim 2016, s. 2.

20 **O'Neil/Aldanmaz/Quiles Quirant/Kılınç**, s. 2.

21 **Yurtcan**, s. 53.

22 **Yurtcan**, s. 56.

ve acil durumlarda kürtaj olmak üzere üçe ayırmaktadır[23]. Hakeri de kürtaj sebeplerini "üç cezasızlık sebebi" olarak incelemiş ve "süre esaslı isteğe bağlı rahim tahliyesi", "çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet" ve "zorunluluk hali" olmak üzere üçe ayırmıştır[24]. Uyumaz ve Avcı da kürtaj sebeplerini "gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması"[25], "sorunlu gebelikler açısından gebeliğin sonlandırılması"[26] ve "cinsel saldırı nedeniyle gebeliklerin sonlandırılması"[27] olmak üzere üç başlık altında incelemiştir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde kürtaj sebepleri gebelik süresinin gözetildiği haller ve gebelik süresinin gözetilmediği, gebeliğin her aşamasında kürtaj yapılmasına izin verilen haller olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar "salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi" sebebiyle kürtaj yapılabilmektedir. "Gebeliğin devamının annenin hayatını tehdit ettiği veya etmesi" veya "doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması" ve "derhal müdahale edilmediği takdirde gebe kadının hayatını veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde" gebelik süresi gözetilmeden, gebeliğin her aşamasında, müdahalede bulunulabilmektedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3., 5. ve 7. maddelerinde de kanundaki kürtaj sebeplerine sadık kalındığı görülmektedir. Öte yandan Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin 6. fıkrasında, gebelik süresinin gözetildiği bir başka kürtaj sebebine daha yer verilmiştir. Buna göre, "kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması" bir kürtaj sebebi olup, gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar bu sebeple kürtaj yapmak mümkündür[28]. Öyleyse Türk hukukunda geçerli olan beş kürtaj sebebi bulunmaktadır. Bunlar, "salt gebe kadı-

---

23 **Gökcan**, s. 349.

24 **Hakeri**, s. 868. Aynı yönde bakınız; **Gencer**, Zafer Adem: Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 107.

25 **Uyumaz/Avcı**, s. 25.

26 **Uyumaz/Avcı**, s. 29.

27 **Uyumaz/Avcı**, s. 32.

28 Özalp bu kürtaj sebebini, "şartları belirlenmiş cezasızlık nedeni olarak özel bir zorunluluk hali" olarak tanımlamıştır, bakınız; **Özalp**, Tuba/**Özalp**, Faruk: Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 146. Yine Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, bu durumu cezasızlık nedenleri arasında incelemiştir, bakınız **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 303. Hakeri, aynı durumu zorunluluk hali kapsamında incelemiş olmakla birlikte "suç endikasyonu" olarak da adlandırılabileceğini belirtmiştir, bakınız; **Hakeri**, s. 876. Gencer ise "sürenin esas olduğu bir başka durum" olarak nitelemiştir, bakınız; **Gencer**, s. 109.

nın kürtaj yaptırmak yönündeki talebi", "gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması", "gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması", "gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit eden acil bir durumun bulunması" ve "gebeliğin suç sonucu oluşmasıdır". Bu beş sebepten "salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi" ile "gebeliğin suç sonucu oluşmasında" gebelik süresi önemlidir. "Salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi" ancak gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar bir kürtaj sebebi olarak uygulanabilirken, "gebeliğin suç sonucu oluşması" ancak gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar uygulanabilmektedir. "Gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması", "gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması" ve "gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit eden acil bir durumun bulunması", Yurtcan'ın "endikasyon modeli" olarak adlandırdığı durumlar olup[29], bunlar arasındaki fark, kürtajda izin konusu bakımından önemlidir.

D. Kürtajda İzin

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre; kürtaj yapılabilmesi için gebe kadının izni şarttır. Küçüklerde küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup reşit veya mümeyyiz olmayanlarda reşit kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesi gerekir[30]. Akıl maluliyeti nedeniyle şuuru yerinde olmayan gebe hakkında kendi rızası aranmaz[31].

Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre gebe kadın fiil bakımından mümeyyiz bir küçük veya vesayet altındaki kişi ise gebe kadının kürtaj için verdiği rıza gerekli olup, aynı zamanda yeterli de sayılmalıdır. Zira temyiz kudretine sahip bir gebe kadının küçük veya vesayet altında olması, onun şahsına sıkı sıkıya bağlı olan kürtaja rıza gösterme veya rıza göstermeme hakkını kullanmasına engel olmaz[32].

---

29 **Yurtcan**, s. 53.

30 **Gökcan**, s. 350; **Yurtcan**, s. 57, 58; **Çakmut**, s. 134; **Kırımlıoğlu**, Nurdan: "Aile Planlaması, Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye'deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar", Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, S. 6, 1998, ss. 24-32, s. 28.

31 **Gökcan**, s. 350; **Yurtcan**, s. 57, 58.

32 **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 300.

Veli veya sulh hakiminden izin almanın zamana ihtiyaç gösterdiği olaylarda izin aranmayacaktır[33]. Derhal müdahale edilmediği takdirde, hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde de izin aranmayacaktır[34]. Bu son haller Yurtcan'ın kürtaj sebeplerini gruplandırırken bahsettiği "olağanüstü endikasyon" halleridir[35].

Ayrıca gebe kadının evli olması halinde eşinin rızasını alınması gereği de söz konusudur. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine yapılan kürtajda, yani yukarıda "salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle" yapılan kürtajda, eşin de rızasının alınması gerekmektedir. Doktrinde eş rızasının sadece "salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi" nedeniyle yapılan kürtajda değil, "gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması" ve "gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması" nedenleriyle yapılan kürtajda da arandığını belirten görüşler bulunmaktadır. Örneğin, Uyumaz/Avcı'ya göre Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde öncelikle 5. maddedeki durumlardan bahsedildiği için kadının rızasıyla birlikte kocadan rıza alınması gereken durumlara sorunlu gebeliklerin sonlandırılması, yani "gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması" ve "gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması", durumları da dahildir[36]. Yine Yurtcan'a göre gebeliğin ilk on haftası içinde, başka bir nedene dayanmaksızın, salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebiyle yapılan kürtajda olduğu gibi, tıbbi nedenlerle ve olağanüstü durumlarda yapılan kürtajda da eşin rızasının alınması gerekmektedir[37]. Yurtcan, bu iki diğer durum için de eşin rızası alınmasının olayın şartları göz önüne alındığında mümkün olduğunu, çünkü durumun buna müsait olduğunu, dolayısıyla da yasa koyucunun bunları düşünerek bu düzenlemeyi yaptığını belirtmiştir[38]. Aynı şekilde Güven'e göre de kanunun lafzından, gebe kadının evli olması halinde, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5.

---

33 **Yurtcan**, s. 59.

34 Aynı yönde bkz; **Özalp/Özalp**, s. 145; **Gencer**, s. 109.

35 **Yurtcan**, s. 59.

36 **Uyumaz/Avcı**, s. 34.

37 **Yurtcan**, s. 58.

38 **Yurtcan**, s. 58.

maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, derhal müdahale edilmemesi halinde gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit edecek acil hallerde ve doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır sakatlığa sebep olacak hallerde, gebelik onuncu haftayı aşmışsa dahi kürtaj eşin iznine bağlı olduğu anlaşılmaktadır[39]. Güven, eşin rızasının alınmasının zaman alacağı, eşin yurt dışında olması veya gaip olması gibi durumlarda bile eşin rızasının alınmasının zorunlu tutulmasını eleştirmiştir[40]. Güven'e göre, veli veya sulh hakiminden iznin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği acil hallerde izin şartının sınırlandırılmasına rağmen eş rızasının alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlar için düzenleme yapılmaması tartışmaya açık ve olumsuz sonuçlar yaratma potansiyeline sahiptir[41].

Yurtcan ve Güven'in bu görüşlerine katılmıyoruz, çünkü fikrimizce kanunun lafzından eş rızası hükmünün yalnızca gebeliğin ilk on haftası içinde, kadının bu yöndeki talebi hariç başka hiçbir kürtaj sebebi öne sürülmeksizin kürtaj yapılacağı durumlarda aranacağı anlaşılmaktadır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun madde 6'nın 2. fıkrasında, 5. maddenin 1. fıkrasında belirtilen kişiler yani *"gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbı sakınca olmadığı takdirde istek üzerine"* rahmi tahliye edilecek kişiler evli iseler eşlerinin de rızasının gerektiği belirtilmiştir. 6. maddenin 1. fıkrasında tüm kürtaj sebepleri için alınması gereken izinler sayılmıştır. 6. maddenin 2. fıkrasında ise yalnızca 5. maddenin 1. fıkrası için, gebe kadın evli ise eşinin rızasının da alınacağı belirtilmiştir. Yani gebe kadın gebeliğinin onuncu haftasına kadar salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptıracaksa gebe kadının rızası, gebe kadın küçükse velisinin, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan bir kişiyse reşit olmayan gebe kadının ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izni gerekmektedir. Bunlara ek olarak gebe kadın evli ise, ayrıca eşinin rızası da gerekmektedir. Fikrimizce ilk fıkrada öncelikle tüm kürtaj sebepleri için gerekli izin sisteminin sayılmış olmasından, derhal müdahale gerektiren haller dışında tüm kürtaj hallerinde eş rızasının gerektiği gibi bir anlam çıkmamaktadır. Nasıl ki ilk fıkrada tüm kürtaj sebepleri için eş rızası dışındaki izin sistemi düzenlenmiş ve 3. fıkrada derhal müdahale gerektiren haller için özel bir durum getirilerek zaman gerektirmesi halinde veli veya sulh mahkemesinden izin alınmasının şart olmadığı belirtilmiştir; aynı şekilde 2. fıkrada da yalnızca "salt kadının kürtaj yaptırmak

---

39 **Güven**, s. 12.

40 **Güven**, s. 12, 13.

41 **Güven**, s. 12, 13.

yönündeki talebi" nedeniyle yapılan kürtaj için özel bir durum getirilerek bu durumda eşin de rızasının gerektiği düzenlenmiştir[42]. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon İşlemlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13. maddesinde de aynı şekilde eş rızası, on haftayı geçme-yen gebeliklerde kadının evli olması durumunda tamamlanması gereken bir şart olarak düzenlenmiştir[43].

---

42 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Gebeliğin sona erdirilmesi:

Madde 5 – Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir.

Gebeliğin sona erdirilmesinde izin:

Madde 6 – 5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir. (http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.5.2827&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=2827, Erişim Tarihi: 14.09.2017).

43 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon İşlemlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük

İzin belgesi:

Eş rızası hükmünün, savunduğumuz gibi, yalnızca "salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi" nedeniyle yapılan kürtaj için düzenlendiğinin kabulü halinde Güven'in acil hallerde eş rızasının alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlarda iznin alınmasına gerek olmadığı durum düzenlenmişken, "gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması" ve "gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması" sebepleriyle yapılacak kürtajda rızanın alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği hallerde izninin alınmasına gerek olmadığına ilişkin eleştirisi de cevap bulacaktır. "Gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması" ve "gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması" durumları için eş rızası zorunluluğu olmadığından eş rızasının alınmasının zaman gerektirdiği durumlar için düzenleme de yapılmamıştır. Acil hallerde ise eş rızası zorunluluğu öngörülmediği gibi, acil hallerin özelliği gereği derhal müdahalede bulunma zorunluluğu sebebiyle, alınması zaman gerektiren hiçbir izinin alınması zorunlu tutulmamıştır.

E. Türk Doktrininin Eş Rızası Konusuna Yaklaşımı

Türk doktrininde kürtaj konusu değişik açılardan sıklıkla işlenmiş olmakla birlikte kürtajda eş rızası konusu üzerinde durulmadığı görülmektedir. Son dönemde eş rızası alınmasına karşı olanlar tarafından konuya değinilmekle birlikte eş rızası alınmasını normal gören veya önemsemeyen yazarların eserlerinde bu konuya değinirken çoğunlukla herhangi bir yorum yapmadıkları tespit edilmiştir. Dolayısı ile eş rızasının alınması gerektiğini düşünen veya bunu normal gören yazarların ne sebeple eş rızası alınmasını destekledikleri veya bunu ne sebeple normal gördükleri konusunda çoğun-

---

Madde 13 – On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadın,

a) Reşitse kendisinden,

b) Küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden,

c) Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir),

d) Evliyse eşinden,

örneği Tüzük'e ekli izin belgesinin alınması gerekir.

Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır. (www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf, *Erişim Tarihi: 14.09.2017).*

lukla sadece tahmin yürütülmektedir. Keskin'e göre eş rızası gibi feministleri rahatsız edecek bir düzenlemenin feministlerce fazla gündeme getirilmemesinin sebebi, Türk toplumunun muhafazakar yapısı gereği böyle bir ifadenin ters tepki almasından korkulması olabilir[44].

Eş rızası alınmasını destekleyen yazarlara göre; eşler evlilik birliği içinde hayatın tüm olumsuzluklarına birlikte katlanmaktadır. Doğacak çocuk üzerinde her iki tarafın da hakları vardır. Bu nedenle kürtajda sadece kadının rızasının alınması doğru değildir, ayrıca eşinin de rızasının alınması gerekir[45]. Yine bu yazarlar, bazı özel durumların söz konusu olabileceğini ve özellikle bu durumlarda eş rızasının alınması gerektiğini savunmuşlardır. Altıparmak, Çiçeklioğlu/Yıldırım'a göre, örneğin gebeliğin kadının veya erkeğin bir engeli dolayısıyla kişinin çocuk sahibi olması için tek şans olması gibi özel bir durumda, özellikle erkeğin bir daha çocuk sahibi olma şansı yoksa, eşin kürtaj yapılmaması yönündeki isteğine olumlu yanıt verilmesi gerekir[46]. Hakeri'ye göre cenin anne ile bağlantılı olduğu müddetçe gebe kadın kürtajın yapılmasına rıza göstermiyorsa baba kürtajın yapılmasını isteyemez ancak babanın, gebe kadının kürtajın yapılmasını istemesi halinde, söz hakkı bulunabilir[47]. Uyumaz/Avcı'ya göre, evlilik birliği içindeki her önemli konu üzerinde eşlerin uyuşmazlığa düşmeleri durumunda olduğu gibi, kürtaj gibi önemli bir durumda da eşler anlaşmazlığa düşerse uyuşmazlığın çözüm mercii aile mahkemesi olacaktır ve böyle bir durumda hâkimin geniş bir takdir hakkı söz konusu olup hâkim somut olayın özelliklerini nazara alarak hakkaniyete uygun bir karar vermelidir[48]. Kırımlıoğlu'na göre kürtajda eş rızasını destekleyenler, oluşmakta olan bir ceninin de bir kişi olduğunu ve bu kişinin de yaşam hakkının göz önünde tutulması gerektiğini, baba imzasının, oluşmakta olan kişinin yaşam hakkının savunulması nedeniyle gerekli olduğunu ileri sürmektedir[49]. Yine bir görüşe göre, kadınlar üreme sağlığı alanında eşleriyle birlikte karar alıp, yaşamı düzenlemede istekli bir konuma getirilmeli, danışmanlar bu konuda destekleyici bir tutum

---

44 **Keskin**, s. 93.

45 **Özalp/Özalp**, s. 146.

46 **Altıparmak/Çiçeklioğlu/Yıldırım**, s. 87; **Çokar**, Muhtar: "İsteyerek Düşük Yapmak-Tıp Etiği ve Yasalar", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm (Erişim Tarihi: 05.09.2017). Aynı Yönde bakınız; **Uyumaz/Avcı**, s. 36.

47 **Hakeri**, s. 865.

48 **Uyumaz/Avcı**, s. 36.

49 **Kırımlıoğlu**, s. 29.

sergilemelidir[50]. Güven, eş rızasının varlığını savunan görüşün, eşin, cenin üzerinde baba sıfatıyla hakkı olduğunu savunan görüşten yola çıktığını ve ancak tutuculukla açıklanabileceğini belirtmektedir[51].

Doktrinde, kürtajda eş rızasının alınmasına karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır. Acıduman'a göre kürtajda eş rızasının alınması cinsiyetçi bakış açısının açık bir göstergesidir[52]. Bir başka görüşe göre, "*kanunî temsilcinin rızasının aranmasının nedeni kadının bir nedenle gerçekleştirdiği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak olmasıyken, ergin ve ayırt etme gücüne sahip kadının gebeliğinin sonlandırılmasında eşinin rızasının aranması, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının sınırlandırılması olarak değerlendirilmektedir*"[53]. Kürtajın bir kadın hakkı olduğu görüşü doktrinde savunulmaktadır[54]. Güven'e göre kürtaj, kişilik haklarına dahil, ürememe hakkının bir parçası olarak görülen mutlak haklardandır[55]. Yine Güven'e göre, "*kadın vücut bütünlüğü üzerindeki her türlü tıbbi müdahaleyi tek başına özgür iradesiyle yaptırabilirken, konu cinsellik olduğu zaman bunun eşinin rızasına bağlamak açıkça onun cinsel kimliği (sexual identity) üzerindeki hakkının ihlali anlamı taşır. Cinsel kimlik kişinin vücut bütünlüğünde saklı, ancak ondan ayrı bir değer olarak onu tamamlayan en önemli özelliklerinden biridir*"[56]. Kırımlıoğlu'na göre, "salt kadının bu yöndeki talebi" nedeniyle yapılan kürtaj için kadının eşinin onayının istenmesi, kadının kendi doğurganlığı ve üreme süreci üzerinde karar verme hakkını sınırlayan bir uygulama olarak değerlendirilebilir[57]. Ayrıca, ceninin kadının vücudunda tutunup büyüdüğü için onunla daha fazla bağlantılı olduğu düşüncesi kürtajın gebe kadının kararı ile yapılması gerektiği düşüncesini güçlendirmektedir[58]. Çokar'ın Erez'den aktardığı üzere, eş rızası

---

50 **Özçelik**, Fehmi: Gebelik ve Gebeliğin Sonlandırılması Kararına Kadın ve Erkeklerin Cinsiyet Farklılığı Açısından Bakışları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, Haziran 2010, Erişim Tarihi: 01.09.2017.

51 **Güven**, s. 14.

52 **Acıduman**, s. 24.

53 **Uyumaz/Avcı**, s. 36. Aynı yönde bakınız; **Kırımlıoğlu,** s. 29, 31.

54 **Güven**, s. 1.

55 **Güven**, s. 14.

56 **Güven**, s. 14.

57 **Kırımlıoğlu**, s. 29.

58 **Güven**, s. 14.

konusu literatürde de incelenmiş ve yasadan eşin onay bölümünün silinmesi önerilmiştir[59].

Bu konudaki ülkemizdeki uygulamaya, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Konvansiyonu İzleme Komitesi'nin Türkiye'nin yedinci periyodik raporuna verdiği Haziran 2016 tarihli nihai yorum raporunda da değinilerek eş rızası alınmasının ayrımcılık yasağına aykırı olduğu ve bu düzenlemenin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir[60].

Fikrimizce uygulama, ataerkil düşünce yapısıyla veya üretime katılması gerektiği düşünülenlerin üretime katılabilmeleri için mutlaka bir tabiyet ilişkisi içinde olmaları gerektiğini belirten görüşle açıklanabilir[61]. Her iki açıklama da uygulamanın mazur görülmesi gerektiğini değil, abes olduğunu göstermektedir.

II. KÜRTAJDA EŞ RIZASININ ALINMASINA İZİN VEREN BAZI DEVLETLERE AİT DÜZENLEMELER

Uluslararası hukukta kürtajda erdirilmesinde eş rızası alınması şartını yalnızca Türk, Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt Hukuk Sistemleri dahil

---

59 **Erez**, S.: "Kürtaj ile İlgili Etik Sorunlar", (Ed. A. Terzioğlu), Tıbbi Deontoloji ve Biyomedikal Etik'in Ana Hatları, s. 213-217, İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul 1998'den aktaran; **Çokar**, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

60 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Turkey, CEDAW/C/TUR/CO/7, 25.06.2016, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fTUR%2fCO%2f7&Lang=en, (Erişim Tarihi: 20.09.2017), s. 4,

61 Foucault'ya göre her ilişki aynı zamanda bir iktidar ilişkisi olarak açıklanabilir. "*Bedenin iktidar ve egemenlik ilişkileri tarafından kuşatılmasının nedeni, büyük ölçüde, üretim gücü olmasından kaynaklanmaktadır. Fakat buna karşılık, bedenin iş gücü olarak oluşması ancak onun bir tabiyet ilişkisi içine alınması ile mümkündür*." (**Foucault**, Michel: Hapishanenin Doğuşu Gözetim Altında Tutma ve Cezalandırma, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Temmuz 2015, s. 54) Fikrimizce Foucault'nun bu görüşü, kanun koyucunun evlilik içindeki kadın-erkek ilişkisini anlamak için de nüfus planlaması konusunda devlet-kadın ilişkisini anlamak için de faydalıdır. İnsan üretiminin kilit taşı olarak görülen kadın bedeni, evlilik ilişkisinde erkeğin, nüfus planlamasında ise devletin söz sahibi olduğu bir alan olarak düşünülmüş ve hukuki düzenlemeler bu anlayışla yapılmıştır. Kadının da bir birey olduğunun nihayet anlaşıldığı günümüz koşullarında böyle bir düşünce yapısıyla yapılan düzenlemelerin artık terk edilmesi gerekmektedir.

birkaç hukuk sistemi aramaktadır[62]. Bu ülkelerde kürtaj için eşin rızasının aranıyor oluşu ve dahası, maddenin uygulanmasına yönelik hiçbir istisnaya yer verilmemesi doktrinde eleştirilere sebep olmaktadır[63].

A. Güney Kore

Güney Kore'de kürtajda eş rızasının alınması şartı Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir[64]. Güney Kore Ceza Kanunu'nun 269 ve 270. maddeleri ile kürtaj yasaklanmıştır[65]. Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu'nda bulunan 14. maddenin, Ceza Kanunu'ndaki kürtaj düzenlemesinde belirtilen yaptırım gerektiren durumları sınırlandırır nitelikte olduğu belirtilmektedir[66]. İlgili maddede kürtaja izin verilen beş durum sayılmıştır:

> *"Bir doktor, gebe kadın ve eşinin rızasıyla istemli kürtajı ancak aşağıdaki durumlarda uygulayabilir: (1) Kadının veya eşinin Başkanlık Kararnamesi'nde bahsedilen öjenik veya genetik bir mental veya fiziksel bozukluk veya hastalığa sahip olması, (2) Kadının veya eşinin Bakanlık Kararnamesi'nde bahsedilen bulaşıcı bir hastalığının olması, (3) Kadının tecavüz veya tecavüz benzeri eylem sonucu gebe kalması, (4) Gebeliğin kan hısımları veya evlilik yoluyla hısım olup yasal olarak evlenmeleri mümkün bulunmayanlar arasındaki bir ilişkiden meydana gelmesi, ve (5) gebeliğin devamının gebe kadına sağlıkla ilgili veya tıbbi sebeplerle ciddi bir zarar verecek veya verebilecek olması."*

Görüldüğü gibi Güney Kore'de, kürtaja izin verilen her durumda, kürtaj yapılmadan önce, hem gebe kadının hem de eşinin rızasının alınması Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu ile şart koşulmuştur. Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu'nda yapılan düzenleme ayrıca Ceza Kanunu'nda tekrarlanmamıştır. Güney Kore'deki eş rızasına ilişkin düzenleme, bütün kürtaj sebepleri için eş rızası aranması bakımından Türkiye'deki düzenlemeden ayrılmakta, Ceza Kanunu'nda düzenlenmemek ve yaptırıma tabi tutulmamak anlamında ise Türkiye ile benzerlik göstermektedir.

---

62 The World's Abortion Laws 20, **Cook**/**Dickens**/**Bernard**, s. 1307.

63 **Cook**/**Dickens**/**Bernard**, s. 1307.

64 **Sung**, Woong Kyu: "Abortion in South Korea: The Law and the Reality". Int J Law Policy Family, (2012), S. 26 (3), ss. 278-305, https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality, s. 281-282 (Erişim Tarihi: 21.07.2017).

65 United Nations, s. 47.

66 **Sung**, s. 281-282

B. Tayvan

Tayvan'da kadının rızasının alınması şartıyla aşağıdaki altı durumda kürtaj yapılmasına izin verilmektedir.

> *(1) Kadında veya kocasında öjeniye ters etki yaratacak (…that may adversely affect eugenics) bir genetik, bulaşıcı veya mental hastalık bulunması, (2) kadının veya kocasının dördüncü dereceye kadar akrabalarında öjeniye ters etki yaratacak bir genetik hastalık olması, (3) Gebeliğin veya doğumun kadının hayatını riske sokuyor veya kadına tıbbi sebep olarak tanımlanacak fiziksel veya mental bir zarar verecek olması, (4) doğmamış bebeğin tıbbi sebep olarak tanımlanacak bir özür ile doğacak olması, (5) kadının tecavüz sonucu gebe kalmış olması veya kadın yaşça küçük olup zorlama olmaksızın ilişkiye girmiş ve gebeliğin böylelikle oluşmuş olması veya gebeliğin evlenme yasağı dahilindeki bir akraba ile girilen ilişki sonucu oluşmuş olması, (6) gebeliğin kadının fiziksel veya ruhsal sağlığını veya aile hayatını kötü yönde etkileyecek olması.*

Hung'un aktardığına göre, yukarıda sayılan altı halden biri söz konusu olup, kadın küçükse veya akli dengesi yerinde değilse kürtajın yapılabilmesi için anne-babasının veya vasisinin de rızasının alınması gerekir. Kanunun 6. paragrafına göre, kürtaj yaptırmak isteyen kadının eşinin veya bebeğinin vaftiz babasının (*sponsor*) rızasının da, eşi veya çocuğun vaftiz babası ölmemişse, kayıp değilse, bilinci yerinde ise veya akli dengesi yerindeyse alınması gerekir. Ayrıca kadının sağlığı ve hayatını kurtarmak amacıyla yapılmıyorsa kürtajın, gebeliğin yirmi dördüncü haftasına kadar gerçekleştirilmesi gerekir[67].

Görüldüğü gibi, Tayvan Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasında eş rızası Ceza Kanunu'yla düzenlenmiştir. Hung'a göre Tayvan'da kürtaj için eş rızası alınmasının sebebi, Tayvan toplumunun ataerkil yapıda olması ve Tayvan toplumunda aile ile ilgili önemli kararların alınmasında kocanın söz sahibi olmasıdır[68]. Dolayısı ile kanun koyucu, özel hayatın korunması konusunda bir menfaati gözetmekten ziyade aile huzurunu korumayı amaçla-

---

67 Hung, David Sho-Chao: "Abortion Rights in the United States and Taiwan", http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjicl/vol4/iss1/2/, 2004, (Erişim Tarihi: 22.08.2017), s. 17.

68 **Hung**, s. 18.

mıştır[69]. Hung bu hükmün ailede uyum sağladığını ancak erkeğin kararını kadının kararına üstün tutması ve erkeğe kadının vücudu üzerinde söz söyleme yetkisi vermesi nedeniyle problemli olduğunu belirtmektedir. Ayrıca kanunun, eşin baskıcı olması durumu için bir alternatif yol düzenlememesi de eleştirilmektedir[70]. Kadın haklarını destekleyen gruplar tarafından eş rızasına ilişkin hükmün kaldırılması için 2002 yılında meclise bir önerge verilmiş olmakla birlikte, henüz kanunda bir değişiklik yapılmadığı belirtilmektedir[71].

C. Kuveyt

Kuveyt Ceza Kanunu'nda değişiklik yapan 1981 tarih ve 25 sayılı kanunun 12. maddesinde dört ayı geçmeyen gebeliklerin sonlandırılabileceği iki durum olduğu belirtilmiştir. İlk durum, gebeliğin devamının sağlığa ciddi şekilde zarar verecek olması, ikinci durum ise fetüsün iyileşmesi beklenemez fiziksel veya mental bozuklukla doğacak olması halinde hem kadının hem de eşinin rıza göstermesidir[72]. Görüldüğü gibi kürtaja izin verilen iki istisnai durumdan yalnızca ikincisinde, fetüsün fiziksel veya mental bozuklukla doğacak olması durumunda eş rızası şart koşulmuştur. Birleşmiş Milletlerin Kürtaj Raporu'na göre bu istisnai haller dışında yapılan kürtaj, önceki kanunda yer alan yaptırımlara tabidir[73]. Dolayısı ile eşin rızası olmadan kadına kürtaj yapan kişi, on yıla kadar hapis ve 10.000 rupiye kadar para cezası ile cezalandırılacaktır[74]. Eşin rızası konusu 55/1984 Sayılı Bakanlık Kararnamesi'nde de düzenlenmiş, 1981 tarihli kanunun 12. maddesinde düzenlenen şekillerde gebeliğin sonlandırılması sırasında uyulması gereken kurallar arasında hastanın ve eşinin rızasının alınması şartı yine sayılmıştır[75]. Görüldüğü gibi Kuveyt hukukuna göre kürtaja izin verilen haller kısıtlı olup zaten kısıtlı olan bu hallerden birinin uygulaması, bir de eş rızası alınmakla

---

69 **Hung**, s. 18.

70 **Hung**, s. 22.

71 **Hung**, s. 20.

72 **Kuwait Penal Code 25/1981**, https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

73 **United Nations**, Abortion policies. Global review. United Nations New York, 2001, http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm, s. 91. (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

74 **Kuwait Penal Code 16/1960**, https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

75 **Kuwait Ministerial Decree 55/1984**, https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

daha da sınırlandırılmıştır. Eş rızası zorunluluğu hem Ceza Kanunu hem de Bakanlık Kararnamesi ile düzenlenmiştir.

Eşin rızasını alma zorunluluğunun az sayıda ülke tarafından tercih ediliyor oluşu bu uygulamanın günümüz koşullarına uygun olmadığını düşündürmektedir. Eşin rızasını alma zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler, yukarıda da açıklandığı gibi, doktrinde sıklıkla eleştirilmekle[76] birlikte ülkemizde yüksek yargıya taşınan bir uyuşmazlığa sebep olduğu örneğe rastlanmamıştır.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA EŞ RIZASI

Uluslararası hukukta eşin rızasının alınması konusunun uyuşmazlık sebebi olduğu ve yüksek yargıya taşındığı davalar bulunmaktadır. Bu davaların bir kısmında eşin rızasının alınmasına yönelik düzenleme olmaması uyuşmazlığa sebep olurken diğer kısmında eşin rızasının alınmasına yönelik düzenlemelerin hukuka aykırılığının tespiti istenmiştir. İç Hukukta eşin rızasının alınmasına yönelik düzenleme bulunmamasının uyuşmazlık sebebi olduğu davalara örnek olarak incelediğimiz AİHM'nin 13 Mayıs 1980 tarihli W.P. v. United Kingdom kararı ve 19 Mayıs 1992 tarihli R.H. v. Norway kararında eşinin veya partnerinin kürtaj yaptırmasına karşı çıkan baba adayının mahkemeye başvurduğu, yerel mahkemelerin kürtaja engel olmaması ve kadının kürtajı yaptırması nedeniyle uyuşmazlığın ilk olarak yüksek yargıya ardından da AİHM'ne taşındığı görülmektedir. Her iki kararda da başvuru sahipleri, yapılan kürtajın, fetüsün ölümüne sebep olduğu gerekçesiyle AİHS madde 2'de yer alan yaşam hakkına ve babaya kürtaj kararı konusunda söz hakkı tanıyacak hukuki düzenleme bulunmaması nedeniyle madde 8'de yer alan özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkına aykırılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Her iki davada da mahkeme, kürtajın yapılabilmesi için babanın rızasının alınması konusunda madde 8'in bu kadar geniş yorumlanamayacağı, kürtaj kararından ve gebeliğin devamından doğrudan etkilenen tarafın kadın olduğu ve bu nedenle kürtaj konusunda eşler hemfikir değilse kadının kararına göre hareket edilmesi gerektiği yönünde karar vermiş, baba adaylarının başvurularını reddetmiştir[77].

---

76 **Cook/Dickens/Bernard**, s. 1307.

77 **Case of W.P. v. United Kingdom**: European Court of Human Rights, Başvuru no: 8416/78, Tarih: 13 Mayıs 1980, http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22DECCOMMISSION%22],%22kpdate%22:[%221980-05-13T00:00:00.0Z%22,%221980-05-

IV. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANİA V. CASEY KARARI VE TÜRKİYE'DEKİ DURUMLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Kararın Özeti

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 505 U.S. 833 Sayı ve 29 Haziran 1992 tarihli Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey kararının konusu, 1982 tarihli Pennsylvania Kürtaj Kontrol Kanunun (Pennsylvania Abortion Control Act) beş hükmünün anayasaya aykırı olup olmadıklarının tespit edilmesidir. Söz konusu hükümler yürürlüğe girmeden önce yapılan bu başvuruda, başvuru sahipleri, beş kürtaj kliniği, davada kendini temsil eden bir hekim ve kürtaj hizmeti sağlayan bir grup hekimdir. Davaya konu beş hüküm; 3205 numaralı "kürtaj yaptıracak kadının, müdahaleden önce aydınlatılmış onamının alınması ve işlemden en az yirmi dört saat önce bilgilendirilmesini" düzenleyen, 3206 numaralı "küçüklerin kürtaj yaptırması için ebeveynlerinden en az birinin aydınlatılmış onamının da alınmasını zorunlu tutan ancak buna alternatif olarak yargı yoluyla izin alınmasını da" düzenleyen, 3209 numaralı "istisnai uygulamaların yapılmasını gerektiren durumlar hariç, evli kadının eşini kürtaj yaptıracağı konusunda bilgilendirdiğine ilişkin bir yazılı beyan vermesini" düzenleyen, 3203 numaralı "acil durumlarda önceki hükümlerin uygulanmasının aranmayacağını" düzenleyen ve 3207(b), 3214(a) ve 3214(f) numaralı "kürtaj hizmeti veren kuruluşların raporlama yapmasına ilişkin kesin kurallar koymayı" düzenleyen hükümlerdir. Yapılan yargılama sonucunda mahkeme, yalnızca 3209 numaralı "istisnai uygulamaların yapılmasını gerektiren durumlar hariç, evli kadının eşini kürtaj yaptıracağı konusunda bilgilendirdiğine ilişkin bir yazılı beyan vermesini" düzenleyen hükmün Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir. Bu çalışmanın konusu gereği, mahkeme kararının yalnızca 3209 numaralı "istisnai uygulamaların yapılmasını gerektiren durumlar hariç, evli kadının eşini kürtaj yaptıracağı konusunda bilgilendirdiğine ilişkin bir yazılı beyan vermesini" düzenleyen maddenin Anayasa'ya aykırılığını tespit eden kısmı incelenecektir.

13T00:00:00.0Z%22]}, (Erişim Tarihi: 03.08.2016). **Case of R.H. v. Norway**: European Court of Human Rights, Başvuru no: 17004/90, Tarih: 19 Mayıs 1992 tarihli R.H. v. Norway kararı,hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-1759&filename=001-1759.pdf, (Erişim Tarihi: 03.08.2016).

Kararın gerekçesindeki *"Eş rızası hükmü, gereksiz zorluk yarattığı için hukuka aykırıdır. Dikkate değer sayıda kadının bu hüküm nedeniyle kürtaj olmasının engellenmesi söz konusudur. Öyle ki Pennsylvania sanki kürtajı tamamen yasaklamış gibidir."* ifadeleri özellikle dikkat çekici olup fikrimizce karara konu durum ile Türkiye'deki durumun karşılaştırılabilirliğine işaret etmektedir. Bir sonraki bölümde, bu kararın anayasaya aykırılığının gerekçesi incelenecek ve Türkiye'deki durumla karşılaştırılacaktır.

B. Kararın Esasına Etki Eden Nedenler ile Türkiye'deki Durumun Karşılaştırılması

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Casey Kararı, eş rızasının alınması konusunda mevcut düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının tespiti talebiyle açılan davalara örnektir. Kararın gerekçesini oluşturan durumlar ülkemizdeki durumla benzerlik gösterdiğinden bu karar çalışmamızın konusu ile yakından ilgilidir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin Casey Kararı'na konu Pennsylvania Kürtaj Kanunu'nun 3209. bölümünde, acil durumlar haricinde hekimin, eşine kürtaj yaptıracağını bildirmeyen kadına kürtaj yapması yasaklanmıştır. Kadının eşini bilgilendirdiği yönünde uygun, imzalı bir belge olmaksızın kürtaj yapan hekimin lisansı iptal edilecek ve bu hekim kadının eşinin zararlarına karşı sorumlu olacaktır. İlgili bölüme göre, kadının imzalı bir belge ile kendisini hamile bırakanın eşi olmadığını belgelendirmesi veya eşine ulaşılamaması veya gebeliğin eşin cinsel saldırısı sonucu meydana geldiğine ilişkin şikâyette bulunduğunu bildirmesi veya eşini kürtaj yaptıracağı konusunda bilgilendirmesi halinde eşinin veya bir başka kişinin kendisine fiziksel zarar vereceğine inanması halinde kürtaj için eşini bilgilendirmesi şartı aranmaz[78].

İlgili kanuna bakıldığında NPK madde 6/2'de olduğu gibi salt kadının bu yöndeki talebi nedeniyle kürtaj yapılması halinde eşin rızası alınması şartı getirildiği görülmüştür. Ancak NPK'nın aksine söz konusu kanunda istisnai haller düzenlenerek acil durumlarda, çocuğun babasının gebe kadının eşi olmadığının kadın tarafından imzalanan bir belge ile belirtilmesi durumunda, kadının eşine ulaşılamaması halinde, gebeliğin eşin cinsel saldırısı sonucu meydana geldiğine ilişkin şikâyet olduğunun bildirilmesi halinde ve kadının eşini kürtaj yaptıracağı konusunda bilgilendirmesi nedeniyle fiziksel şiddete maruz kalacağı endişesi taşıması durumunda eşin rızasının aranmayacağı

---

78 Casey Kararı, s. 33.

belirtilmiştir. NPK'da acil durumlara ilişkin istisnaya yer verilmemesi anlaşılabilir bir durumdur, zira hukukumuzda gebeliğin devamının kadının hayatına veya sağlığına zarar vermesi durumu zaten başlı başına bir kürtaj sebebi olarak düzenlenmiş ve bu kürtaj sebebi süre, eşin rızası veya başka bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi Pennsylvania Kürtaj Kanunu'nda yer alan bu istisnai durumlara rağmen eşin izni şartı getiren söz konusu maddenin anayasaya aykırı olduğu tespit edilmiştir. Kararın gerekçesinde bölge mahkemesinin bu davaya ilişkin çok sayıda uzmandan bilirkişi raporu alındığı belirtilmiştir. Bu bilirkişi raporlarını özetleyen mahkeme, kadınların büyük bir çoğunluğunun gebeliği sona erdirmeden önce bu kararını eşi ile müzakere etmekte olduğunu ifade etmiştir. Kararın gerekçesinde iyi işleyen evliliklerde kürtaj gibi kararların eşler arasında görüşülerek alınmasının zaten söz konusu olduğu, ancak ülkede eşlerinin fiziksel ve psikolojik şiddeti karşısında mağdur olan milyonlarca kadının da bulunduğu vurgulanmıştır. Mahkeme, bu kadınların gebe kalmaları halinde kürtaj yaptırma kararlarını eşleriyle paylaşmamak için iyi sebepleri bulunduğunu belirtmiştir. Eşlerinin kürtaj kararlarını öğrenmeleri halinde fiziksel şiddete başvuracakları, doğacak çocuğa karşı çocuk istismarında bulunacakları, kadına karşı psikolojik istismarda bulunacakları, gelecekte fiziksel şiddete uğrayacaklarına ilişkin tehdit edilecekleri, eşleri tarafından eve kapatılacakları, finansal desteğin kesileceği, kürtajın aile ve arkadaşlara ifşa edileceğine ilişkin haklı korkulara kapılan kadınların kürtaj kararlarını eşlerine bildirmek istemedikleri ifade edilmiştir. Dahası mahkeme, istisnai sebeplerden gebeliğin eşin cinsel saldırısı sonucu oluşması durumunun, bu durumun saldırı tarihinden itibaren 90 gün içinde kamuya bildirilmesi şartı bulunduğundan ve bu durumdaki kadınların saldırıyı şikâyet etme konusunda hayli isteksiz olduğu anlaşıldığından uygulanabilir olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme bu nedenlerle eşin rızasının bulunması şartının çok sayıda kadının kürtaj yaptırması önünde bir engel teşkil ettiğini belirtmiştir[79].

Mahkeme birçok babanın eşlerinin gebeliği ve doğacak çocuklarının sağlıklı gelişimi konusunda derin bir ilgisi olduğunun farkında olunduğundan bahsetmiştir. Bu durum göz önüne alındığında birlikte büyütecekleri çocuk üstünde anne ve babanın menfaatlerinin eşit olduğunun düşünülebileceğini vurgulayan mahkeme; doğum öncesinde bu menfaat eşitliğinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, biyolojik ve fiziksel açıdan

---

79 Casey Kararı, s. 36.

kaçınılmaz bir şekilde, kadının özgürlüğünün gebelik sırasında babadan daha fazla kısıtlandığını belirtmiştir. Dolayısı ile düzenlemenin yalnızca aile hayatının gizliliğini ihlal etmekle değil, aynı zamanda kadının vücut dokunulmazlığını ihlal etmekle de kadının özgürlüğünü kısıtladığının kabulü gerektiği anlatılmıştır. Bu durumda kürtaj konusunda anne ve babanın menfaatleri çatıştığında, çocuğu karnında taşıyan kadın gebelikten doğrudan etkilenen taraf olduğundan kadının menfaatinin ağır basması ve bu durumun göz önüne alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kadın evlendiğinde Anayasal haklarının kısıtlanmasının günün evlilik anlayışı ile bağdaşmadığı vurgulanmıştır. Anayasa'nın bireylerin hepsini kadın veya erkek, evli veya bekâr olmalarına bakmaksızın koruduğunu belirten mahkeme, açıklanan nedenlerle söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir[80].

Mahkemenin gerekçesinde vurguladığı, kadınların kürtaj kararlarını eşlerine bildirmemelerine sebep olan haklı korkular maalesef ülkemizdeki kadınlar için de söz konusudur. Hacettepe Üniversitesi tarafından hazırlanan 2015 tarihli Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması'na (Rapor) göre ülke genelinde eşleri veya birlikte oldukları erkekler tarafından fiziksel şiddete maruz kaldığını belirten evlenmiş kadınların oranı yüzde otuz altıdır[81]. Raporda yine Türkiye genelinde evlenmiş kadınların yüzde on ikisinin yaşamının herhangi bir döneminde cinsel şiddete maruz kaldığı, yüzde otuz sekizinin ise hem fiziksel hem de cinsel şiddete uğradıkları belirtilmiştir[82]. Rapora göre, Casey Kararı'nda psikolojik istismar ve kürtaj kararının aile ve arkadaşlara söylenmesi korkusu şeklinde ortaya çıkan duygusal şiddet veya istismar da ülkemizde kadına yönelik şiddet biçimleri arasında en yaygın olanlardandır. Türkiye genelinde kadınların yaşamlarının herhangi bir döneminde maruz kaldıkları duygusal şiddet veya istismar yüzde kırk dört oranındadır[83]. Yine Casey Kararı'nda söz edilen ekonomik desteğin kesilmesi korkusu, raporda ekonomik şiddet/istismar olarak tanımlanmış olup, rapora göre kadının çalışmasına engel olma ya da işten ayrılmasına neden olma, ev harcamaları için para vermeme ile kadının gelirini elinden

---

80 Casey Kararı, s. 38.

81 **Yüksel-Kaptanoğlu**, İlknur/**Çavlin**, Alanur/**Ergöçmen Akadlı**, Banu ve diğerleri: Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Elma Teknik Basım Matbaacılık, Ankara 2015, s. 83.

82 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 83.

83 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri s. 92.

alma biçimlerinde açığa çıkmaktadır[84]. Rapora göre Türkiye genelinde bu davranışlardan en az birine yaşamın herhangi bir döneminde maruz kalan kadınların oranı yüzde otuz, rapor tarihi itibariyle son on iki ayda maruz kalan kadınların oranı ise yüzde on beştir[85].

Raporda, araştırmamızın konusuyla yakından ilgili olan gebelikte fiziksel şiddet konusu da yer almıştır. Rapora göre; Türkiye genelinde, en az bir kez gebe kalmış kadınların yüzde sekizi, gebelikleri sırasında eşlerinin veya birlikte oldukları erkeklerin fiziksel şiddetine maruz kaldıklarını belirtmişlerdir[86]. Raporda fiziksel şiddet mağduru kadınların yarısı için gebeliğin şiddetin azalmasını sağlamadığı tespit edilmiştir[87]. Buna göre; Türkiye genelinde her on kadından dördü için gebelik sırasında da maruz kaldığı şiddetin değişmediği, her on kadından birinde ise şiddetin arttığı görülmüştür[88]. Rapora göre şiddete maruz kalmış kadınların sadece yüzde dokuzu için gebelik sırasında şiddetin durması dikkat çekicidir[89]. Görüldüğü gibi Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Casey kararının gerekçesinde kadınların kürtaj kararlarını eşleri ile paylaşmak istememesine neden olduğu belirtilen durumlar ülkemizdeki kadınlar için de söz konusudur. Pennsylvania Kürtaj Kanunu'nun eşin rızasının alınmasına yönelik maddesini Anayasa'ya aykırı bulma gerekçelerinin kadına yönelik aile içi şiddet çeşitlerinin yüksek oranlarda görüldüğü ülkemizde de görülüyor olması ülkemizde de eşin rızası gerekliliğine ilişkin düzenlemelerin kaldırılması gerektiğini düşündürmektedir.

Yine Casey Kararı'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin de vurguladığı gibi, evlenen kadının statüsünün değiştiği düşünülerek haklarının kısıtlanması, günümüz evlilik anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Gebeliğinin ilk on haftası içindeki evli olmayan kadının salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptırması için kendi rızası yeterliyken evli kadının eşinin rızasını alma zorunluluğu bulunması anlamlı olmadığı gibi, Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

---

84 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 97.
85 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 97.
86 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 130.
87 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 132.
88 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 132.
89 **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 132.

SONUÇ

Sonuç olarak gebeliğin ilk on haftası içindeki evli kadının salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptırabilmesi için eşinin rızasının bulunması şartının günümüz şartlarına ve hukuka uygun olmadığı düşünülmektedir. Hukuk sisteminde hala eşin rızasının alınması yönünde düzenleme bulunan ülkelerin Türkiye Cumhuriyeti, Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt olması, bu yöndeki düzenlemelerin dünyada tercih edilir düzenlemeler olmadıklarını göstermektedir. Çalışmamızda incelenen Casey Kararı'nda Amerika Birleşik Devletleri'nde kadına şiddet oranlarının fazla olması ve şiddet gören kadınların kürtaj kararlarını eşlerine söylemek konusunda haklı korkuları bulunduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle Casey Kararı ile şiddet mağduru binlerce kadının kürtaj haklarını kullanmaları önünde engel olarak görülen eşin rızasının alınması yönündeki kürtaj kanunu maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilmiştir. Hacettepe Üniversitesi'nin 2015 tarihli raporunda ülkemizdeki kadına yönelik şiddet oranlarının oldukça yüksek olduğu görülmüştür. Ülkemizde de ABD'de olduğu gibi kadına şiddet oranlarının yüksek oluşu, eşin rızasının alınması yönündeki düzenlemenin ülkemizdeki mağdur kadınların kürtaj yaptırmaları önünde de engel oluşturduğunu göstermekte ve bu düzenlemelerin şiddet mağduru kadınların durumunu daha da kötüleştirmemek ve kürtaj haklarını kullanmalarına gereksiz engel oluşturmamak adına kaldırılması gerektiğini düşündürmüştür. Bunlara ek olarak evli kadın için öngörülen bu düzenlemenin, günümüz evlilik anlayışı ile bağdaşmayacak şekilde evli kadın ile evli olmayan kadın arasında statü farkı oluşturduğu ve bu durumun Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu görülmüştür. Tüm bu gerekçelerle gebeliğin ilk on haftası içindeki evli kadının salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptırabilmesi için eşinin rızasının alınması şartının günümüz koşullarına ve hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKLAR

Altıparmak, Saliha/**Çiçeklioğlu**, Meltem/**Yıldırım**, Gülay: "Abortus ve Etik", Cumhuriyet Tıp Dergisi, 2009, S. 31.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi: "505 U.S. 833 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. (Nos. 91-744, 91-902)", June 29, 1992, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833 (Erişim Tarihi: 19.11.2016).

Çakmut Yenerer, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003.

Çokar, Muhtar: "İsteyerek Düşük Yapmak-Tıp Etiği ve Yasalar", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm (Erişim Tarihi: 05.09.2017)

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Turkey, CEDAW/C/TUR/CO/7, 25.06.2016, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fTUR%2fCO%2f7&Lang=en, (Erişim Tarihi: 20.09.2017).

Cook, Rebecca/**Dickens**, J./**Bernard**, M.: "International Developments in Abortion Laws: 1977-88", American Journal of Public Health, Sayı 78, No: 10, Kasım 1988.

Dölen, İsmail: "Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?", (Ed. Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan), Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 1-2 Kasım 2013.

Erez, S.: "Kürtaj ile İlgili Etik Sorunlar", (Ed. A. Terzioğlu), Tıbbi Deontoloji ve Biyomedikal Etik'in Ana Hatları. s. 213-217, İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998'den aktaran; **Çokar**, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

European Court of Human Rights: "Case of R. H. v. Norway", Başvuru no: 17004/90, Karar Tarihi: 19 Mayıs 1992, hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-1759&filename=001-1759.pdf, (Erişim Tarihi: 03.11.2016).

European Court of Human Rights: "Case of W.P. v. United Kingdom", Başvuru no: 8416/78, Karar Tarihi: 13 Mayıs 1980, http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22DECCOMMISSION%22],%22kpdate%22:[%221980-05-13T00:00:00.0Z%22,%221980-05-13T00:00:00.0Z%22]}, (Erişim Tarihi: 03.08.2016).

Foucault, Michel; Hapishanenin Doğuşu Gözetim Altında Tutma ve Cezalandırma, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Temmuz 2015.

Gencer, Zafer Adem: Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014.

Gözübüyük, A. Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

Güven, Kudret. "Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin Rızası Sorunu", https://jurix.com.tr/article/5372, (Erişim Tarihi: 17.07.2017).

Hafızoğulları, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Ocak 2015.

Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.

Hung, David Sho-Chao: "Abortion Rights in the United States and Taiwan", http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjicl/vol4/iss1/2/, 2004, (Erişim Tarihi: 22.08.2017).

Keskin, İçten: Amerika ve Türkiye'de Kürtaj Politikaları ve Feminizm, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Temmuz 2014.

Kırımlıoğlu, Nurdan: "Aile Planlaması, Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye'deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar", Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, 1998, S. 6, s. 24-32.

Kuwait Ministerial Decree 55/1984: https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

Kuwait Penal Code 16/1960: https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

Kuwait Penal Code 25/1981: https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun: http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf, (Erişim Tarihi: 19.11.2016).

O'Neil, Mary Lou/**Aldanmaz**, Bahar/**Quirant Quiles**, Rosa Maria/**Kılınç**, Fatih Resul: Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye'deki Devlet Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri, Kadir Has Üniversitesi Toplumsal

Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, İstanbul, Ekim, 2016.

Özalp, Tuba/Özalp, Faruk: Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

Özçelik, Fehmi: Gebelik ve Gebeliğin Sonlandırılması Kararına Kadın ve Erkeklerin Cinsiyet Farklılığı Açısından Bakışları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, Haziran 2010.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin

Sung, Woong Kyu: "Abortion in South Korea: The Law and the Reality". Int J Law Policy Family, (2012), S. 26 (3), s. 278-305, https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality, (Erişim Tarihi: 21.07.2017).

The World's Abortion Laws 20: http://worldabortionlaws.com/map/, (Erişim Tarihi: 19.11.2016).

Tüzük: http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf, (Erişim Tarihi: 19.11.2016).

United Nations: Abortion policies. Global Review. United Nations New York, 2001, http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm, s. 91. (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

Uyumaz, Alper/**Avcı**, Yasemin: "Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, S. 1, 2016.

Yüksel-Kaptanoğlu, İlknur/**Çavlin**, Alanur/**Ergöçmen Akadlı**, Banu ve diğerleri: Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Elma Teknik Basım Matbaacılık, Ankara 2015.

Yurtcan, Erdener: Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990.

https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality

KARAR İNCELEMESİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN X - TÜRKİYE KARARI (Başvuru No: 24626/09) HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Simay DOĞMUŞ*

Öz

Günümüzde insanın sadece insan olmasından dolayı işkenceye uğramama hakkı gibi birtakım temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve bu temel hak ve özgürlükleri kullanmada herkesin eşit olduğu şüphesizdir. Modern çağın etkisiyle bu temel hak ve özgürlükler ile bu hakların eşit olarak kullanımını sağlayan ayrımcılık yasağı ilkesinin korunması bir ihtiyaç olarak gündeme gelmiş ve gerek uluslararası gerek ulusal alanda çeşitli koruma ve denetim mekanizmaları kurulmuştur. Her ne kadar bu mekanizmaların, temel hak ve özgürlükleri sıkı bir şekilde koruduğu düşünülse de ülkemizde ve dünyada temel hak ve özgürlüklerin ihlalleri ile birçok kez karşılaşmaktayız. Bu ihlallerin önlenmesi amacıyla Avrupa Konseyi nezdinde kurulan ve uluslararası denetim mekanizmalarından biri olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine verdiği X-Türkiye Kararı, çalışmamızda insanın en temel haklarından olan ve aynı zamanda jus cogens statüsüne sahip işkence yasağı ve ayrımcılık yasağı açısından incelenmiştir. Günümüzde insan haklarının son derece ön planda olmasına rağmen, 2012 yılında verilen bu karar ile ülkemizde en temel olan hak ve özgürlüklerin korunması konusunda dahi eksikliklerimizin olduğu bir kez daha vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

İşkence, ayrımcılık, işkence yasağı, ayrımcılık yasağı, insan onuru, hukuk devleti, AİHM, X-Türkiye

---

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: simay.dogmus@yasar.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 09.05.2017-09.05.2017/ Makale Kabul Tarihleri: 08.11.2017-24.05.2017)

A REVIEW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE OF X v. TURKEY (Application No: 24626/09)

Abstract

Nowadays, there is no doubt that all people have fundamental rights and freedoms, such as the right not to be tortured, only because they are human and everyone is equal to use these fundamental rights and freedoms. With the influence of the modern age, protection of these fundamental rights and freedoms and protection of the principle of non-discrimination which provides equal use of these rights became a necessity. Also with this influence, various protection and supervisory mechanisms were established both international and national areas. Even though it is considered that these mechanisms protect fundamental rights and freedoms tightly, we still come across many violations of these rights and freedoms in our country and in the world. In our study, X v. Turkey, which is the case of the European Court of Human Rights –established by the Council of Europe and one of the supervisory mechanism- is examined from the point of the prohibiton of torture and non-discrimination, which are the most important rights and have the jus cogens character. By the case in 2012, it is emphasized once again that we have deficiencies in providing of the most important fundamental rights and freedoms, despite the fact that they are at the forefront.

Keywords

Torture, discrimination, prohibiton of torture, non-discrimination, human dignity, state of law, ECHR, X v. Turkey

GİRİŞ

İnsanın sadece insan olmasından kaynaklanan birtakım temel hak ve özgürlükleri vardır. Bu temel hak ve özgürlüklerin en başında ise gerek İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme; kısa adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi[1] gerek de Anayasamız ile korunan işkenceye uğramama hakkı ile ayrımcılığa uğramama hakkı gelmektedir.

İşkence ve ayrımcılık, insanların toplum halinde yaşamaya başladığı ilk günden beri var olan ve tarihsel süreçte meşru sayılan uygulamalardır. İnsanda derin yaralar bırakan bu uygulamalardan işkence ile uluslararası alanda mücadele ilk kez İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde[2] işkencenin yasaklanması ile başlamıştır. Ayrımcılık ile mücadele ise uluslararası alanda ilk kez yine İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile yasaklanmışsa da, bu mücadele daha çok II. Dünya Savaşı sonrasında hız kazanmıştır. Bu kavramların uluslararası alanda önemi ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile gittikçe artmış ve her ne sebeple olursa olsun işkence de ayrımcılık da daha kesin bir dille yasaklanmıştır. Türk hukuku açısından da yeni olmayan bu kavramların koruması amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmış; Anayasa'da yer alan yasaklayıcı normların yanında, Türk Ceza Kanunu'nda işkence ve ayrımcılık birer suç olarak tanımlanmış ve birçok ulusal mevzuatta bu kavramlar ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Günümüzde, insanların bedensel veya ruhsal yönden iki cinsiyete sahip olması[3], hiçbir cinsiyeti kabul etmemesi gibi durumlarda işkenceye uğrama-

---

1 İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma, 04 Kasım 1950, Avrupa Konseyi Avrupa Andlaşmalar Serisi, No: 005, ("European Treaty Series no 005)

Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf; Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. 28 Ocak 1987 tarihinde de Sözleşme kapsamında bireysel başvuru hakkını tanıması kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisi ise 28 Ocak 1990 tarihinde kabul edilmiştir.

2 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Paris, 10 Aralık 1948, Sözleşme metni için bkz: http://www.un.org.tr/humanrights/vm/Insan_Haklari_Evrensel__Beyannamesi.pdf; Türkiye, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni 6 Nisan 1949 tarihli ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla benimsemiştir. Bu bildirge, 27 Mayıs 1949 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir.

3 *"... birkaç tek tük istisnanın dışında neredeyse tüm canlılık alemi, sadece iki kutup cinsiyete bölünmüştür: dişiler ve erkekler. Esasında bu da, cinselliğin daha iyi anlaşılması, evrimsel biyolojinin güçlenmesi, beynin anlaşılmaya başlanmasıyla birlikte tartış-*

ması gerektiği gibi; sadece bu nedene dayanılarak bir ayrımcılığa da tabi tutulmaması gerekmektedir. Bu gereklilik nedeniyle gündeme gelen olaylardan bir tanesi de, çalışmamızda ele aldığımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye aleyhine verilen X Kararı[4] olup, Mahkeme bu kararında kişinin sadece cinsel yöneliminden ötürü, onun insan olması nedeniyle sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerden işkenceye uğramama hakkı ile ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal edilemeyeceğinin altını çizmektedir.

2012 yılında verilen bu kararı seçmemizdeki amaç, kararın verilmesinden bu yana geçen süre zarfında, devletin eşcinsellere karşı ayrımcı ve hatta işkenceye varılabilecek nitelikte müdahalelerde bulunmaması gerektiğinin net bir şekilde ortaya koyulamamasıdır. Öyle ki, dünyanın hemen hemen her yerinde olduğu gibi, ülkemizde de eşcinseller, sadece eşcinsel olması nedeniyle aşağılanmakta; deyim yerindeyse insan yerine konulmamaktadır ve bu duruma tepki çekmek için yaptıkları eylem ve gösterilere bile müdahale edilmektedir. Kararın, eşcinsellerin de hukuksal anlamda bizlerden farklı olmadığı ve onların da temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada bizlerle eşit olduğunun hatırlatılarak incelenmesi, hiç değilse bile,

---

malı hale gelmiştir. Konuyla ilgili birçok bilim insanı, canlılarda ikiden fazla cinsiyet olduğunu savunmaktadır. Sadece dışa vurulan cinsel karakterlerin en genel kalıplarının "erkek" ve "dişi" olarak toplandığı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla cinsiyetleri sadece üreme organına bakarak belirlemek doğru bir yaklaşım olmayabilir. Yani erkeklik ile dişilik sadece birer kutuptur/kalıptır; ancak bu iki cinsiyet arasında birçok farklı cinsiyet kombinasyonu bulunuyor olabilir (cinsel organ bakımından sadece erkekler ve dişiler bulunsa da)"- detaylı bilgi için bkz: http://evrimagaci.org/article/tr/canlilarda-neden-sadece-iki-cinsiyet-bulunur; "*İnsanlar, hukuken kadın veya erkek olarak ikiye ayrılır. Toplumda farklı yaklaşımlar olsa da hukuk, bedensel ya da ruhsal iki cinsiyete birden sahip olanları da hiçbir cinsiyeti kabul etmeyenleri de kadın ya da erkek olarak sınıflamaktadır."* **Cumalıoğlu**, Emre: "*Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı Mıdır* ?", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan-I. Cilt, Cilt:15, Sayı:2 Seçkin Yayınları, Ankara-2016, s. 440. Ayrıca 1982 Anayasası'nın kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrasında eşitlik ilkesi cinsiyet açısından kadın ve erkek olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun evliliği düzenleyen 124. ve devamı maddelerinde de cinsiyet açısından değerlendirme yapılmış; kadın veya erkeğin evlenme ehliyeti, koşulları ve evlilik sonrasındaki durumları düzenlenmiştir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 41. maddesinde ise nüfus ve uluslararası aile cüzdanlarının düzenlenmesi ile ilgili olarak "*kadın ve erkek nüfus cüzdanlarının her biri*" hükmüne yer verilmiştir.

4 X-Türkiye, B.N:24626/09, 09 Ekim 2012, kararın Türkçe çevirisi için bkz: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120280 (E.T:13.11.2017).

eşcinsellere temel hak ve özgürlüklerini talep etmesinde destek olacağı kanaatindeyiz.

I. OLAYIN ÖZETİ

Hakkında Daire Başkanı tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) İçtüzüğü[5]'nün ilgili maddeleri gereğince kimliğinin açıklanmamasına karar verilen başvuran, 1989 doğumlu olup İzmir'de ikamet etmektedir. Eşcinsel olan başvuranın, hapis cezası karar tarihinde Eskişehir Cezaevi'nde infaz edilmektedir.

Başvuran hakkında, 2009 yılında resmi evrakta sahtecilik, dolandırıcılık, kredi kartı suiistimali ve resmi evrak tanziminde yanlış bildirimde bulunmak gibi çeşitli suçlarla ilgili olarak Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi'nde kamu davaları açılmıştır. Başvuran, hakkında açılan bu davalar sonucunda verilen kararlara itiraz etmiştir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde yapılan yargılama sırasında da bu kapsamda Yargıtay incelemesi devam etmektedir.

Başvuran, 24 Ekim 2008 tarihinde, kamu davasına konu olan bu suçları işlediğini İzmir Çiğli Karakolu'na giderek itiraf etmiş,ardından ilgili sulh ceza hâkiminin verdiği karar doğrultusunda tutuklanarak İzmir Buca Cezaevi'nde heteroseksüel mahkûmların bulunduğu karma bir koğuşa konulmuştur.

Başvuranın avukatı, 5 Şubat 2009 tarihinde cezaevi yönetiminden, müvekkilinin diğer mahkûmlar tarafından rahatsız ve taciz edildiği gerekçesiyle, eşcinsel mahkûmların bulunduğu başka bir koğuşa nakledilmesini talep etmiştir. Aynı gün düzenlenen ve başvuran ile iki gardiyan tarafından imzalanan ifade tutanağında da aynı gerekçenin altı çizilmiştir. Bu talep doğrultusunda, cezaevi yönetimi, başvuranı tek kişilik bir hücreye yerleştirmeye karar vermiştir.

Başvuran, yerleştirildiği tek kişilik hücrenin yedi metre kare, yaşam alanının ise bunun yarısı kadar olduğunu; ayrıca hücrede lavabo ve yeterli

---

5 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, Strasbourg, 14 Kasım 2016, İçtüzüğün Türkçe metni için bkz: http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_TUR.pdf (E.T:13.11.2017)

İçtüzüğün "Bireysel Başvuruların İçeriği" başlıklı m.47/4'e göre "*Kimliklerinin kamuya açıklanmasını istemeyen başvuranlar, bu hususu belirterek, Mahkeme önündeki yargılamalar hakkında kamunun bilgi edinmesini öngören normal kuraldan ayrılmayı haklı kılabilecek gerekçeleri gösteren bir beyanda bulunur. Mahkeme, başvuranın kimliğinin gizli tutulması talebini kabul edebilir veya bu yönde resen karar verebilir*"

ışıklandırmanın olmadığını ve son olarak, hücrenin kirli olduğunu ve bu nedenle de farelerin bulunduğunu; özetle yaşamaya elverişli olmadığını dile getirse de, bu iddiaları Türk Hükümeti tarafından reddedilmiştir. Başvuran keza, aynı koşullara sahip hücrelerden daha on tane bulunduğunu ve bu hücrelerin tecrit cezası verilmiş veya pedofili ya da tecavüzle suçlanan tutuklar için kullanıldığını da ifade etmiştir. Ayrıca, başvuranın 5 Şubat 2009 tarihinde tek kişilik hücreye yerleştirilmesini takiben, açık havaya çıkması ve cezaevi içerisindeki her türlü sosyal aktiviteye katılması engellenmiş; sadece avukatıyla görüşmesi veya hemen her ay düzenli görülen duruşmalarına katılması için çıkmasına izin verilmiştir. Hükümet ise, başvuranın yalnızca cezaevine başka bir eşcinsel tutuklu gelinceye kadar tek başına kaldığını ifade etmiştir.

Başvuran, 20 Nisan 2009 tarihinde tutukluluk halinin devamına itiraz etmiş, ancak İzmir 6. Ağır Ceza Mahkemesi bu itiraz reddetmiştir. Ayrıca, başvuran, 21 Nisan 2009 tarihinde, İzmir Cumhuriyet Savcılığı'na, kendisinin travesti veya transseksüel değil eşcinsel olduğu gerekçesiyle, hakkında alınmış bütün bu kararların kaldırılmasına yönelik bir talepte bulunmuştur. Başvurana göre, eşcinsel olması nedeniyle, diğer tutuklularla iletişimi kesilmiş ve sosyal aktivitelere katılması engellenerek tek kişilik hücrede tutulmuştur. Ayrıca, başvuranın iddiasına göre, söz konusu koşullarda yaklaşık üç aydan beri tutulması kendisinde psikolojik sorunlara neden olmuştur. Başvuran diğer tutuklularla eşit muameleye tabi tutulmadığının altını çizerek, Türk ceza infaz sisteminde sadece ağırlaştırılmış ömür boyu müebbet hapis cezasına mahkûm olanların benzer koşullarda tutulduğunu belirtmiştir.

Daha sonrasında ise başvuran, 7 Mayıs 2009 tarihinde, avukatı aracılığıyla, ilgili İzmir Ceza İnfaz Hâkimliği'ne başvurmuştur. Başvuruda, haksız olarak üç aydan fazla bir süre boyunca açık havaya çıkamaması ve avukatından başka kimseyle görüşememesi konusunda şikâyetçi olmuş ve tecrit haline son verilerek, durumun olağan tutukluluk koşullarına dönmesini talep etmiştir. Başvuran bu bağlamda, vücut bütünlüğünü korumaya yönelik tedbirler aracılığıyla açık havaya çıkma ve diğer tutuklularla birlikte sosyal aktivitelere katılma; diğer bir deyişle diğer tutuklularla eşit muameleye tabi tutulmak istemiş; aksi uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) başta 14. maddesi olmak üzere, 3., 5., 6. ve 8. maddelerini de ihlal edeceğini talebine eklemiştir. İnfaz hâkimi, 25 Mayıs 2009 tarihinde, ilgilinin talebini dosya üzerinden bir değerlendirme yaparak reddetmiştir.

Başvuran, 29 Mayıs 2009 tarihinde, ilgili infaz hâkiminin kararına itiraz etmiştir. Başvuran dilekçesinde, cinsel yöneliminden dolayı vücut bütünlü-

günün tehlikede olduğu gerekçesine rağmen, tecrit uygulamasının gerek kendi yaşı, gerekse de psikolojik sağlığı açısından tamamen uygunsuz bir tedbir olduğunu ifade ederek, vücut bütünlüğünü korumaya yönelik başka tedbirler ile diğer tutuklularla eşit koşullarda açık havaya çıkma ve diğer tutuklularla sosyal aktivitelere katılma imkânlarından yararlanmayı talep etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, 4 Haziran 2009 tarihinde, infaz hâkiminin kararının yasaya uygun olduğunu değerlendirmekle yetinerek, başvuranın talebini reddetmiştir.

Başvurana karşı açılan bir diğer davanın, 12 Haziran 2009 tarihli duruşmasında, İzmir Ağır Ceza Mahkemesi, ilgilinin tutukluluk koşullarına ilişkin şikâyetleri konusunda gerekli tüm tedbirlerin alınmasına karar vermesi neticesinde, İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı 8 Temmuz 2009 tarihinde başvuranı tedavi amacıyla Manisa Psikiyatri Hastanesi'ne sevk etmiştir. Başvuran, bir aydan fazla bir süre burada müşahede altında tutulmuş ve 12 Ağustos 2009 tarihinde, üç psikiyatr tarafından hakkında bir rapor düzenlenmiştir. Düzenlenen raporda, başvuranın eşcinsel kimlik bozukluğuna sahip olduğu tespit edilmekle birlikte, söz konusu koşullarda tutuklu kalmasına bağlı olarak başvurucuda birtakım psikiyatrik bozuklukların da geliştiği belirtilmiştir.

Başvuranın bulunduğu hücreye her ne kadar 8 Ağustos 2009 tarihinde başka bir eşcinsel tutuklu konulsa da, cezaevi yönetimi tarafından üç ay sonra iki tutuklunun ayrılmasına karar verilmiş ve başvuran tekrardan hiç kimse ile iletişim kuramaz hale gelmiştir.

En nihayetinde, başvuran, 26 Şubat 2010 tarihinde Eskişehir Cezaevi'ne nakledilmiş üç hükümlünün bulunduğu olağan tutukluluk koşullarına uygun, standart bir koğuşa konulmuştur. Fakat başvuranın avukatına göre, başvuranın Buca Cezaevi'nde on üç ay boyunca maruz kaldığı tecrit nedeniyle çektiği psikolojik acı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru tarihinde halen devam etmekte; dolayısıyla başvuranın tutulma koşullarının düzelmesine rağmen sakinleşebilmesi için antidepresan ve başka birçok ilaç kullanması gerekmektedir.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İncelenmesi Gereken Hukuki Mesele

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu X Kararı'nda, başvuranın eşcinsel olması nedeniyle maruz kaldığı farklı muamelelerin ayrımcılık yasağı ilkesini; kendisinin yaşamaya elverişli koğuşta tutulmaması, açık havaya

çıkarılmaması, hiçbir sosyal aktiviteye katılamaması ile bu konudaki tüm taleplerinin transseksüel olduğu iddiası nedeniyle reddedilmesinin ise işkence yasağı ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Kanaatimizce de, bu karar incelenirken çözüme kavuşturulması gereken hukuki mesele ikiye ayrılarak incelenebilir. Öncelikle başvuranın eşcinsel olması sebebiyle maruz kaldığı tecrit hapsi, açık havaya çıkarılmaması ve sosyal aktivitelere katılmasının engellenmesinin, başvuranın vücut bütünlüğünün korunması karşısında ne denli oranlı olduğu ve meşru kabul edilebileceği belirlenmelidir. Bu anlamda, başvuranın vücut bütünlüğünün korunması; daha açık bir deyiş ile cinsel saldırıya uğramaması için maruz kaldığı bu tedbirler, kişide yarattığı psikolojik acı ile birlikte meşru müdahale, oranlılık/adil denge kavramları değerlendirildiğinde işkence yasağı ilkesi ilkesinin ihlal edip edilmediği çözümlenmelidir.

İkinci olarak ise, olayın ayrımcılık yasağı açısından değerlendirilmesi ve başvuranın bu tedbirlere maruz kalmasındaki asıl amacın sadece eşcinsel olması olup olmadığının belirlenmesi; diğer bir ifade ile başvuranın yalnızca eşcinsel olması sebebiyle diğer tutuklulardan farklı muamelelere tabi tutulup tutulmadığının saptanması gereklidir. Ayıca, başvuranın, farklı muamelelere son verilmesi yönünde taleplerinin de transseksüel olarak yaftalanarak reddedilmesi durumu da ayrımcılık yasağı açısından değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

B. Konuyla İlgili Mevzuat

Günümüzde çok derin bir anlam kazanmış ve insanlığın ortak değerini oluşturan ögelerden en önemlisi olan insan hakları, insanın en üstün değer kabul edilmesinden kaynaklanan ve bütün insanların eşitlik ilkesi çerçevesinde sahip olması gereken hakları içeren bir kavram anlamına gelmektedir[6]. İnsan haklarını sağlamak ve korunması için güvence vermek ise bütün uygar demokratik rejimlerin temeli olan hukuk devleti ilkesinin ana unsurlarından biridir. Bu nedenle insan hakları gerek uluslararası sözleşmelerle gerek

---

[6] **Sabuncu**, Yavuz: Anayasa Giriş, 16. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2014, s. 42-43; **Kapani**, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 14; **Soysal**, Mümtaz: Anayasaya Giriş, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s. 181; **Tanör**, Bülent: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul-1994, s. 14, (Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu); **Gören**, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, 2. Baskı, Cumhuriyet Matbaası, İzmir 1993, s. 9.

ulusal mevzuatlarda ayrıntılı olarak incelenmiş ve güvence için çeşitli tedbirler alınmıştır.

1. Uluslararası Sözleşmeler

İnsan haklarının evrensel olarak kabul edilmesi sonucunda, bu hak ve özgürlüklerin uluslararası alanda da geliştirilmesi ve güvence altına alınması amacıyla birçok uluslararası kuruluş kurulmuştur. Söz konusu amaçların gerçekleştirilmesi doğrultusunda bu kuruluşlar bünyesinde birçok uluslararası sözleşme hazırlanarak yürürlüğe konulmuş ve aynı zamanda bu kuruluşlar bünyesinde bazı denetim mekanizmaları oluşturulmuştur[7].

Uluslararası antlaşmaların, Türk iç hukukundaki önemi 1961 tarihli Anayasa'mızın yürürlüğe girmesiyle giderek artmıştır. Bu noktada 1961 tarihli Anayasa'da kabul edilen ve 1982 tarihli Anayasa'da da geçerliliğini koruyan kurala göre, "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş*" uluslararası antlaşmaların "*kanun hükmünde*" sayılması gerekir. Ayrıca bu önem, "*bunlar hakkında Anayasa aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz*" kuralıyla da desteklenmiştir[8].

Bu bağlamda, Türkiye'nin hem Birleşmiş Milletler Teşkilatı, hem Avrupa Konseyi üyesi olması nedeniyle insan hakları alanında da birtakım sorumlulukları olduğu ve bu nedenle adı geçen kuruluşlarca hazırlanan birçok uluslararası sözleşmeye taraf olduğu açıktır. Türkiye aynı zamanda, taraf devletlerce sözleşmelerden; bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanan sorumlulukların gereğinin yapılıp yapılmadığının izlenmesi amacıyla kurulan denetim mekanizmalarına tabi olmayı da kabul etmiş ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri 1982 Anayasa'nın 90. maddesi gereği ulusal mevzuatının bir parçası haline getirmiştir[9].

---

7 **Kapani**, s. 60; **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, 3. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2015, s. 685-686,687; ayrıca bkz: T.C. Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü'nün 25.06.1999 tarihli, B.02.0.PPG.0.12-320-08689 sayılı İnsan Haklarına Saygı konulu 1999/39 Nolu Genelgesi, http://www.basbakanlik.gov.tr/genelge_pdf/1999/1999-0320-08689.pdf (E.T:21.02.2017).

8 **Aybay**, Rona: "*Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukuku'ndaki Yeri*", TBB Dergisi, Sayı:70, Yıl:2007, s. 9.

9 T.C. Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü'nün 03.12.1997 tarihli, B.02.0.PRG.0.12-383-27961 sayılı İnsan Haklarına Saygı, İşkence ve Kötü Muamelenin Önlenmesine Dair 1997/73 Nolu Genelgesi, http://www.atk.gov.tr/insanHaklarinaSayg%C4%B1IskenceveKotuMuameleninOnlenmesineDairGenelge.html (E.T:21.02.2017); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ilgili açıklamalar için ayrıca bkz: **Gören**, s. 23-24.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*"

Bu hükmün birinci cümlesinden, uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukunda kanun gücünde olduğu hemen anlaşılmaktadır. Ancak, bu durum aynı hükmün ikinci cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde, öğretide uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki otoritesinin bulunması açısından çeşitli tartışmalar[10] yaratmıştır.

Öğretide çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar dışında, Türk iç hukukunda uluslararası hukuk kuralları ve özellikle antlaşmalar yasalardan üstün bir konumda değildir[11]. Bu kuralın istisnasını ise sadece insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ve Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddeler çerçevesindeki uluslararası hukuk kuralları oluşturur[12]. Bu madde düzenlemelerinin kapsadığı veya temel hak ve özgürlüklere ilişkin mevcut bulunan veya yapılacak olan uluslararası antlaşmalar, bir anayasal hüküm değeri kazanmakta ve kanunların üzerinde bulunmaktadır[13]. Fakat uluslararası antlaşmaların kanunlara üstünlüğünden bahsedebilmek için, kanunla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermesi gerekir; diğer bir deyişle bir çatışma durumunun söz konusu olması gerekir[14].

---

10 Tartışmalar için bkz: **Eren**, Abdurrahman: "*1982 Anayasasının 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi*", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:VIII, Sayı:3-4, Yıl:2004 s. 4 vd.

11 **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 55; aksi görüş için bkz., **Gören**, s. 21.

12 **Acer**, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 39.

13 **Bozkurt**, Emre/**Kütükçü**, M. Akif/**Poyraz**, Yasin: Devletler Hukuku, 8. Baskı, Yetki Yayınları, Ankara 2015, s. 48; **Pazarcı**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 10. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2011, s. 28; Aksi görüş için: **Aybay**, s. 6-8.

14 "*Milli yasa ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların aynı konudaki farklı düzenlemeleri nedeniyle ortaya çıkan çatışmada yargı ve idare, uluslararası antlaşma hükümlerini kendiliklerinden uygulamalıdırlar. Eğer milli yasa ile çatışan uluslararası antlaşma anayasa ile uyum halinde ise, anayasa hükmü dikkate*

Çatışma olmayan konularda uluslararası antlaşmaların kanunlara genel bir üstünlüğünden bahsedebilmek mümkün değildir[15]. Ayrıca Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen "*insan haklarına saygı*''nın sadece iç hukuktaki kuralları değil, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerini de kapsadığı unutulmamalıdır[16].

Uluslararası sözleşmelerde yeri oldukça geniş olan işkence yasağına[17] ilişkin Türkiye, Birleşmiş Milletler kapsamında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi[18], İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi[19]'ne; Avrupa Konseyi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü

---

alınarak anayasa yargısı yolu işletilmelidir. Milli yasa ile uluslararası antlaşmanın çatıştığı alanda anayasada açık düzenleme yoksa, mevcut boşluğun uluslararası antlaşma dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir. Ancak anayasa ile uluslararası antlaşma arasında çatışma varsa anayasanın üstünlüğü ilkesi nedeniyle anayasa uygulanmalıdır.". **Aliefendioğlu**, Yılmaz: "*Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu*", Danıştay'ın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu-Danıştay ve İdari Yargı Günü (11.05.2007), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara-2008, www.danistay.gov.tr (E.T:29.11.2016); Aksi görüşler için bkz: **Akgül**, M. Emin: "*Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Bağlamında AİHS ve Anayasa Hükümleri Çatışmasında Öncelikli Uygulama Sorunu*", TBB Dergisi, Sayı 87, Yıl:2010, s. 136-137-138.

15 **Bilir**, Faruk: "*Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri*", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı:1, Yıl:2005, s. 2.

16 **Özbudun**, Ergun: Anayasa Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 398-399; **Akgül**, s. 134.

17 Tüm sözleşmeler için bkz: **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-I. Cilt: Uluslararası Sistemler, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2011, s. 5-29, 255-295 (I. Cilt); **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-II. Cilt: Uluslararası Sistemler, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2011, s. 795-925 (II.Cilt); **Gemalmaz**, Mehmet Semih: İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, (İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler).

18 Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 16 Aralık 1966, Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz: http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0589.pdf (E.T: 29.11.2016)

19 İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 10 Aralık 1984, Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz: http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf (E.T:29.11.2016)

Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi[20]'ne taraftır[21]. Bu Bildirge ve Sözleşmelerin ortak noktası; işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı bir davranış ya da cezanın kati suretle yasaklanmasıdır.Ayrıca diğer Bildiri ve Sözleşmelerden farklı olarak İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, işkence "*bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil*" olarak tanımlanmış ve işkencenin "*yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan veya yaptırımın tabiatında olan veya arızi olarak husule gelen acı ve ızdırabı*" içermediği belirtilmiştir.

Türkiye, ayrımcılık yasağına yer veren pek çok uluslararası sözleşmeye[22] de taraf olmuş ve bu sözleşmeleri usulüne uygun olarak onaylayarak birer iç hukuk kuralı haline getirmiştir. Bu sözleşmelerden en önemlileri; Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Ek 12 No.'lu Protokol[23], Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme[24] ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme[25]'dir[26]. Ayrımcılık yasağına yer vermesine rağmen; ayrımcılığı genel

---

20 İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Roma, 01 Şubat 1989, Avrupa Konseyi Avrupa Andlaşmalar Serisi, no:126, ("*European Treaty series no:126*"); Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz: https://rm.coe.int/16806dbac9 (E.T:29.11.2016)

21 Detaylı bilgi için bkz: **Demirbaş**, Timur: İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 42-48.

22 Tüm sözleşmeler için bkz: **Gemalmaz**, (II. Cilt), s. 289-442.

23 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 No.'lu Protokol, Roma, 01 Nisan 2005, Avrupa Konseyi Avrupa Andlaşmalar Serisi, no:177, ("*European Treaty Series no:177*")

24 Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, New York, 13 Ekim 1972, Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf (E.T:17.02.2017)

25 Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1 Mart 1980, Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz:

olarak tanımlamayan bu Sözleşmeler sadece, bazı nedenlerle ayrımcılık yapılmasını yasaklamış ve bu konuda gerekli önlemlerin alınması konusunda taraf devletlere bazı yükümlülükler getirmiştir[27]. Bu doğrultuda özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde belirtildiği gibi, Sözleşme'de yer alan temel hak ve özgürlükler "*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrım gözetilmeksizin*" herkese tanınmalıdır. Diğer bir deyişle temel hak ve özgürlükler herkes içindir ve bunlardan yararlanma konusunda bireyler arasında bir ayrımcılık gözetilemez; aynı veya benzer durumda bulunan bireyler farklı muameleye tabi tutulamaz[28]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 No.'lu Protokol'ün başında da eşitlik ilkesi vurgulanarak hukuken temin edilmiş tüm temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılık yapılamayacağı söylenmiş ve herhangi bir neden ile kamu makamları tarafından ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

2. Ulusal Mevzuat

Ülkemizde 1961 Anayasa'sında olduğu gibi 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde[29], Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin nitelikleri arasında açıkça "*insan haklarına saygılı … bir hukuk devleti*" tanımına yer verilmiştir. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesi gereğince, devlet insan haklarına saygılı olmalı ve kişileri her türlü keyfi müdahaleden korumalıdır. İşte bu nedenledir ki, insan haklarına ilişkin hukuki düzenlemelere, devlet iktidarının sınırlandırılmasının başlıca aracı olan anayasalarda yer verilir[30].Ayrıca Anayasa'nın 5. maddesine göre, devletin amaç ve görevleri arasında hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak engelleri kaldırmak da vardır. Anayasa Mahkemesi de,eski tarihli bir kararında hukuk devletini "*insan*

---

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf (E.T:17.02.2017)

26 Detaylı bilgi için bkz: **Dönmez,** Burcu: "*Ayrımcılık Suçu*", TBB Dergisi, Sayı:102, Yıl:2012, s. 21-26.

27 **Dönmez**, s. 20.

28 Görüldüğü üzere, ayrımcılık bağımsız bir yasak olarak incelenmemekte, sözleşmelerde tanınan hak ve hürriyetlere sahip olma ve bunlardan yararlanma bakımından yasaklanmaktadır. **Altınordu**, Fazıl: AİHS'NE Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s. 23.

29 1961 Anayasası'nda geçen "*insan haklarına dayalı*" deyimi yerine 1982 Anayasası'nda "*insan haklarına saygılı*" deyimi kullanılmıştır.

30 **Sabuncu**, s. 85.

haklarına saygılı ve bu hakların koruyucusu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" olarak tanımlamıştır[31]. Daha yakın tarihli bir kararında ise, hukuk devletini benzer şekilde ancak daha ayrıntılı olarak; "*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.*" şeklinde tanımlamıştır[32].

Öte yandan, 1982 Anayasası'nın 12. maddesi, 1961 Anayasası'nın 10. maddesinde olduğu gibi herkesin, "*kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez temel hak ve özgürlüklere"* sahip olduğu belirtilmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin, aynı zamanda "*kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını*" da kapsadığı belirtilmiştir. Keza 1982 Anayasa'nın başlangıç bölümünde *"… her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak … hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme … hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" yazmaktadır[33].

Bu bağlamda, işkence ile ilgili olarak, Anayasa'nın 17. maddesinde "*kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" düzenlenmiş ve aynı maddenin 3. fıkrasında "*kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı*" belirtilmiştir; diğer bir deyişle, işkence mutlak olarak yasaklanmıştır. Kişi dokunulmazlığı ve beden bütünlüğünü en yakından tehdit eden işkence, eziyet ve onur kırıcı davranışları yasaklayan bu hüküm kişinin fiziksel

---

31 Anayasa Mahkemesi Kararı: E. 1976/1, K. 1976/28, K.T. 25/05/1976, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b230ab9d-6ace-43ee-b694-e139f3500987?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (E.T:14.02.2017); **Özbudun**, s. 124; ayrıca bkz: **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Nemci: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 107.

32 Anayasa Mahkemesi Kararı: E. 2011/145, K. 2013/70, K.T. 06.06.2013, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d25b1653-ffc1-41b2-a55d-c2dd0a04f17e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, **Özbudun**, Ergün: Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 126 (Türk Anayasa Hukuku).

33 Detaylı bilgi ve 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nın karşılaştırılması için bkz: **Tanör**, Bülent: İki Anayasa: 1961-1982, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 131.

bütünlüğünü ve onurunu korur[34]. İşkence görmeme hakkına ilişkin önleyici ve cezalandırıcı birçok düzenleme iç mevzuatımızda mevcuttur; bunlardan başlıcaları Türk Ceza Kanunu(TCK), Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun (4483 s. Kanun), Başbakanlığın İnsan Haklarına Saygı, İşkence ve Kötü Muamelenin Önlenmesine İlişkin Genelgesi ve Yakalama – Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'dir[35].

Anayasa'nın 17. maddesinde işkence görmeme bir hak olarak düzenlenmiş ve Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde "*Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar*" işkence olarak nitelendirilip bu davranışı işleyen kamu görevlisinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun birçok maddesinde işkence suçu özellik göstermekte; diğer bir deyişle bu suç zincirleme kapsamına girmediği gibi, birçok suçun da işkence çektirilerek işlenmesi, ilgili suç için öngörülen cezanın ağırlaştırıcı sebebi olarak gösterilmektedir. Keza Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özellikle soruşturma evresinde alınan ifadelerde, gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin uygulanmasında derhal savcıya haber verilmesi, zorunluk müdafilik kurumu gibi çeşitli düzenlemelere yer verilerek, kişinin işkence görme olasılığı en aza indirgenmeye çalışılmıştır.

Anayasamızda direkt olarak ayrımcılık yasağı ile ilgili bir düzenlemeye verilmese de, temel ilke olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak Anayasa'mızın 10. maddesinde herkesin "*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit*" olduğu düzenlenmiştir. Kanun maddesinden eşitliğin, kural olarak aynı durum ve şartlar dairesinde eşit davranış anlamına geldiği; haklar ve özgürlükler konusunda insanlar arasında ayrım yapılmaması demek olduğu anlaşılmaktadır[36]. Görüldüğü üzere, kanun önünde eşitlik ilkesi ile amaçlanan devlet organları ile idari makamlarla karşı karşıya gelen bireyler arasında maddede sayılan nedenlerden birine dayanılarak

---

34 **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 167; **Doğru**, Osman: Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 8.

35 **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 167.

36 **Aliefendioğlu**, Yılmaz, "*Eşitlik İlkesi*", Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 79 (Eşitlik İlkesi).

ayrım yapılmamasıdır[37]. Fakat Anayasa Mahkemesi, 08.10.1991 tarihli bir kararında, eşitlik ilkesinin aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu ve bu itibarla kanun önünde eşitlik ilkesinin daha geniş bir düzenleme alanına sahip olduğunu belirtmiştir[38]. Ayrıca genel eşitlik güvencesi niteliği şeklinde olan 10. madde dışında, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde de eşitlik ile ilgili özel hükümlere yer verilerek "ayrımcılık veya imtiyaz yasağı" ile "eşit hak" güvencesinin sağlanması için bir kez daha vurgu yapılmıştır[39].

Kaynağını Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerinde yer alan hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinden alan Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde "*kimsenin dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle*" maddede bentler halinde sayılan birtakım hakların engellenmesinin suç teşkil edeceği belirtilmiştir.

20.04.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun ilk maddesinde "*insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığı önlenmesi ile … işkence ve kötü muamele ile etkin mücadele etmek*" için Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kurulmasına karar verilmiştir. Kanunun ikinci maddesinde ayrı tutma, ayrımcılık talimatı, çoklu ayrımcılık ile doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları tanımlanmış ve nihayet devamı maddelerinde ayrımcılık ile mücadele için çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu doğrultuda, herkesin "*hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit*" olduğu kuralı konulmuş ve "*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temeline dayalı*" ayrımcılık kesinlikle yasaklanarak, bu kuralın ihlalinde gerekli işlemlerin derhal yapılması konusunda ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Kanun'un 5. maddesinde ayrıca,

---

37 **Dönmez**, s. 16; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 121; **Sabuncu**, s. 93; **Özbudun**, (Türk Anayasa Hukuku), s. 156.

38 Anayasa Mahkemesi Kararı: E. 1991/34, K. 1991/34, 08.10.1991, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b3720c5b-0bab-4b2c-9099-3a9328deb455?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (E.T:27.02.2017); benzer görüş için bkz: **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 121; **Dönmez**, s. 16.

39 **Sabuncu**, s. 91.

ayrımcılık yasağının kapsamı "*eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapılmaması*" şeklinde düzenlemiştir.

Ayrıca değinmek yerinde olacaktır ki; gerek tutuklama tedbirinin düzenlendiği ceza ve ceza muhakemesi hukukunun, gerekse de tutuklularının infazının düzenlendiği infaz hukukunun özü de, Anayasa'mıza uygun olarak iki ana temele dayanmaktadır. Bunlar; insan haklarına (bu bağlamda işkence yasağı ve ayrımcılık yasağı ilkelerine) saygı ve hukuk devleti ilkesine bağlı olmaktır[40]. Dolayısıyla, hem tutuklamaya ilişkin hem de infaza ilişkin olarak Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve İnfaz Kanunu'nda işkence ve ayrımcılık kati suretle yasaklanmıştır.

C. Konuya İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Örnek İçtihatları ve Doktrindeki Görüşler Işığında Kararla İlgili Kanaatlerimiz

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Örnek İçtihatları ve Doktrindeki Görüşler

a. İşkence Yasağı İle İlgili Olarak

Tanımı konusunda tam olarak görüş birliği olmayan işkence, "*bir şahsa veya üçüncü bir şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil*" anlamına gelir[41]. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulan-

---

40 **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 6; **Demirbaş**, Timur: İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 53 vd. (İnfaz Hukuku); **Özbek**, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 56 .

41 **Şahin**, Cumhur/**Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2007, s. 218.

masından doğan, tabiatında olan veya arızi olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez[42]. İşkence, Türk Hukuk Lügatında ise "*herhangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya sanıklara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza ve cefa etmektir*[43]." şeklinde tanımlanmıştır[44].

En doğru tanımıyla işkence, "*Bir kamu görevlisi veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından, mağduru adli kavuşturmayla ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da işlediği veyahut işlediğinden şüphe edilen bir fiil ya da herhangi temele dayalı ayrımcılık sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğurarak ya da herhangi bir şekilde insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı harekettir*[45]*.*"

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararında atıf yaptığı İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre işkence bilgi ve itiraf elde etmek, işlenmiş veya işlendiğinden şüphe edilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, korkutmak veya zorlamak için yapılabileceği gibi ayrım gözetmek suretiyle; diğer bir deyişle renk, ırk veya dine dayanan bir ayrım söz konusu olduğunda da gündeme gelebileceği doktrinde kabul edilmektedir[46].

---

42 **Şahin/Özgenç**, s. 218.

43 Türk Hukuk Lügatı, Ankara-1944, s. 174-175; **Bağdatlı**, Selahattin: Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010, s. 306.

44 **Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, 1. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2003, s. 3.

45 **Önok**, R. Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 33; **Nuhoğlu**, Ayşe, "İşkence Yasağı ve İşkence Suçu", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, Yayın No: 8, İstanbul 1999, s. 529; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz-**Önok**, Rıfat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 129; Detaylı bilgi için ayrıca bkz: **Demirbaş**, s. 23-24; **Doğan**, İlyas/**Kaya**, Mehmet: İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 3.

46 **Doğru**, s. 9; **Boyar**, Oya, "*İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 141; **Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar I. Cilt, 1. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 2012, s. 137; **Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2016, s. 217; **Doğan/Kaya**, s. 5.

Mutlak bir yasak olan ve demokratik toplumların temelinde yatan[47] işkence yasağı ise, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün dokunulmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yasak, bireylerin sahip olduğu insan onurundan doğan kişisel değerlerini korumaya yönelmiştir[48] ve dolayısıyla herhangi bir şarta veya ölçülülük testine tabi tutulamaz[49].Ayrıca işkence görmeme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde belirtildiği üzere savaş ve benzeri durumlarda dahi askıya alınamaz. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, terörizm veya organize suçlarda bile işkencenin mutlak bir yasak olduğunu belirtmiş ve bu yasak bakımından başvurucunun işlediği suçun niteliğinin bir önemi olmadığını teyit etmiştir[50].

Öte yandan, işkence yasağı gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerek de birçok uluslararası yargı yeri tarafından *jus cogens*[51]; diğer bir deyişle uluslararası kamu düzeninin temel bir buyruk ve vazgeçilemez kuralı olarak kabul edilmiştir ve bu nedenle uluslararası kurallar hiyerarşisinde antlaşma ve teamül hukukundan üstün olup, bu yasakla çatışan herhangi bir kural getirilemez[52].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, işkencenin tanımını yapmaktan kaçınarak[53] hangi muamelelerin bu yasak kapsamına girdiğini belirtmemiş ve işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele arasında bir ayrım yapmayarak 3. maddesinde işkenceyi genel olarak yasaklamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise içtihatlarında işkence, insanlık dışı muamele

---

47 **Kalabalık**, Halil: İnsan Hakları Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 403; **Doğru/Nalbant**, s. 125.

48 *"… Münferit temel hakların korunması, aynı zamanda insan onuru içerikleri ile insan onurunun korunmasına da hizmet etmekte, insan onurunun da korunması aynı zamanda özgürlük ve eşitlik haklarının korunmasını gerektirmektedir. … Gerçekten de, münferit temel haklar, insan onurunun bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ve kendi koruma alanları içerisinde belirli ölçüde insan onuru çekirdeğini garanti ekmektedirler."*. **Şimşek**, Oğuz: Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Danışman: Prof. Dr. Zafer Gören, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı, Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 108-110.

49 **Boyar**, s. 137; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 213; **Kalabalık**, s. 403; **Demirbaş**, s. 53.

50 **Doğru/Nalbant**, s. 125; **Demirbaş**, s. 53; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Gafgen-Almanya, B.N:22978/05, 01.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-99015 (E.T:04.03.2017); Labita-İtalya, B.N:26772/95, 06.04.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58559 (E.T:04.03.2017).

51 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesine göre, bu nitelikteki kurallara aykırı her sözleşme geçersizdir. **Bağdatlı,** s. 315.

52 **Doğru/Nalbant**, s. 125; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 133; **Demirbaş**, s. 53.

53 Tanımların bulunmaması nedeniyle eleştiri için bkz: **Kalabalık**, s. 408 vd.

ve aşağılayıcı muamele arasında bir yoğunluk farkının varlığına işaret ederek, kişinin maddi ve manevi varlığına en yoğun tehdidi işkencenin, daha sonra insanlık dışı muamelenin ve en son da aşağılayıcı muamelenin oluşturduğu belirtmiştir[54].

İşkence yasağı, özel yaşam, kişi güvenliği ve eşitliği gibi hak ve ilkelerle yakından ilgili olduğu için, bu hakların uygulama alanlarında da bir çakışma yaşanabilir; böyle bir durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işkence yasağının uygulanabilmesi için ağırlık eşiği ölçütü kullanmaktadır; buna göre bireye yapılan muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir[55]. Bulunması zorunlu ağırlık eşiği, her somut olayın şartlarına göre, bireyin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, muamelenin süresi, içinde yer aldığı ortam, kişideki fiziksel ve manevi etkisi gibi etkiler ile değişiklik göstermektedir[56]. Keza, Mahkeme'ye göre 3. madde ile yasaklanan muamelelere maruz kalma riskinin ciddi, gerçek ve yakın olması halinde de bir ihlal meydana gelmiş olabilir[57]. Diğer bir deyişle, Mahkeme, bir muamele 3. madde kapsamında değerlendirilirken, bu muamelenin amacının aşağılama olup olmadığına ve muamelenin sonuçları itibarıyla bireyin kişiliğini 3. madde ile bağdaşmayacak şekilde olumsuz etkileyip etkilemediğine bakılmasının gerektiğini belirtmiştir[58]. Doktrinde de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirlemiş olduğu bu ağırlık eşiği ölçütü benimsenmiştir.

Mahkeme'ye göre, her ne kadar asıl fark çekilen ıstırabına yoğunluğu olsa da; işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muameleden farklı olarak, özellikle acı vermek saiki ile ve özel kast ile yapılmalıdır. Mahkeme

---

54 **Boyar**, s. 138; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 213; **Kalabalık**, s. 404; **Doğru/Nalbant**, s. 136; **Demirbaş**, s. 53-54; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: İrlanda-Birleşik Krallık, B.N:26565/05, 18.01.1978, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-101619 (E.T: 04.03.2017).

55 **Boyar**, s. 137; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 213-214; **Doğru/Nalbant**, s. 126; **Demirbaş**, s. 57; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Costello-Roberts-Birleşik Krallık, B.N:13134/87, 25.03.1993, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57804 (E.T:27.02.2017).

56 **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 214; **Doğru/Nalbant**, s. 136; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Dougoz-Yunanistan, B.N:40907/98, 06.03.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59338 (E.T:27.02.2017).

57 **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 214.

58 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Peers-Yunanistan, B.N:28524/95, 19.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59413 (E.T:27.02.2017); Raninen-Finlandiya, B.N: 20972/92, 16.12.1997, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58123 (E.T:27.02.2017).

bu konuda, yukarıda da değindiğimiz, İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesindeki; "*Sözleşme amaçlarına göre, işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir*." tanımından faydalanmaktadır[59].

Öte yandan, işkence yasağının temelinde insan onuru bulunduğu için insan onurundan kaynaklanan bütün haklar için çift yönlü bir koruma sağlamaktadır[60]. İşkence yasağı nedeniyle, özel yaşam, eşitlik, kişi güvenliği, yaşama hakkı gibi haklara, devlet tarafından insan onuruna aykırı olarak müdahalede bulunulamaz (negatif yükümlülük) ve bu haklar devlet eliyle sağlanmalıdır (pozitif yükümlülük). Devletlerin işkence yasağı kapsamındaki soruşturma yükümlülüğü ise bu hakların negatif ve pozitif yükümlülüklerinin güvencesini oluşturmaktadır[61]. Bu bağlamda gerek T.C. Anayasası'nın 17. maddesi, gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi işkenceyi yasaklamakla birlikte, Devlete bir takım yükümlülükler yüklemektedir.

Devletin kendi gözetiminde bulundurduğu kişilere yönelik olarak devlet makamlarının yaptığı muameleler, işkence olarak değerlendirilmediği takdirde, genel olarak insanlık dışı muamele olarak ele alınmaktadır. Mahkeme, muamelelerin devletin kendi gözetiminde bulundurduğu kişilere karşı yapılması halinde ağırlık eşiğini daha düşük tutmakta ve özellikle tutulanın kendi davranışı bir muameleyi zorunlu kılmadıkça, kendisine karşı yapılan her türlü fiziksel güç kullanımının insan onuruna zarar vererek 3. maddenin ihlali sonucunu doğuracağını belirtmektedir[62]. Öte yandan, özellikle 3. kişilerin işkence fiillerine karşı devletin bu kişileri korumamış olması duru-

---

59 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Akkoç-Türkiye, B.N:22947-22948/93, 10.10.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58905 (E.T:06.03.2017); Salman-Türkiye, B.N:21986/93, 27.06.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58735 (E.T: 06.03.2017); Virabyan-Ermenistan, B.N:40094/05, 02.10.2012, http://hudoc.echr.coe.int/ tur?i=001-113302 (E.T:06.03.2017).

60 **Boyar**, s. 137-138.

61 **Demirbaş**, s. 53.

62 **Boyar**, s. 141; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 215; **Doğru/Nalbant**, s. 139; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Ribitsch-Avusturya, B.N:18896/91, 04.12.1995, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57964 (E.T:04.03.2017)

munda, devletin de işkence yasağını ihlal ettiği değil, işkence yasağından doğan pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına geleceği unutulmamalıdır[63].

Bu bağlamda, Mahkeme'ye göre tutulma koşulları, özellikle aşırı kalabalık, yetersiz ısınma, temizlik, uyuma, yiyecek, havalanma ve dış dünya ile irtibat ile ilgili olarak bazen insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye varabilir. Mahkeme, tutma koşulları değerlendirilirken bu koşulların bütün etkileriyle birlikte, başvurucunun özgün iddiaları da incelenmesi gerektiğinin altını çizmektedir[64]. Örneğin Peers-Yunanistan Davasında, Mahkeme, başvurucunun tutulduğu yerin büyüklük, ışıklandırma ve havalandırma koşullarının, aşağılama kastı olmasa da 3. maddeyi ihlal edebileceğine işaret etmiştir. Ayrıca Mahkeme, yetkili makamların başvurucunun tutulduğu kabul edilmez koşulları iyileştirmek için gerekli tedbirleri almamasını da, başvurucuya saygı göstermedikleri olarak yorumlamıştır[65].

İşkence yasağı ile ilgili olarak devletin negatif yükümlülüklerinin yanında, iki tür olacak şekilde pozitif yükümlülükleri de vardır. Bunlardan ilki, devletin bireyleri kötü muameleye karşı koruma gerekliliği olup, bu yükümlülük devletin kendisi dışındaki kurum veya kişilere yönelik bir yükümlülüğüdür. İkinci tür pozitif yükümlülük ise, işkence yasağının kapsadığı hakkın, diğer bir deyişle kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün etkili bir biçimde korunmasını sağlamak olup, bu nedenle 3. maddenin uygulama alanını sosyal alana varıncaya kadar genişletebilmektedir[66].

İşte bu pozitif yükümlülükler kapsamında devlet, koruma yükümlülüğü ile hakların kullanılması için gerekli koşulları yaratma yükümlülüğü; diğer bir deyişle devletin sözleşmeden doğan haklarının tam olarak etkili bir biçimde kullanılmasını sağlama yükümlülüğüdür. Gerçekleştirme yüküm-

---

63 **Doğru/Nalbant**, s. 139; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Opuz-Türkiye, B.N:33401/02, 09.06.2009, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-92945 (E.T:04.03.2017); ayrıca bkz: **Demirbaş**, s. 57-58.

64 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Dougoz-Yunanistan, B.N:40907/98, 06.03.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59338 (E.T:27.02.2017); Ilaşçu ve Diğerleri-Moldova ve Rusya, B.N:48787/99, 08.07.2004, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61886 (E.T:27.02.2017); ayrıca bkz: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1969 tarihli Yunanistan Davası ile ilgili Raporu.

65 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Peers-Yunanistan, B.N:28524/95, 19.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59413 (E.T:27.02.2017).

66 **Boyar**, s. 143; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 135-136.

lülükleri olarak da adlandırılan bu yükümlülük 3. madde kapsamında genel olarak üç şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar;

- Devletin özellikle kendi gözetiminde bulunan kişilere ilişkin yükümlülükleri
- Devletin asgari yaşam koşullarını sağlama yükümlülüğü
- Devletin, hak ihlali söz konusu olduğu zaman etkin soruşturma yapma yükümlülüğüdür[67].

Devlet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, kendi gözetiminde bulunan kişilerin, özellikle de tutukluların beden ve ruh sağlıklarını korumak zorundadır. Bir kimseyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir, genellikle bireyde küçük düşmeye yol açabilir ve aşağılanma hissi yaratabilir; ancak bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin sadece bu nedenle işkence yasağını ihlal ettiği söylenemez[68]. Bununla birlikte, tutulma koşullarına ilişkin olarak Mahkeme, şikâyet edilen muamelenin süresini, mahkumların kaldığı hücrelerin büyüklüğü, ışık alması ve temel ihtiyaçları gidermeye yönelik uygunluğunu, kirli olup olmamasını, özel hücreye konulan kişilerin tehlikeli suçlardan dolayı yargılanıp yargılanmadığı, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve tutukluluk koşullarına ilişkin etkili bir başvuru yolunun tanınıp tanımadığını önemsemektedir[69]. Çünkü devletin kendi gözetiminde bulundurduğu bir kişinin temiz hava alma, yeme içme, ısınma, aydınlanma, temizlenme, uyuma gibi temel ihtiyaçlarının sağlanmaması bu kişi üzerinde ruh ve beden sağlığı açısından kayda değer izler bırakabilir[70].Öte yandan Devlet, kendi gözetiminde bulunan kişilerin, üçüncü kişiler tarafından vuku bulabilecek fiziksel ve ruhsal yaralanmalarına, cinsel saldırılarına ve istismarına karşı da özellikle korumalıdır[71]. Keza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuyla ilgili olarak bir kararında şu cümleleri kaydetmiştir:

"Kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına neden olan tedbirlerin uygulandığı hallerin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için,

---

67 **Boyar**, s. 146; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 137-138.

68 **Doğru/Nalbant**, s. 160; **Özbek**, s. 146; **Doğru**, Osman: İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 79 (İşkence ve Kötü Muamele).

69 **Boyar**, s. 147; ayrıca bkz: **Demirbaş**, s. 54; Detaylı bilgi için bkz: **Doğru**, (İşkence ve Kötü Muamele), s. 81-90.

70 **Doğru/Nalbant**, s. 161.

71 **Doğru**, s. 9-10.

başvuranın maruz kaldığı acı ve aşağılanmanın, özgürlükten mahrum bırakma önleminin kaçınılmaz olarak içerdiği acı ve aşağılamanın ötesine geçmesi gerekir. Devlet, tüm tutuklu ve hükümlülerin insan onuruna uygun şartlarda tutulmalarını sağlamak durumundadır. İlgili tedbirin uygulanma şekli ilgiliyi sıkıntıya sokmamalı ya da tutulmanın verdiği kaçılmaz acıyı aşan yoğunlukta bir deneyime maruz bırakmamalıdır. Hapsolunmanın pratik gereklilikleri de göz önünde bulundurularak hapsolunan kişinin sağlığının ve esenliğinin uygun bir biçimde korunması gerekir[72]*."*

Bu bağlamda, sıkı güvenlik rejimine ilişkin bir tedbir olan tek başına tutma, kendiliğinden işkence yasağını ihlal etmez. Fakat bu tedbir güvenliği sağlama, tutulan kişiyi diğer tutulanlardan koruma, devam eden yargılamanın selametini sağlama gibi amaçlara yönelik olması gerektiği gibi, tutulan yerin insan onuruyla bağdaşan ve hapisliğin pratik gerekleri doğrultusunda beden ve ruh sağlığını yeterinde koruyacak koşullara sahip olması gerekir[73]. Öte yandan Mahkeme, tek başına tutma tedbiri ile birlikte duygusal yalıtma yanında bütünüyle sosyal yalıtmanın da sağlanmasını güvenlik veya başka gerekçelerin haklı göstermeyeceğini ve bu durumun işkence olarak değerlendirilebileceğini kaydetmiştir[74]. Unutulmamalıdır ki, tek başına tutma kararı, Avrupa Cezaevi Kurallarının[75] 53/1. maddesinde belirtildiği gibi, ancak istisnai durumlarda ve her türlü tedbir alındıktan sonra son çare olarak verilmeli; verilen kararla birlikte sürenin uzatılması kararı da gerçekten var olan sebeplere dayanmalı ve son olarak tek başına tutma tedbirinin uygulanabilmesi için, tutulan kişinin düzenli olarak fiziksel ve ruhsal durumu incelenmelidir[76].

---

72 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Kudla-Polonya, B.N:30210/96, 26.10.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58920 (E.T:06.03.2017).

73 **Doğru/Nalbant**, s. 166; **Doğru**, (İşkence ve Kötü Muamele), s. 99-100; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Kudla-Polonya, B.N:30210/96, 26.10.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58920 (E.T:06.03.2017).

74 **Doğru/Nalbant**, s. 166; **Doğru**, (İşkence ve Kötü Muamele), s. 100; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Ilaşçu ve Diğerleri-Moldova ve Rusya, B.N:48787/99, 08.07.2004, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61886 (E.T:27.02.2017).

75 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Avrupa Cezaevi Kuralları" Başlıklı (87) 3 No.'lu Tavsiye Kararı, Türkçe metni için bkz: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/413-433.pdf (E.T:27.02.2017)

76 **Doğru/Nalbant**, s. 166; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Ramirez Sanchez-Fransa, B.N:59450/00, 04.07.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76169 (E.T: 06.03.2017).

b. Ayrımcılık Yasağı İle İlgili Olarak

Ayrımcılık, hukuki tanım bakımından, insanlara karşı önyargı veya düşmanlık duyguları sonucunda farklı davranmak anlamına gelir. Bu davranışların hepsinin ahlaken yanlış olduğu söylenebilir; ancak hepsinin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek güçtür[77].

Ayrımcılık yasağı, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan; diğer bir ifade ile temel olarak sayılan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından özellikle cins, renk, ırk, dil, din, siyasi veya diğer saikler, milli veya sosyal köken, bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi bir durum nedeniyle hiçbir ayrıma tabi tutulmama*" anlamına gelir[78]. Bu yasağın temelinde yatan ayırım gözetmeme ilkesi, "*tüm devletlere ya da yurttaşlarına eşit davranmayı, her türlü hukuksal ayrımı yasaklayan genel hukuk ilkesi*"dir[79].

Ayrımcılık yasağı ile bazen yan yana bazen de aynı şeyi ifade etmek için kullanılan eşitlik ilkesi ise, "*insan arasında sahip olduğu haklar bakımından bir ayırım yapılmaması; insanlar arasında dil, din, ırk, cinsiyet veya siyasal düşünce gibi nedenlerle ayırım gözetilmemesi*" anlamına gelmektedir[80]. Türkçe 'de "*iki veya daha çok şeyin nitelik ve nicelik açısından aynı olması durumu*"[81] içim kullanılan eşit sözcüğünden türeyen bu ilke, farklı şekilde davranmak için haklı bir neden olmadıkça herkese eşit davranılmasını; diğer bir deyişle ayrımcılığı da yasaklamaktadır[82]. Öte yandan ayrımcılık, genelde bir yasak biçimde değerlendirilir ve bu yasağın amacının ise eşitlik idealini güvence altına almaktır; öteki bir deyişle bu yasak eşitlik ilkesini güvence altına alan ve söz konusu ilkenin bir alt kavramını oluşturmaktadır[83]. Bu bağlamda, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının aynı hakkın

---

77 **Dönmez**, s. 12.

78 **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 420; **Şahin/Özgenç**, s. 249.

79 **Bağdatlı,** s. 56.

80 **Bağdatlı**, s. 169; **Konuk**, Bahar: Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı-Avrupa Birliği Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 1.

81 Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58c7c4518ee981.57534549 (E.T: 10.03.2017).

82 **Öden**, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 27.

83 **Karan**, Ulaş: "*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 460.

negatif ve pozitif yönünü oluşturduğu da kabul edilmektedir[84]. Bu konu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 12 Nolu Protokolünün Açıklayıcı Raporunda "*eşitlik ilkesinin eşit durumda olanlara eşit, farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesini gerektirdiği ve bu gereğin haksız olarak yerine getirilmemesi durumunda ayrımcılığın meydana geleceği*" şeklinde belirtilmiştir[85].

Ayrımcılık yasağının en güncel tanımı ise "*Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarının eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakların kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacını taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temeline dayana, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da bir başkasına yönelik ayrımcılık yapılmasını talimatını veya örneğin engellilik veya din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirler alınması*" şeklinde yapılabilir[86].

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, günümüzde *jus cogens* statüsünü taşıyan bir kural olarak kabul edilmektedir. Gerek eşitlik ilkesi, gerekse de ayrımcılık yasağı başlı başına bir hak olmasının yanında temel hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını sağlamaktadır[87].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, hemen hemen birçok kararında ayrımcılık yasağını 14. madde bakımından değerlendirmiş ve ayrımcılığı "*bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa dayanmaması; diğer bir deyişle meşru bir amaç izlenmiyor veya kullanılan araç ile hedeflenen amaç ölçülü olmaması durumu*" şeklinde tanımlamıştır[88]. Anayasa Mahkemesi ise benzer bir tanımı eşitlik ilkesi kapsamında yaparak, aynı

---

84 **Karan**, s. 460.

85 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 Nolu Protokol-Açıklayıcı Rapor, orijinal metni: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48 (E.T:10.03.2017); Bu konuda ATAD'ın tanımı ve değerlendirmesi için ayrıca bkz: **Konuk**, s. 25 vd.

86 **Karan**, s. 461.

87 **Karan**, s. 459.

88 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Belçika Eğitim Dili Davası-Belçika, B.N: 1474/62&1677/62&1691/62&1769/63&1994/63&2126/64, 23.07.1968, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57524 (E.T:10.03.2017).

durumda bulunan kişi veya topluluklara farklı kurallar uygulanarak eşitlik ilkesinin ihlal edilmesini yasaklamıştır[89].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi "*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir nedene dayalı olarak*" ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, maddede belirtilen gibi herhangi bir nedene dayalı olma ifadesini birçok kararında yorumlamış ve yaş, engellilik, babalık, medeni hal, sendika üyeliği ve cinsel yönelim gibi temellerle de ayrımcılık yapılamayacağı konusunda hüküm kurmuştur[90].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ayrımcılık yasağı diğer haklardan bağımsız bir hak tanımaz; bu yasak Sözleşme ve Protokoller ile tanınan hak ve özgürlüklerin tamamlayıcısı niteliğindedir[91]. Diğer bir deyişle, bir ayrımcılığın meydana gelebilmesi için ihlalin öncelikle bu Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlükler kapsamında ileri sürülmüş olması gerekir; çünkü AİHS'nin 14. maddesi ayrımcılık yasağına yalnızca Sözleşme ve Ek Protokoller ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bağlamında yer vermiştir[92]. Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'si bu yasağın kapsamını biraz daha genişleterek, 14. maddeyi bu hak ve özgürlükler ihlal edilmese de uygulanabilir bulmuş ve bu anlamda özerk bir değere sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak davada vuku bulan olaylar, bu hak ve özgürlükleri güvence altına alan maddelerden en az birinin etki alanına girmiyorsa, söz konusu dava için 14. maddeyi uygulanmaz bulmuştur[93]. Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokol ise, ayrımcılık yasağının kapsamını daha da genişletmiş ve "*hukuk*

---

89 Anayasa Mahkemesi Kararı: E.2009/47, K.2011/51, K.T.17.03.2011, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/04f5942c-cbb5-498d-bfbc-1578f057b191?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (E.T:10.03.2017).

90 **Karan**, s. 464; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 420; **Doğru**, s. 82; **Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar II. Cilt, 1. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 2013, s. 616 (II. Cilt).

91 **Doğru/Nalbant,** (II.Cilt), s. 603; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 420.

92 **Karan**, s. 486; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 420; **Doğru**, s. 81.

93 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Schalk ve Kopf-Avusturya, B.N:30141/04, 24.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004 (E.T:27.02.2017); Karner-Avusturya, B.N:40016/98, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61263 (E.T:27.02.2017); Petrovic-Avusturya, B.N:20458/92, 27.03.1998, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58146 (E.T:27.02.2017).

tarafından tanınmış bir haktan yararlanma" bakımından da ayrımcılık yasağının ihlal edilemeyeceğini öngörmüştür[94].

Ayrımcılık yasağının bağımsız bir hak olmaması, bu hakkın bağımsız yorumuna engel değildir. Şöyle ki; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan bir hakkın ayrımcılık yasağı ile birlikte ihlal edildiği iddiası üzerine yapılan değerlendirmede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, o hakka müdahalenin ayrımcılık oluşturduğu ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği fakat söz konusu müdahalenin hakkı tek başına ihlal etmediği sonucuna varabilir. Öte yandan, Mahkeme, aynı şekilde müdahalenin asıl hakkı ihlal ettiği sonucuna varırken, ayrımcılık yasağı ihlali iddiası davanın önemli bir yönünü oluşturmuyorsa 14. madde kapsamında incelemeksizin de karar verebilmektedir[95].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan diğer haklar gibi ayrımcılık yasağı açısından da sadece yapmama konusunda değil, ayrıca söz konusu hak ve özgürlüğün güvence altına alınması konusunda da devletler yükümlülük altındadır[96]. Bu yaklaşım özellikle ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda taraf devletlerin sadece devlet-birey arasındaki ilişkilerde değil, bireylerin kendi arasındaki ilişkilerinde de bir takım yükümlülükleri olduğuna işaret etmektedir[97].

Mahkeme'ye göre bir muamele tek başına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabilir; ancak aynı muamele ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme'nin 14. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, ayrımcı bir niteliğe sahip olması nedeniyle, o hak ve özgürlüğe aykırı olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, Sözleşme'nin 14. maddesi hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklamamaktadır. Ancak bu muamelenin farklılaşması hiçbir objektif ve makul bir nedene dayanmıyorsa, bu durumun eşit muamele prensibini ihlal edeceği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 14. maddesi çerçevesinde bir yasak

---

94 **Doğru/Nalbant,** (II.Cilt), s. 603; **Doğru**, s. 81.

95 **Doğru/Nalbant,** (II.Cilt), s. 603-604; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 422-423; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Castells-İspanya, B.N:11798/85, 23.04.1992, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57772 (E.T:10.03.2017); Airey-İrlanda, B.N:6289/73, 09.10.1979, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57420 (E.T:10.03.2017); Kremzow-Avusturya, B.N:12350/86, 21.09.1993, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57829 (E.T: 10.03.2017).

96 **Karan**, s. 465.

97 **Karan**, s. 466; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Aksu-Türkiye, B.N:4149-41029/04¸ 15.03.2012, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-117640 (E.T:10.03.2017).

ortaya çıkmaktadır. Makul bir nedenin varlığı ise, muamele ile sonuç arasında ve kullanılan araç ile istenilen amaç arasında bir orantı olup olmadığına ve toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara uygun olup olmadığına ya da toplumsal açısından zorlayıcı bir nedenin bulunup bulunmadığına bakılarak bulunabilir. Sözleşme 'ye taraf olan Devletler benzer durumlar arasındaki çeşitli farklılıkların farklı bir muameleyi haklı kılıp kılmadığı ve ne ölçüde haklı sayılabileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptirler[98].

Bireyler arasında eşit olmayan bir durumu ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirilen farklı muameleler ayrımcılık yasağını ihlal etmez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, bu şekilde ihlal yaratmayan bir muamelenin ancak eşitsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla yapılmasının kabul edilebileceğini ve bu amacın gerçekleşmesi ve mevcut ihtiyacın ortadan kalkmasıyla birlikte derhal bu muameleye son verilmesi gerektiğine işaret etmiştir[99]. Ancak yinelemek gereklidir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yaklaşımı söz konusu muameleye başvuru yalnızca nesnel ve makul bir nedene dayanıyorsa ve gerçekleştirilmek istene amaç ile başvurulan muamele arasında orantılılık varsa; diğer bir deyişle muamele ölçülülük ilkesine uygunsa, ayrımcılık yasağının ihlal edilmeyeceği anlamına gelmektedir[100].

Bu bağlamda Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmelerde göz önünde tutulan bir ölçüt de ayrımcılık yasağı her türlü muamelede değil; benzer ya da karşılaştırılabilir durumda bulunan kişileri söz konusu olduğunda koruyucu bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir deyişle, Mahkeme'ye göre mağdur olduğu iddia edilen kişinin, daha iyi bir muameleye tabi tutulduğunu iddia edilen kişiler benzer veya karşılaştırılabilir durum içerisinde olduğu da

---

98 **Karan**, s. 478; **Doğru/Nalbant**, (2.Cilt), s. 604; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 421; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 421-422; **Doğru**, s. 81; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Schalk ve Kopf – Avusturya, B.N:30141/04, 24.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004 (27.02.2017); Burden-Birleşik Krallık, B.N:13378/05, 29.04.2008, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-86146 (27.02.2017).

99 **Karan**, s. 477; **Doğru/Nalbant**, (II.Cilt), s. 604; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 421; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 421; **Doğru**; s. 81; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Stec ve Diğerleri-Birleşik Krallık, B.N:65731-65900/01, 12.04.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-73198 (E.T:10.03.2017).

100 **Karan**, s. 478; **Doğru/Nalbant**, (2.Cilt), s. 604; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 421; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 421-422; **Doğru**, s. 81.

öncelikle saptanmalıdır[101]. Ayrıca Mahkeme, belli başlı ayrımcılık söz konusu olduğunda, konu hakkında dezavantajlık ölçütü açısından da değerlendirme yapabilmektedir ve bu durumda Mahkeme, iddia edilen farklı muamelenin mağdur olduğu iddia edilen kişiyi gerçekten dezavantajlı bir duruma düşürüp düşürmediğini incelemektedir[102].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde cinsel yönelim açıkça korunmasa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararında bunun bu madde ile korunan diğer hukuki menfaatler arasında yer aldığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre farklı muamele, kişinin özel yaşamının en gizli alanı olan mahremini ilgilendiriyorsa, bu muameleyi haklı gösteren kuvvetli ve inandırıcı gerekçeler ortaya koyulmalıdır[103]. Farklı muamele cinsiyet veya cinsel yönelim ile ilgiliyse, devletlerin bu konuda takdir alanı oldukça dardır. Bu nedenle bu gibi durumlarda, yapılan muamelenin hedeflenen amacı gerçekleştirmek için uygun olduğunun kanıtlanmasının yanında bu amacı gerçekleştirmek için belirli kategorideki insanları-örneğin eşcinselleri veya kadınları- ilgili yasal düzenlemenin dışında bırakmanın gerekli olduğu da ayrıca gösterilmelidir. Eğer farklı muamele gerekçesi olarak ileri sürülen nedenler, sadece başvurucunun cinsel yönelimlerine dayanıyorsa, ayrımcılık yasağının ihlali söz konusudur[104]. Görüldüğü üzere, gerek cinsiyet gerek de cinsel yönelime dayalı muamele farklılıklarıyla ilgili olarak Devlet-

---

101 **Karan**, s. 487; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 421; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Lithgow ve Diğerleri-Birleşik Krallık, B.N:906/80&9262-9263-9265-9266-9313-9405/81, 08.07.1986, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57526 (E.T: 10.03.2017); Doğrudan ayrımcılık bakımından değerlendirme için bkz: **Doğru/Nalbant**, (2.Cilt), s. 605.

102 **Karan**, s. 487.

103 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Karner-Avusturya, B.N:40016/98, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61263 (E.T: 27.02.2017); Smith ve Grady-Birleşik Krallık, B.N:33985-33986/96, 25.07.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59023 (E.T:27.02.2017); L ve V-Avusturya, B.N: 39392-39829/98, 09.01.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60876 (E.T: 27.02.2017).

104 **Doğru/Nalbant**, (2.Cilt), s. 617; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Alekseyev-Rusya, B.N:4916/07&25924/08&14599/09, 21.10.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-101257 (10.03.2017).

lerin takdir yetkisi dar olup[105], cinsel yönelime dayanan saiklerle gerçekleştirilen farklılıklar Sözleşme bakımından kabul edilemez[106].

2. Kararla İlgili Değerlendirme

Yukarıda da tanımlandığı gibi işkence bir kamu görevlisi, onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörü himayesinde, diğer amaç ve fiillerin yanında, bir temele dayalı ayrımcılık sebebiyle işlenen ve kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap yaratan ya da herhangi bir şekilde insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar veren kasıtlı bir harekettir[107]. Kısaca işkence, diğer sebeplerin yanında ayırım gözetmek suretiyle de işlenebilen her türlü kasıtlı harekettir.

İşkence yasağı ise kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün dokunulmaz bir parçası olup, insan onurundan doğan kişisel değerleri korumaya yönelmiştir[108]. Böylesine hassas ve önemli bir hak olan işkence görmeme hakkı; diğer bir ifadeyle işkence yasağı *"jus cogens"* statüsüne sahiptir. Dolayısıyla bu hakkı kısıtlayan herhangi bir düzenlemeye ulusal hukuklarda yer verilemeyeceği[109] gibi; bu hak herhangi bir şarta veya ölçülülük testine tabi tutulamaz[110]. Ancak, işkenceye sebebiyet veren bir fiili, kişi güvenliği ve özgürlüğü, eşitlik, din ve vicdan özgürlüğü gibi diğer temel hak ve özgürlükleri ihlal eden fiillerden ayıran nokta ağırlık eşiği ölçütüdür[111]. Buna göre, bir fiilin işkence yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli bir ağırlığa ulaşmış olması gereklidir ve bu ağırlık her olayın somut şartlarına göre

---

105 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Karner-Avusturya, B.N:40016/98, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61263 (E.T: 27.02.2017); Kozak-Polonya, B.N:13102/02, 02.03.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-97597 (E.T:27.02.2017).

106 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Salgueiro da Silva Mouta ve Portekiz, B.N:33290/96, 21.12.1999, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58404 (E.T: 27.02.2017).

107 **Önok**, s. 33; **Nuhoğlu**, s. 529; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 129.

108 **Şimşek**, s. 108-110.

109 **Doğru/Nalbant**, s. 125; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 133; **Demirbaş**, s. 53.

110 **Boyar**, s. 137; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 213; **Kalabalık**, s. 403; **Demirbaş**, s. 53.

111 **Boyar**, s. 137; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 213-214; **Doğru/Nalbant**, s. 126; **Demirbaş**, s. 57; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Costello-Roberts-Birleşik Krallık, B.N:13134/87, 25.03.1993, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57804 (E.T:27.02.2017).

bireyin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, muamelenin süresi ve etkileri gibi faktörler değerlendirilerek saptanmaktadır[112].

Devletin, işkence yasağından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinden bir tanesi, kendi gözetiminde bulunan kişilerin maruz kaldığı muamelelerin işkence sonucunu doğurmasını önlemek ve bu kapsamda etkin soruşturmalar yapmaktır[113]. Doktrinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre ise bir muamele devletin kendi gözetiminde bulunan bir kişiye karşı yapılmışsa, fiilin işkence niteliğinde olup olmadığının belirlenmesindeki ağırlık eşiği ölçütü düşük tutulmalıdır[114].

Bu nedenlerle, devlet, kendi gözetiminde bulunan kişilerin ve bu kapsamda özellikle tutukluların beden ve ruh sağlıklarını korumakla yükümlüdür. Bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbir sonucunda kişinin tutulma koşulları; hücrelerin büyüklüğü, ışık ve temiz hava alması, temel ihtiyaçları gidermeye elverişli olması, temiz olması ve özel hücreye konulan kişilerin tehlikeli suçlardan yargılanıp yargılanmadığı, kişide dayanılamaz bir acı, ıstırap ve küçük düşme hissi yaratmamalıdır[115]. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda işkence kastı olmasa bile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ihlal edildiği kabul edilmektedir. Ayrıca yetkili makamların, tutukluların tutulduğu kabul edilemez koşulları iyileştirmek için herhangi bir girişimde bulunmaması da insan onuruna saygı gösterilmediğinin kanıtı niteliğinde sayılmaktadır[116]. Konuyla ilgili olarak Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre devletin, her kişinin insan onuruna saygının gerektirdiği koşullarda tutulmasını sağlama ve infaz biçimiyle ilgili çaresizliğini veya tutukluluk halinde kaçılmaz acı seviyesini aşan yoğunlukta bir sıkıntıya mahkûm bırakmama ve gözetimi altında bulun-

---

112 **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 214; **Doğru/Nalbant**, s. 136; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Dougoz-Yunanistan, B.N:40907/98, 06.03.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59338 (E.T:27.02.2017).

113 **Boyar**, s. 146; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 137-138.

114 **Boyar**, s. 141; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 215; **Doğru/Nalbant**, s. 139; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Ribitsch-Avusturya, B.N:18896/91, 04.12.1995, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57964 (E.T:04.03.2017)

115 **Doğru/Nalbant**, s. 160; **Özbek**, s. 146; **Doğru**, (İşkence ve Kötü Muamele), s. 79.

116 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Peers-Yunanistan, B.N:28524/95, 19.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59413 (E.T:27.02.2017).

durduğu kişinin beden ve ruh sağlığını koruma şeklinde yükümlülüklerinin bulunduğunun altını çizmektedir[117].

Sıkı güvenlik rejimine ilişkin bir tedbir olan tecrit hapsi, tek başına işkence yasağını ihlal etmez. Ancak bu uygulama, güvenliği sağlama, tutulan kişiyi diğer tutuklulardan koruma, devam eden yargılama selametini sağlama gibi amaçlara yönelik olmalı ve tutulan yerin insan onuruyla bağdaşan, tutulmanın pratik gerekleri doğrusunda kişinin beden ve tuh sağlığını koruyacak koşullara sahip olması gereklidir[118]. Mahkeme, yerinde olarak, tecrit uygulamasının Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girip girmediğini değerlendirirken, bu tedbirin katılığını, süresini, güdülen amacı ve aynı zamanda ilgili üzerindeki etkilerini de göz önüne almaktadır[119]. Bu bağlamda Mahkeme, keyfiliği önleyici güvenceleri, yetkililerce başvuranın tecrit hapsi sırasındaki beden ve ruh sağlığını korumak için alınan tedbirleri daha yakından incelemektedir[120].

Öte yandan, Mahkeme, tek başına tutulma tedbiri ile meydana gelen duygusal yalıtımın ağırlığına vurgu yaparak, tek başına tutulan kişilerin temiz havaya çıkmasının ve sosyal aktivitelere katılmasının engellenmesi gibi bu kişiler üzerinde sosyal yalıtımın da sağlanmasını güvenlik veya başkaca herhangi bir gerekçenin haklı gösteremeyeceğini ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca, böyle bir durumun işkence olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[121].

Konuyla ilgili olarak ayrıca eklenmelidir ki; tutuklunun veya hükümlünün bir insan olduğu ve buna yaraşır bir yaşama seviyesinde bulundurulması gerektiği görüşü infaz hukuku için de geçerli bir görüştür[122]. Her ne kadar hukukumuzda 5275 sayılı ve 13 Aralık 2004 tarihli Ceza ve Güvenlik

---

117 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Kudla-Polonya, B.N:30210/96, 26.10.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58920 (E.T:06.03.2017).

118 **Doğru/Nalbant**, s. 166; **Doğru**, (İşkence ve Kötü Muamele), s. 99-100; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Kudla-Polonya, B.N:30210/96, 26.10.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58920 (E.T:06.03.2017).

119 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Rohde-Danimarka, B.N:69332/01, 21.07.2005, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-69795 (E.T:11.03.2017).

120 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Ramirez Sanchez-Fransa, B.N:59450/00, 04.07.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76169 (E.T:06.03.2017).

121 **Doğru/Nalbant**, s. 166; **Doğru**, (İşkence ve Kötü Muamele), s. 100; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Ilaşçu ve Diğerleri-Moldova ve Rusya, B.N:48787/99, 08.07.2004, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61886 (E.T:27.02.2017).

122 **Bardak**, Cengiz: Cezaların İnfazı ve İnfaz Müesseseleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 332.

Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da, cezaevlerinde tutulanların ne şekilde yerleştirilecekleri konusunda bu kişilerin isteklerinin göz önünde tutulacağına dair spesifik hükümler öngörülmese de, aynı Kanun'un 25. maddesinde bir tutukluya göre daha az haklara sahip olan[123] ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılan kişilere açık havaya çıkma ve koşullara bağlı olarak, aynı bölümde bulunan mahkumlarla sınırlı temasta bulunmalarına izin verilmiştir. Ayrıca 6 Nisan 2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında İçtüzüğünün 186. maddesi gereğince tutuklular, mahkûmlara tanınan sportif aktiviteler ile sosyal aktivitelere katılma, açık havaya çıkma, eğitim ve ziyaretçilerle görüşme hakkı gibi birçok haktan yararlanma imkanına sahiptirler[124]. Unutulmamalıdır ki tutukluluk süresince kişilerin onurunu ve haklarını koruma yükümlülüğü devlete aittir. Devletin kendi eliyle tutuklulara tanınan hakların kullanılmasını sınırlandırmaması gerekir. Devlet bu hakların kullandırılmasında bir ayrımcılık da yapamaz[125]. Öte yandan, 5275 sayılı Kanun'un 115. maddesine göre, yalnızca tehlike halde bulunan, delil karartma tehlikesi bulunan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güveliğini tehlikeye düşüren ya da suçun tekrarlanmasına olanak verecek davranışta bulunan kişiler hakkında kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme kararıyla tutuklunun tek başına sıkı bir rejim altında muhafaza edilmesine ve belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin kesilmesine karar verilebilir.

Öte yandan, ayrımcılık hukuki tanım bakımından insanlara karşı önyargı veya düşmanlık sonucunda farklı davranmak anlamına gelmektedir. Ayrımcılık yasağı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından, diğer faktörlerin yanında, cinsel yönelim nedeniyle hiçbir ayrımcı davranışa tabi tutulmama demektir[126].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bir ayrımcılığın meydana geldiğinin kabulü için; vuku bulduğu iddia edilen olayların Sözleşme ile

---

123 **Demirbaş**, (İnfaz Hukuku), s. 216.

124 Detaylı bilgi için bkz: **Demirbaş**, (İnfaz Hukuku), s. 271-334; **Süslü**, Güven: Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 231-305.

125 **Süslü**, s. 245; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Peers-Yunanistan, B.N:28524/95, 19.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59413 (E.T:27.02.2017).

126 **Bağdatlı,** s. 56; **Karan**, s. 477; **Doğru/Nalbant**, (II.Cilt), s. 604; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 421; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 421; **Doğru**; s. 81; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Stec ve Diğerleri-Birleşik Krallık, B.N:65731-65900/01, 12.04.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-73198 (E.T:10.03.2017).

tanınan hak ve özgürlüklerden birinin etki alanına girmesi gerekir[127]. Ayrımcılık yasağının bu tamamlayıcı niteliği[128], Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokol ile daha da genişletilmiş ve "*hukuk tarafından tanınmış bir haktan yararlanma*" bakımından da ayrımcılığın yapılamayacağı kabul edilmiştir[129].

Gerek doktrin gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ifade edildiği gibi; "*bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa dayanmıyorsa; diğer bir deyişle meşru bir amaç izlenmiyor veya kullanılan araç ile hedeflene amacın ölçülü değilse*" bir ayrımcılık söz konusudur[130].

Görüldüğü üzere, ayrımcılık yasağı temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklamamaktadır. Ancak bu muamelenin farklılaşması hiçbir objektif ve makul bir nedene dayanmıyorsa ortada bir ayrımcılık olduğu kabul edilmektedir. Makul bir nedenin varlığı ise, muamele ile sonuç arasında ve kullanılan araç ile hedeflenen amaç arasında bir orantı olup olmadığına ve toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara uygun olup olmadığına ya da toplumsal açıdan zorlayıcı bir nedenin bulunup bulunmadığına bakılarak bulunabilmektedir[131].

---

127 **Karan**, s. 486; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 420; **Doğru**, s. 81; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Schalk ve Kopf – Avusturya, B.N:30141/04, 24.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004 (E.T:27.02.2017); Karner-Avusturya, B.N:40016/98, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61263 (E.T:27.02.2017); Petrovic-Avusturya, B.N:20458/92, 27.03.1998, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58146 (E.T:27.02.2017).

128 **Doğru/Nalbant,** s. 603; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok,** s. 420.

129 **Doğru/Nalbant,** s. 603; **Doğru,** s. 81.

130 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Belçika Eğitim Dili Davası-Belçika, B.N:1474/62&1677/62&1691/62&1769/63&1994/63&2126/64, 23.07.1968, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57524 (E.T:10.03.2017); Anayasa Mahkemesi Kararı: E.2009/47, K.2011/51, K.T.17.03.2011, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/04f5942c-cbb5-498d-bfbc-1578f057b191?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (E.T:10.03.2017).

131 **Karan**, s. 478; **Doğru/Nalbant**, (2.Cilt), s. 604; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 421; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 421-422; **Doğru**, s. 81; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Schalk ve Kopf-Avusturya, B.N: 30141/04, 24.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004 (27.02.2017); Burden - Birleşik Krallık, B.N:13378/05, 29.04.2008, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-86146 (27.02.2017).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre farklı muamele; olay bağlamında tecrit hapsi, kişinin cinsel yönelimi gibi özel yaşamının en gizli alanı olan mahremini ilgilendiriyorsa, daha titiz davranılmalı ve bu muameleyi haklı gösteren kuvvetli ve inandırıcı sepeler ortaya koyulmalıdır[132]. Devletlerin her ne kadar benzer durumlar arasındaki çeşitli farklılıkların, farklı bir muameleyi haklı kılıp kılmadığı konusunda takdir yetkisi olduğu kabul edilse de[133], farklı muamele cinsen yönelim ile ilgiliyse devletlerin bu konuda takdir alanı oldukça dardır[134]. Bu nedenle cinsel yönelim söz konusu olduğunda, yapılan muamelenin hedeflenen amacı gerçekleştirmek için uygun olduğunun kanıtlanmasının yanında; bu amacı gerçekleştirmek için belirli kategorideki insanları; yani eşcinselleri ilgili düzenlemelerin dışında bırakmanın gerekli olduğu da gösterilmelidir. Eğer farklı muamele gerekçesi olarak ileri sürülen nedenler, sadece başvurucunun cinsel yönelimlerine dayanıyorsa ayrımcılık yasağının ihlali söz konusudur[135].

Mahkeme, bu bilgiler ışığında, X Kararı'nı değerlendirirken başvuranın vücut bütünlüğüne saldırı riskini gözetmiş ve gerekçe olarak da başvuranın daha önce maruz kaldığı sindirme ve taciz eylemlerini de dayanak göstermiştir. Ancak bu riskin, başvuranı korumak için bazı güvenlik tedbirlerinin alınmasını gerekli kılsa dahi, başvuranın cezaevi topluluğundan tamamen dışlanmasını, sosyal aktivitelere katılmasının engellenmesini ve açık havaya çıkarılmamasını haklı göstermeye yetmeyeceğini de kaydetmiştir.

---

132 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Karner-Avusturya, B.N:40016/98, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61263 (E.T: 27.02.2017); Smith ve Grady-Birleşik Krallık, B.N:33985-33986/96, 25.07.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59023 (E.T:27.02.2017); L ve V-Avusturya, B.N: 39392-39829/98, 09.01.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60876 (E.T: 27.02.2017).

133 **Karan**, s. 478; **Doğru/Nalbant**, (2.Cilt), s. 604; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 421; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 421-422; **Doğru**, s. 81.

134 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733 (E.T:27.02.2017); Karner-Avusturya, B.N:40016/98, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61263 (E.T:27.02.2017); Kozak-Polonya, B.N:13102/02, 02.03.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-97597 (E.T:27.02.2017).

135 **Doğru/Nalbant**, (II.Cilt), s. 616-617; **Karan**, s. 464; **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 420; **Doğru**, s. 82; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Alekseyev-Rusya, B.N:4916/07&25924/08&14599/09, 21.10.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-101257 (10.03.2017).

Mahkeme, başvuranın maruz kaldığı tedbirin infaz hâkimi ve ağır ceza mahkemesi tarafından denetlenmesine yönelik girişimleri de başvuruların esastan incelenmeden reddedilmesi nedeniyle sonuçsuz kaldığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme, başvuranın tutukluluk koşullarını ilgilendiren şikâyetine ilişkin etkili bir başvuru yolundan mahrum bırakıldığı ve insanlık onuruna saygı göz edilmeksizin yaşamaya uygun olmayan koşullarda tutulduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, dava konusu davranışların sebebinin başvuranın cinsel yönelimi olmasından bahisle, aynı zamanda 14. madde açısından da başvuruyu kabul etmiştir.

Bu açıdan bir değerlendirme yapmak gerekirse, bir tedbirin hukuka uygun kabul edilebilmesi için meşru bir amaca yönelmesi ve başvurulan tedbir ile istenilen amaç arasında bir oran/adil denge bulunması gerekmektedir. Olayda başvurulan tecrit uygulamasının hukuka uygun kabul edilmesi için ise tedbirin tutulan kişiyi diğer tutulanlardan koruma gibi bir meşru amaca yöneldiğinin kabul edilmesi yeterli olmayacaktır; ayrıca bu tedbir ile istenilen amaç olan başvuranın vücut bütünlüğünün korunması konusunda bir denge bulunup bulunmadığı da tespit edilmelidir. Bu tespitin yapılmasında ise, öncelikle tutulan yerin insan onuruyla bağdaşan, tutulmanın pratik gerekleri doğrultusunda kişinin beden ve ruh sağlığını koruyacak koşullara uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Başvuranın ifadelerinde belirtildiği üzere, kendisinin tecrit altında tutulduğu yer yedi metre kare olmasına rağmen; yaşam alanı bunun yarısı olup, hücrede lavabo ve yeterli ışıklandırma bulunmamakta ve hücrenin kirli olması nedeniyle fareler bulunmaktadır. Dolayısıyla, başvuranın toplamda on üç ay kaldığı hücre insan onuruyla bağdaşmadığı gibi; ne tutukluluğun pratik gereklerini ne de kişinin beden ve ruh sağlığını koruyabilecek koşulları sağlamaktadır.

İkinci olarak ise, tecrit uygulamasının katılığı ve bu bağlamda tedbirin tutulanın temiz hava almasını ve sosyal aktivitelere katılmasını engellenmesini, cezaevi topluluğundan tamamen dışlanmasını sağlayıp sağlamadığı, süresi ve başvuran üzerindeki etkileri de değerlendirilmelidir. Olayda, tecrit uygulaması başvuranın vücut bütünlüğünün korunması gibi bir meşru nedene dayansa da, bu uygulamanın temiz hava alma ve sosyal aktivitelere katılmayı engellemesi ile cezaevi topluluğundan tamamen dışlanmayı içermesi için yeterli bir zorlayıcı neden değildir. Öyle ki, kişinin temiz havaya çıkma ve sosyal aktivitelere katılması vücut bütünlüğünü koruyucu gerekli tedbirlerin sağlanması; bu anlamda belki de yanına bir gardiyan verilmesi ile mümkün kılınabilecekken, kişi direkt olarak bu imkanlardan men edilmiş, diğer tutuklularla iletişim kurması engellenmiş ve cezaevi topluluğundan tamamen dışlanmıştır. Bu tedbire son verme amacıyla herhangi bir çözüm

bulunmaya çalışılmamış ve başvuranın birçok kez yaptığı itiraz ve başvurulara rağmen; kişi etkin bir başvuru yolundan mahrum bırakılıp, uygulamaya on üç ay boyunca devam edilmiştir. Ek olarak, sözü geçen tedbirin başvuran üzerinde, yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu ve psikolojik sağlığının kötülüğü gibi nedenlerin de etkisiyle bırakabileceği etkileri düşünülmemiştir. Kararda kişinin düzenli olarak fiziksel ve zihinsel muayenelere tabi tutulmadığı ve ancak tedbirin uygulanmaya başlanmasından yaklaşık beş ay sonra mahkeme kararı sonucunda hastaneye sevk edildiği belirtilmiştir. Hastane tarafından verilen rapordan da anlaşılacağı üzere, bu kadar ağır koşullardaki tecrit uygulaması kişi üzerinde geri döndürülemez psikolojik sorunlara neden olmuştur.

Anılan bu sebeplerle, başvurana uygulanan tecrit hapsi kişinin beden bütünlüğünün korunması gibi meşru(zorunlu) bir sebebe dayansa bile; bu meşruluk (zorunluluk) başvuranın temiz hava almasının ve sosyal aktivitelere katılmasının engellenmesi ile cezaevinden tamamen dışlanmasını kapsamamaktadır. Ayrıca tedbirin uygulandığı yer, süre ve başvuran üzerindeki etkileri açısından da yapılan değerlendirme sonucunda, tedbir ile istenilen amaç arasında oran/adil denge bulunduğu kabul edilemezdir.

Son olarak, bir tecrit hapsi söz konusu ise, ayrımcı bir davranışın ilgilinin hapishane yaşamından tamamen tecrit edilmesinde bir rol oynayıp oynamadığı konusunda ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Başvuruya konu olayda, başvuranın cinsel yönelimlerinden dolayı vücut bütünlüğüne saldırı riski bulunduğu iddia edilerek, başvuran cezaevi topluluğundan soyutlanmış, sosyal aktivitelere katılması ve açık havaya çıkması engellenmiştir. Mahkeme'nin de kararda önemle belirttiği gibi devletlerin takdir alanının oldukça dar olduğu cinsel yönelim nedeniyle birtakım tedbirlerin alınması gerekse de böylesine ağır bir tedbir uygulanması, kişinin vücut bütünlüğünü koruyacak daha ölçülü bir tedbir bulununcaya kadar bile kabul edilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kararda da ifade edildiği gibi başvuranın on üç gün boyunca bu tedbire maruz bırakılması zorlayıcı neden olarak kabul edilmesi oldukça güçtür.

Sonuç olarak, Mahkeme'nin vuku bulan olaylarla ilgili olarak başvuranın cinsel yönelimi; yani sadece eş cinsel olması nedeniyle kendisine karşı bir ayrımcılık yapıldığı ve böylesi ağır bir tedbire on üç ay boyunca maruz kaldığı görüşüne katılmaktayız.

SONUÇ

Yukarıda incelediğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09 Ekim 2012 tarih ve 24626/09 No.'lu X Kararı, hem vuku bulan olaylar hem de bu olaylar kapsamında yapılan yargılama sonucu açısından etkileyici niteliktedir. Karara konu olay, eşcinsel, transseksüeller ve travestiler ile ilgili gün geçtikçe artan ve kamu vicdanını derinden sarsan nitelikteki ihlallerden sadece bir tanesidir.

Dünyada ve ülkemizde eşcinselliğin içselleştirilememesi; yani eşcinsellerin ötekileştirilmeleri sonucunda, kişinin bedensel veya ruhsal yönden iki cinsiyete birden sahip olması veya bedenen sahip olduğu cinsiyeti reddetmesi gibi durumlarda işkenceye uğramaması veya bir ayrımcılığa tabi tutulmaması gerektiği konusunda bir farkındalık oluşamamaktadır. Bu anlamda eşcinseller, karara konu olayda olduğu gibi, bu kişilerin de temiz hava alma, temiz bir ortamda yaşama, gün ışığı alma, sosyalleşme gibi birtakım ihtiyaçları ve bu bağlamda işkence görmeme ve ayrımcılığa uğramama şeklinde temel hak ve özgürleri olduğu göz ardı edilerek sadece eşcinsel olmaları sebebiyle çok ağır müdahaleler maruz kalmaktadırlar.

Ülkemizde güncelliğini koruyan ve kararın verildiği 2012 yılından bu yana gittikçe önemi artan bir konu olan cinsel eğilim nedeniyle maruz kalınan hakaret, psikolojik ve bedensel darbeler, gasplar ve dahası cinayetler belki de sadece bu sebeple daha az tartışılmakta; önemsiz sebeplerle açılan davalar ülke gündeminden düşmez iken eşcinsellere karşı yapılan hak ihlalleri göz ardı edilmektedir.

Bu şekilde göz ardı edilen hak ihlalleri ile mücadele konusunda atılması gereken birçok adım bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi eşcinsel kişilerin de suç işleme potansiyeline sahip olduğu unutulmadan, karara konu olaydaki gibi bir uygulamanın tekrardan yaşanmaması adına kadın ve çocuk tutuklular ile hükümlüler için yapılan ayrı koğuş uygulamasının, eşcinsel kişilerin özel durumlarının korunması; diğer bir deyişle vücut bütünlüğünün korunmasının yanında işkenceye ve ayrımcılığa uğramamalarının sağlanması amacıyla eşcinsel tutuklu ve hükümlüler için de hayata geçirilmesidir.Böylelikle eşcinsel tutuklu ve hükümlülerin, birbirleri ile iletişim kurabilmelerine ve bir arada çeşitli sosyal çalışmalarda bulunabilmelerine imkân tanınarak ceza hukukunun özü olan suçluların topluma geri kazandırılması politikasının da daha etkin biçimde uygulanacağı söylenebilir.

KAYNAKÇA

Bilimsel Eserler

Acer, Yücel/**Kaya**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Akgül, M. Emin: "*Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Bağlamında AİHS ve Anayasa Hükümleri Çatışmasında Öncelikli Uygulama Sorunu*", TBB Dergisi, Sayı 87, Yıl:2010, s. 121-149.

Aliefendioğlu, Yılmaz: "*Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu*", Danıştay'ın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu-Danıştay ve İdari Yargı Günü (11.05.2007), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2008, s. 153-167, www.danistay.gov.tr

Aliefendioğlu, Yılmaz: "*Eşitlik İlkesi*", Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 77-96 (Eşitlik İlkesi).

Altınordu, Fazıl: AİHS'NE Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012.

Aybay, Rona: "*Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukuku'ndaki Yeri*", TBB Dergisi, Sayı:70, Yıl:2007, s. 187-213.

Bağdatlı, Selahattin: Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010.

Bardak, Cengiz: Cezaların İnfazı ve İnfaz Müesseseleri, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Bilir, Faruk: "*Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri*", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı:1, Yıl:2005, s. 77-107.

Boyar, Oya: "*İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İNCEOĞLU, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Bozkurt, Emre/**Kütükçü**, M. Akif/**Poyraz**, Yasin: Devletler Hukuku, 8. Baskı, Yetki Yayınları, Ankara 2015.

Centel, Nur/**Zafer,** Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

Cumalıoğlu, Emre: "*Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40.*

Maddesi Anayasa'ya Aykırı Mıdır?", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan-I. Cilt, Cilt:15, Sayı:2, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 439-464.

Demirbaş, Timur: İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

Demirbaş, Timur: İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, (İnfaz Hukuku).

Doğan, İlyas/**Kaya**, Mehmet: İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

Doğru, Osman: Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

Doğru, Osman: İnsan Hakları ve Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2006 (İşkence ve Kötü Muamele).

Doğru, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar I. Cilt, 1. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 2012.

Doğru, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar II. Cilt, 1. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 2013 (II.Cilt).

Dönmez, Burcu: "*Ayrımcılık Suçu*", TBB Dergisi, Sayı:102, Yıl:2012, s. 9-58.

Eren, Abdurrahman: "*1982 Anayasasının 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi*", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:VIII, Sayı:3-4, Yıl:2004, s. 47-77.

Gemalmaz, Mehmet Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, 3. Bası, Legal Yayınları, İstanbul 2015.

Gemalmaz, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-I. Cilt: Uluslararası Sistemler, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2011 (I. Cilt).

Gemalmaz, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri-II. Cilt: Uluslararası Sistemler, 2. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2011 (II. Cilt).

Gemalmaz, Mehmet Semih: İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002 (İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler).

Gören, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, 2. Baskı, Cumhuriyet Matbaası, İzmir 1993.

Gözübüyük, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Baskı, Turhan Yayınları, Ankara 2016.

Kalabalık, Halil: İnsan Hakları Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Karan, Ulaş: "*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Konuk, Bahar: Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Oğuz Şimşek, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı-Avrupa Birliği Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Nuhoğlu, Ayşe: "*İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, Yayın No: 8, İstanbul 1999, s. 527-592.

Öden, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Önok, R. Murat: Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

Özbek, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Özbudun, Ergun: Anayasa Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Özbudun, Ergün: Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Türk Anayasa Hukuku).

Pazarcı, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 10. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2011.

Sabuncu, Yavuz: Anayasa Giriş, 16. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2014.

Şahin, Cumhur/**Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2007.

Şimşek, Oğuz: Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Danışman: Prof. Dr. Zafer GÖREN, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal

Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı, Doktora Tezi, İzmir 1999.

Soysal, Mümtaz: Anayasaya Giriş, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.

Sur, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Süslü, Güven: Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

Tanör, Bülent: İki Anayasa: 1961-1982, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Tanör, Bülent: Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, (Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu).

Tezcan, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rıfat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, 1. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2003.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Airey-İrlanda, B.N:6289/73, 09.10.1979, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57420

Akkoç-Türkiye, B.N:22947-22948/93, 10.10.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58905

Aksu-Türkiye, B.N:4149-41029/04, 15.03.2012, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-117640

Alekseyev-Rusya, B.N:4916/07&25924/08&14599/09, 21.10.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-101257

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1969 tarihli Yunanistan Davası ile ilgili Raporu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 Nolu Protokol-Açıklayıcı Rapor, orijinal metni: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce48

Belçika Eğitim Dili Davası-Belçika, B.N:1474/62&1677/62&1691/62&1769/63&1994/63&2126/64, 23.07.1968, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57524

Burden-Birleşik Krallık, B.N:13378/05, 29.04.2008, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-86146

Castells-İspanya, B.N:11798/85, 23.04.1992, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57772

Costello-Roberts-Birleşik Krallık, B.N:13134/87, 25.03.1993, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57804

Dougoz-Yunanistan, B.N:40907/98, 06.03.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59338

Gafgen-Almanya, B.N:22978/05, 01.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-99015

Ilaşçu ve Diğerleri-Moldova ve Rusya, B.N:48787/99, 08.07.2004, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61886

İrlanda-Birleşik Krallık, B.N:26565/05, 18.01.1978, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-116732

Karner-Avusturya, B.N:40016/98, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61263

Kozak-Polonya, B.N:13102/02, 02.03.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-97597

Kremzow-Avusturya, B.N:12350/86, 21.09.1993, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57829

Kudla-Polonya, B.N:30210/96, 26.10.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58920

L ve V-Avusturya, B.N:39392-39829/98, 09.01.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60876

Labita-İtalya, B.N:26772/95, 06.04.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58559

Lithgow ve Diğerleri-Birleşik Krallık, B.N:906/80&9262-9263-9265-9266-9313-9405/81, 08.07.1986, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57526

Opuz-Türkiye, B.N:33401/02, 09.06.2009, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-92945

Peers-Yunanistan, B.N:28524/95, 19.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59413

Petrovic-Avusturya, B.N:20458/92, 27.03.1998, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58146

Ramirez Sanchez-Fransa, B.N:59450/00, 04.07.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76169

Raninen-Finlandiya, B.N:20972/92, 16.12.1997, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58123

Ribitsch-Avusturya, B.N:18896/91, 04.12.1995, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57964

Rohde-Danimarka, B.N:69332/01, 21.07.2005, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-69795

Salgueiro da Silva Mouta ve Portekiz, B.N:33290/96, 21.12.1999, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58404

Salman-Türkiye, B.N:21986/93, 27.06.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58735

Schalk ve Kopf-Avusturya, B.N:30141/04, 24.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004

Smith ve Grady-Birleşik Krallık, B.N:33985-33986/96, 25.07.2000, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59023

Stec ve Diğerleri-Birleşik Krallık, B.N:65731-65900/01, 12.04.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-73198

Virabyan-Ermenistan, B.N:40094/05, 02.10.2012, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-113302

X ve Diğerleri-Avusturya, B.N:19010/07, 19.02.2013, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126733

Anayasa Mahkemesi Kararları

E.1976/1, K.1976/28, K.T.25/05/1976, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b230ab9d-6ace-43ee-b694-e139f3500987?excludeGerekce=False&wordsOnly=False

E.2011/145, K.2013/70, K.T.06.06.2013, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/d25b1653-ffc1-41b2-a55d-c2dd0a04f17e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False

E.1991/34, K.1991/34, 08.10.1991, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b3720c5b-0bab-4b2c-9099-3a9328deb455?excludeGerekce=False&wordsOnly=False

E.2009/47, K.2011/51, K.T.17.03.2011, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/04f5942c-cbb5-498d-bfbc-1578f057b191?excludeGerekce=False&wordsOnly=False

İnternet Erişimi

http://hudoc.echr.coe.int

http://evrimagaci.org

http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr

www.atk.gov.tr

www.basbakanlik.gov.tr

www.danistay.gov.tr

www.kazanci.com

www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr

www.tdk.gov.tr

www.echr.coe.int

www.un.org.tr

5718 SAYILI MÖHUK UYARINCA TENKİS DAVASINDA UYGULANACAK HUKUKUN KAMU DÜZENİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE YETKİLİ MAHKEME

Arş. Gör. Burcu İRGE ERDOĞAN*

Öz

Mirasbırakan yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar veya ölüme bağlı tasarruflar ile tasarruf edilebilir oranı aşmış ve saklı payları ihlal etmiş ise, mirasçılar saklı paylarını elde edebilmek için tenkis davası açma hakkına sahiptir. Yabancı unsurlu tenkis davalarında uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)[1] m. 20/1 ile belirlenecektir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusu ise MÖHUK m. 43 uyarınca tespit edilecektir. Çalışmamızın amacı, MÖHUK m. 20/1 uygulama alanında kamu düzeni etkisi ile konusu taşımaz olan tenkis davalarında münhasır yetkili mahkeme konularını incelemektir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası miras, tenkis, uygulanacak hukuk, kamu düzeni, münhasır yetki

ASSESSMENT OF THE APPLICABLE LAW ABOUT ACTIONS FOR REDUCTION ACCORDING TO LAW NO. 5718 IN VIEW OF PUBLIC ORDER AND THE COMPETENT COURT

Abstract

The legator's inter vivo dispositions or the testamentary dispositions have exceeded the free right of disposition and violated the reserved portions, the

---

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (e-posta: burcuirge@kocaeli.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 08.08.2017-08.08.2017/Makale Kabul Tarihleri: 26.01.2018-08.02.2018)

[1] 5718 sayılı, 27.11.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih ve Sayı 12.12.2007-26728.

legatees are entitled to lodge a lawsuit for reduction in order to obtain their reserved portions. The law to be applied in the case of international reduction is the law no. 5718 on private international law and Procedural Law (MÖHUK) with related articles, no. 20/1. The subject of international jurisdiction of Turkish courts determine according to MÖHUK no. 43. The goal of this study is to analyse the within the scope of MÖHUK no. 20/1 public order obstruction and also exclusive jurisdiction of action for reduction which about immovable property.

Keywords

Intermational sussession, reduction, applicable law, public order, exclusive jurisdiction

GİRİŞ

Mirasbırakan terekesinin mirasçıların saklı payları dışında kalan kısmında istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü saklı paylı mirasçıların saklı pay miktarı ile sınırlanmıştır[2]. Terekenin saklı paylar toplamı dışında kalan ve mirasbırakanın serbestçe tasarruflarına konu olan bölümü *"tasarruf edilebilir kısım (tasarruf oranı)"* olarak adlandırılmaktadır. Mirasçıların, mirasbırakanın gerek sağlararası gerek ölüme bağlı tasarruf yoluyla yaptığı ve saklı paylarını ihlal eden işlemlerinin iptal edilmesine imkan veren talep haklarına tenkis adı verilmektedir. Türk Medeni Kanunu[3] (TMK) m. 560/1'de bu husus *"Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, mirasbırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler"* şeklinde düzenlenmiştir. Saklı payları ihlal edilen mirasçılar bu kazandırmaların saklı paylarını ihlal etmeyecek duruma getirilmesini tenkis davası ile gerçekleştirebileceklerdir[4].

Tenkis davası da diğer davalar gibi zaman zaman yabancılık unsuru taşıyabilir. Bu durumda Türk hâkimi MÖHUK hükümlerine göre uygulanacak hukuku tespit edecek ve uyuşmazlığı çözecektir. Bununla birlikte yine Tük hâkimi yabancı unsurlu davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olup olmadığı konusunda karar verecektir.

Çalışmamızın ilk kısmında yabancı unsurlu tenkis davalarında uygulanacak hukuk konusu atıf ve kamu düzeni ile birlikte değerlendirilecektir. İkinci kısmında ise yabancı unsurlu tenkis davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusu incelenecektir. Konunun genişliği göz önünde tutularak, yabancıların miras hakkı ile Avrupa Birliği Miras Tüzüğü kapsam dışında bırakılmıştır.

---

2 **Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973, s. 8; **Nar**, Ahmet: Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul 2016, s. 7; **Oğuzman**, Kemal: Miras Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1995, s. 218; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2016, s. 235.

3 4721 Sayılı 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 8.12.2001-24607.

4 **Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul 2015, s. 291; **Dural/Öz**, s. 276; **Öztan**, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Yedinci Bası, Ankara 2016, s. 121; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Ankara 2014, s. 258; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 411-412; **Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2016, s. 219; **Nar**, s. 11-12.

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TENKİS DAVASINDA UYGULANACAK HUKUK

A. Mirasa Uygulanacak Hukuk

Yabancı unsurlu miras davalarında uygulanacak hukuk konusu MÖHUK m. 20'de düzenlenmiştir[5]. Hükme göre, mirasa ilişkin hükümlere ölenin milli hukuku uygulanır ve Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır. Bununla birlikte anılan maddenin ikinci fıkrasında mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümlere terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır (MÖHUK m.20/1-2).

Çalışmamızın konusu tenkis davasında uygulanacak hukuk olduğundan MÖHUK m. 20/1 hükmü uygulama alanı bulur. MÖHUK m. 20/1'de getirilen bağlama kuralı ölenin milli hukuku olmasına rağmen bir istisna hükmü getirilmiş ve Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, mirasbırakan Türk ise uygulanacak hukuk Türk hukukudur. Mirasbırakan yabancı ise uygulanacak hukuk bakımından taşınırlar ve taşınmazlar için ikili bir ayrım gerekmektedir. Yabancı mirasbırakanın taşınır malları hakkında uygulanacak hukuk mirasbırakanın milli hukukudur. Yabancı mirasbırakanın yabancı bir ülkede bulunan taşınmazlar için de yine mirasbırakanın milli hukukudur. Ancak yabancı mirasbırakanın Türkiye'de bulanan taşınmaz malları hakkında uygulanacak hukuk Türk hukukudur[6].

MÖHUK m. 20/1'in uygulama alanı; mirasçıların tespiti, cenin ve evlatlığın mirasçılığı, miras payları, saklı payın olup olmadığı ve oranları, mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma, mirastan feragat, mirasbırakanın tasarruf yetkisinin kapsamı, mirasta iade, miras sebebiyle istihkak davası,

---

5 Mirasa ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına *"miras statüsü"* adı da verilmektedir.

6 Yabancıların Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerinde miras hakkı olup olmaması Tapu Kanunu m. 35 ve diğer ilgili mevzuat hükümlerinde yer alan kısıtlamalara göre belirlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Esen**, Emre: *"Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S.2, Temmuz 2016, s. 678 vd; **Güven**, Pelin: *"Yabancıların Vasiyetname Yapma Ehliyetine, Vasiyetin Şekline ve Esasına Uygulanacak Hukuk ile Bu Kapsamda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı"*, AÜEHFD, C. X, S. 1-2, 2006, s. 353; **Ekşi**, Nuray: Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 147 vd; **Şanlı**, Cemal: *"Türk Devletler Özel Hukukunda Mirasa İlişkin Bazı Sorunlar"*, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 345-352.

mirasçıların tereke borçlarından sorumluluğu, terekeye dahil mallar ve mirasın reddi konuları ile ilgili davalarda uygulanacak hukukun belirlenmesidir[7].

MÖHUK m. 20'de miras hukukuna ilişin davalarda uygulanacak hukuk konusu düzenlenmiş ancak hangi andaki milli hukukun uygulanacağı konusu düzenlenmemiştir. MÖHUK m. 3'te yer alan düzenlemeye göre uygulanacak hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre belirlendiği hallerde aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınmaktadır. Ancak burada mirasbırakanın ölümden sonra vatandaşlık değiştirmesi teknik olarak mümkün olmadığından ölüm anındaki milli hukukunun uygulanacağının kabul edilmesi gerekmektedir[8]. Miras davalarının niteliği gereği uygulanacak hukuk mirasbırakanın ölüm anındaki milli hukukudur.

Mirasbırakanın birden fazla vatandaşlığa sahip olması vatansız veya mülteci olması durumunda ise, MÖHUK m. 4'te düzenleme getirilmiştir. Madde 4:"*(1) Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe;*

a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku,

b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku,

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet

---

7 **Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2015, s. 292; **Aybay**, Rona/**Dardağan**, Esra: Uluslararası düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul 2008; s. 233; **Tekinalp**, Gülören/**Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 295; **Şanlı**, Cemal/ **Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2016, s. 215; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 306; **Ekşi**, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 39; **Tanrıbilir**, Feriha Bilge: Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000, s. 146; **Tanrıbilir**, Feriha Bilge: "*Yabancıların Mirasçılık Sıfatı*", Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 700; **Can**, Hacı/**Toker**, Ali Gümrah: Milletlerarası Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 93; **Gürzumar**, Aydanur: "*Türk Yabancılar Hukukunda Yabancı Gerek Kişilerin Miras Hakkı Var Mıdır?*", MHB, C. 19, S. 1-2, Y. 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 386; **Altıparmak**, Ayşe Kübra: İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2017, s. 107; **Esen**, *Miras Hakkı*, s. 673.

8 **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 294; **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 35.

hukuku, uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre mirasbırakan hem Türk vatandaşı hem de yabancı vatandaş ise, uygulanacak hukuk yine Türk hukukudur. Birden fazla vatandaşlığı olmakla birlikte Türk vatandaşlığı olmayanlar için sıkı ilişki içinde oldukları ülkenin hukuku uygulanır[9]. Vatansızlar[10] ve mülteciler[11] hakkında ise, yerleşim yeri hukuku yoksa mutad mesken, o da yoksa dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı maddede düzenlenmiştir. Buna göre Türk hakiminin önüne gelen vatansız veya mülteci mirasbırakana ilişkin miras davasında uygulanacak hukuk m. 4/1(a)'ya göre belirlenir[12]. Hükmün gerekçesi: *"Tasarının 4.maddesinin a bendine "ve mülteciler" ibaresinin eklenmesinin amacı sadece Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca milli hukukun uygulanması gereken hallerde, vatandaşlıkları olsa bile o ülkenin diplomatik himayesinden çeşitli nedenlerle yararlanamayan bu kişilere Türkiye'de kaldıkları süre içinde yapacakları ve muhatap oldukları işlemlerde, milli hukuk yerine uygulanacak hukukun ne olduğunu göstermektedir. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesinin*[13]

---

9 MÖHUK m.4/1-b ve c hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, Gülüm: *"Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve Möhuk m. 4(1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 111-150.

10 *"Vatansız kişi: Hiçbir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunmayan ve yabancı sayılan kişiyi,"* 6458 sayılı YUKK m. 3/ş ile *"kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir Devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan bir kişi anlamına gelir"* bkz. 28 Eylül 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme metni http://uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/bm/bm_14.pdf E.T. 02/01/2018.

11 Maddede geçen mülteci kavramı 6458 sayılı YUKK m. 61'de *"Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir."* şeklinde belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikel**, Aysel/**Öztekin Gelgel**: Yabancılar Hukuku, 23. Bası, İstanbul 2017, s. 20-25.

12 MÖHUK m. 4 ile ilgili miras davalarında uygulanacak hukuk hakkında bkz. **Tanrıbilir**, Kanuni Mirasçılık, s. 26-28.

13 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşme için bkz. http://www.danistay.gov.tr/upload/multecilerin_hukuki_durumuna_dair_sozlesme.pdf E.T. 05/01/2018.

22 nci[14] *maddesinde bu konuda aynı mealde bir hüküm bulunmakla birlikte, Sözleşmeye katılmamış olan ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da düzenlenmesinin gerekli olduğu düşüncesiyle Tasarının 4 üncü maddesine söz konusu ekleme yapılmıştır."* şeklinde ifade edilmektedir. MÖHUK m. 4/a bendinde yer alan "mülteci" düzenlemesi Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu[15] (YUKK)'da yer alan mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma ve geçici koruma kapsamındaki kişiler bakımından da uygulama alanı bulmalıdır[16].

B. Yabancı Unsurlu Tenkis Davasında Uygulanacak Hukuk

Türk hâkimi önüne gelen bir uyuşmazlıkta yabancılık unsurunu tespit ettiği noktada MÖHUK hükümlerine göre uygulanacak hukuku belirlemek zorundadır. MÖHUK m. 1'de yer alan düzenlemeye göre, yabancılık unsuru taşıyan ve özel hukukla ilgili işlem veya ilişkiler bu kanunun kapsamındadır. Dolayısıyla, bir uyuşmazlıkta MÖHUK hükümlerinin uygulanması için iki unsurun varlığı aranır. Birincisi, hukuki ilişkide yabancılık unsuru bulunmasıdır. İkincisi, uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin bir konuda olmasıdır[17].

---

14 Belirtilen düzenleme 12. maddede düzenlenmiştir. Gerekçe metnine sehven 22 nci madde olarak yazılmıştır.

15 6458 sayılı, 04.04.2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih ve Sayı 11.04.2013-28615.

16 **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 20 dn. 60; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 79, dn. 21/a.

Doktrinde bu maddede geçen *"mülteci"* kavramına yalnızca Avrupa'dan gelen mültecilerin dahil olduğu yönünde bir görüş de mevcuttur Yazara göre, MÖHUK m. 4, Türk yabancılar hukukunda uluslararası koruma kapsamı ve türleri dikkate alınmadan hazırlanmıştır. Bu nedenle maddenin revize edilerek mülteci kavramı yerine *"uluslararası koruma talep eden veya uluslararası koruma sağlanan yabancılar"* ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacaktır. **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 37-38.

Bir başka yöndeki görüşe göre, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma kapsamındakilerin dahil olduğu ancak YUKK'da getirilen ve yine Suriyelileri özellikle ilgilendiren konu olan "geçici koruma" statüsüne dahil kişilerin ise bu kapsamda olmadığı görüşü için bkz. **Altıparmak**, s. 110-112.

17 Hakim, uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olup olmadığını vasıflandırma ile çözecektir. Türk hakimi kendisine gelen uyuşmazlıkta öncelikle uyuşmazlığın vasıflandırmasını yapacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümünde ilk olarak vasıflandırma aşaması ile karşılaşılmaktadır. Vasıflandırma, meydana gelen olayların çeşitli kategorilerde kavramlarla karşılık bulmasıdır. Bir hukuki olay veya işleminin hangi maddi hukuk kuralına tabi olacağı vasıflandırma ile çözüme kavuşur. Uyuşmazlık konusu olayın, hayat ilişkisinin ne şekilde ifade edildiği konusunda karşılaşılabilecek soruna vasıflandırma problemi, bu problem çözülürken yapılan yoruma vasıflandırma

Yabancılık unsurunun tanımı ve uyuşmazlıkta bulunma halleri ile ilgili 5718 sayılı MÖHUK ile 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Yabancılık unsuru for hâkiminin denetimi ile belirlenecektir.

Yabancılık unsuru hukuki ilişki veya işlemlerde kişi ve yer unsurlarında; kişilerin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, işlemin yapıldığı yer, malların bulunduğu yer gibi hallerde kendini gösterebilir[18].

Tenkis davasında yabancılık unsuru, ölenin veya mirasçının vatandaşlığı ya da malvarlığının bulunduğu yer olarak karşımıza çıkabilir.

Yabancı mirasbırakanın mirasçıları arasında görülecek tenkis davasında, saklı pay sahibi mirasçının tespiti, saklı pay oranının belirlenmesi, tenkise tabi kazandırmalar, terekenin belirlenmesi, tenkis davasında süreler, tenkiste sıra gibi tüm hususlara MÖHUK m. 20/1 gereği belirlenen hukukun kuralları uygulanacaktır[19].

Tenkis davasına konu edilen mal, Türkiye'de bulunan bir taşınmaz ise mirasbırakanın milli hukuku önem taşımaz, MÖHUK m. 20/1'e göre uygulanacak hukuk Türk hukukudur. Bu durumda doğrudan Türk hukukuna gidilir ve TMK hükümlerine göre tenkis davası görülür.

Örneğin, İngiliz vatandaşı mirasbırakanın, İngiliz vatandaşı ve Türk vatandaşı mirasçıları arasında görülen ve İstanbul'da bir taşınmaz ile Londra'da bir başka taşınmaz hakkında tenkis davası açılmış olsun. Buna göre uygulanacak hukuk ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Türk hâkimi burada her iki taşınmaz bakımından ayrıma gitmelidir. İstanbul'da bulunan taşınmaz ile ilgili tenkis talebi için Türk hukukunu uygulayacak ve TMK hükümlerine göre saklı paylı mirasçıları, saklı pay oranlarını, tenkise tabi

---

denir. **Aybay/Dardağan**, s. 147; **Çelikel/Erdem**, s. 79; **Nomer**, Devletler Hususî Hukuku, s. 96; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 47-50; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 34. Türk hukukunda vasıf ihtilâfının genellikle lex foriye göre çözümleneceği savunulmaktadır. Buna göre hâkim yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit ederken öncelikle olayı kendi hukukuna göre vasıflandıracaktır. Ancak bazen lex causae'ya göre vasıflandırma hakkaniyete daha uygun düşebilir. Bu durumda hâkim vasıflandırmayı lex causae'ya göre yapacaktır. **Aybay/Dardağan**, s. 150-151; **Çelikel/Erdem**, s. 79-87.

18 **Aygün**, Mesut: *"Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü"*, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Y. 2014, s. 1030; **Altıparmak**, s. 7-11.

19 **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 71; **Uluocak**, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Kişisel Statü-Miras Statüsü), İstanbul 1987, s.116; **Tanrıbilir**, Kanuni Mirasçılık, s.146.

kazandırmaları belirleyip karar verecektir. Öte yandan Londra'da bulunan taşınmaz bakımından ise MÖHUK m. 20/1 gereği İngiliz hukukuna başvuracaktır. Londra'daki taşınmaz için saklı paylı mirasçılar, saklı pay oranları veya tenkise tabi kazandırmalar gibi konularda İngiliz miras hukuku[20] kuralları uygulanarak karar verilecektir[21].

C. Kamu Düzeni

1. Kavram

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta hâkim öncelikle uygulanacak hukuku tespit edecektir. Tespit edilen hukukun hâkimin kendi hukuku dışında bir hukuk olması durumunda hâkim bu hukuk uygulandığı takdirde kendi ülkesinin kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelemek durumundadır. Başka bir ifade ile uygulanacak yabancı hukuk her zaman olaya tatbik edilemeyebilecektir. Hâkim milletlerarası adalet anlayışının yanında kendi hukuk düzeninin temel ilkelerine uygun adalet ve ahlâk anlayışına uygun karar vermek zorundadır[22].

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasına engel olan istisnai bir durum olarak MÖHUK m. 5'te düzenlenmiştir. MÖHUK m. 5'e göre; *"(1) Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır"*. Yabancı hukukta yer alan hükmün uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde, bu hüküm uygulanmayacak, gerekli görülmesi halinde Türk hukuku uygulanarak uyuşmazlık çözüme kavuşturulacaktır. MÖHUK m.2'de yer alan hâkimin re'sen yabancı hukuku tatbik etmesi mutlak değildir. Yabancı hukukun uygulanması, bu hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması şartına bağlıdır. MÖHUK m. 5'te kanun koyucunun özellikle vurguladığı "açıkça" ifadesi ile amaçlanan kamu düzeni müdahalesini asgariye indirmek ve yabancı hukukun uygulanmasını sağlamaktır. Kamu düzeni müdahalesinin asgari düzeyde tutulmasıyla milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması ile karar ahenginin korunmaya çalışılmasıdır. Hâkim, takdir hakkını kullanırken, Türk örf ve

---

20 Miras davalarında atfın dikkate alınıp alınmayacağı hakkında bkz. I/C.

21 İngiliz miras hukuku hakkında bilgi için bkz. **Altıparmak**, s. 27-55.

22 **Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 215; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 71-75; **Çelikel/Erdem**, s. 145.

adetlerini, ahlak kurallarını, sosyal ve ekonomik görüşü ile Anayasanın temel ilkelerini göz önünde bulundurmalıdır[23].

Kamu düzeni kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Kavramın zaman, yer ve konu açısından değişiklik gösterme özelliği nedeniyle, kapsamının tespiti ve tüm unsurlarını içeren bir tanımının yapılması oldukça zordur[24]. Kamu düzeni ifadesi geniş, muğlak ve değişkendir bu nedenle hakimin olaya uygulanacak hukukun kamu düzenine aykırılık tespitinde kamu hukuku ile milletlerarası özel hukuk anlayışları önemli bir yere sahiptir[25].

Kamu düzeninin iki farklı etkisi bulunmaktadır[26]. Bunlar; olumlu etki ve olumsuz etkidir. Kamu düzeninin olumlu etkisi, milli hukukun belirli bir hükmün tercihen uygulanmasını temin etmektedir. Bir başka ifade ile olumlu etki, kamu düzeni gereği hukuk düzeninin dokunulamaz kısmını ifade etmektedir. Kamu düzeninin olumlu etkisine göre, öncelikle yabancı hukukun diğer kuralları dahilinde çözüm bulunmaya çalışılacak ve çözüm bulunamazsa Türk hukuku uygulanmalıdır[27]. Örneğin, farklı dinlere mensup iki yabancının evlenmesine kendi milli hukuklarında izin verilmemiş olsun. Farklı dine mensup olmak Türk hukukuna göre evlenme engeli değildir ve din ayrımı yapmak kamu düzenine aykırı kabul edilir. Bu nedenle kişilerin evlenmelerine Türk hukuku uygulanır. Kamu düzeninin olumsuz etkisi ise yabancı hukukun uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçlar sebebiyle bu hukukun uygulanmasının engellenmesidir. Olumsuz etkide, yabancı kanun

---

23 **Tanrıbilir**, Kanuni Mirasçılık, s. 176.

24 Devletler özel hukukunda kamu düzeni kavramı ile ilgili bkz. **Altuğ**, Yılmaz/**Yasan**, Mustafa: "*Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 139; **Altuğ**, Yılmaz: "*Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)*", AÜSBFD, C. 27, S.3, Cem Sar'a Armağan, 1972,s.371-385; **Atakan**, Arda: "*Kamu Düzeni Kavramı*", MÜHF-HAD, C.13, S.1-2, s. 59-136. **Dayınlarlı**, Kemal: "*Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*", Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988, s. 661; **Demir Gökyayla**, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 27; **Timur**, Hıfzı: Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, 1942, s. 7 vd; **Nomer**, Ergin: "*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi*", MHB, 1999-2000, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 555-576; **Ökçün**, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 7, Ankara 1997.

25 **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 78; **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 165.

26 Bu ayrımı kabul etmeyen görüş hakkında bkz. **Timur**, s. 880.

27 **Altuğ/Yasan**, s. 147-148; **Aybay/Dardağan**, s. 129; **Çelikel/Erdem**, s. 146; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 87.

hükmünün ülkede ortaya çıkaracağı açık sonucun toplumdaki etkisi incelenecektir[28].

2. Tenkis Davasında Kamu Düzeni

Yabancı unsurlu tenkis davalarında kamu düzeni saklı pay hakkı tanıma konusunda karşımıza çıkabilir. Buna göre hâkim önüne gelen her bir olayda uygulanacak yabancı hukuk kapsamında saklı pay hakkı tanınması, saklı pay oranları ve tenkis davasına ilişkin diğer meseleleri Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmamasını değerlendirecektir. Bazı ülke hukukları kanuni mirasçılara saklı pay hakkı tanırken (örneğin Türkiye, Almanya) bazı ülkeler mirasbırakana terekesi üzerinde tam serbesti tanımış ve mirasçılara saklı pay hakkı düzenlememiştir (örneğin ABD, İngiltere, Güney Afrika)[29].

Tenkis davalarında uygulanacak hukuk MÖHUK m. 20/1'e göre tespit edileceğinden, mirasbırakanın terekesinde bulunan tüm taşınırlar ile yabancı ülkede bulunan taşınmazlarda saklı paya ilişkin kural ölenin milli hukukuna göre belirlenir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından Türk hukuku uygulanacağından mirasçılara tanınan saklı pay TMK hükümlerine göre tayin edilir.

Doktrinde saklı pay hakkının ve tenkis davasının kamu düzenini ihlal edip etmemesi konusunda farklı görüşlere yer verilmiştir.

---

28 **Altuğ/Yasan**, s. 146-147; **Aybay/Dardağan**, s. 129; **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 175; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 43; **Çelikel/Erdem**, s. 146.

29 **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 71.
Ayrıca, Avrupa Birliği tarafından uzun süren çalışmalar neticesinde 2012 yılında kabul edilmiş ve 2015 yılından beri yürürlükte olan 650/2012 sayılı Avrupa Veraset Belgesinin Tanzimine ve Geçeri Veraset Belgelerinin Kabulü ile İcrasına İlişkin Kararların Tanınması, Tenfizi ile Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'nün taslak metninde saklı payla ilgili bir takım ifadeler yer almasına rağmen Tüzük metninde bu kısım çıkarılmıştır. Taslak'a göre, saklı payla ilgili uyuşmazlıklarda miras statüsünün, mahkemenin hukukundan farklı olması kamu düzenine aykırılık sebebi olarak kabul edilmemiştir. AB üye devlet mahkemesinin saklı payı kabul etmesi yanında mirasa uygulanacak hukukun saklı pay kabul etmemesi bir kamu düzenine aykırılık sorununu ortaya çıkaracaktır. Bu durumda saklı pay düzenlemesini kamu düzenine aykırı kabul edip yabancı hukukun uygulanmama Tüzüğün işleyişini engelleyecektir. Nitekim saklı paya ilişkin düzenlemeler ailenin korunması ve miras hukukunun temelini oluşturan konulardandır, bu düzenlemelerin reddi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını karmaşık bir hale getirecek ve adalet duygusunun zedelenmesine sebep olacaktır. Buna göre, farklı saklı pay düzenlemelerinin her bir olayda ayrı nitelendirilmesi önerilmektedir, **Altıparmak**, s. 87, dn.135.

NOMER'e göre, muris yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufla, alt soyunun miras haklarını ortadan kaldırmış ise, saklı pay haklarının olup olmaması bir sorun teşkil edecektir. Saklı pay hakkını tanımayan hukuklarda, murisin eşinin veya altsoyunun miras haklarını ortadan kalkmış ise kamu düzeni ancak altsoy veya eşin mağdur konumda bırakıldığı özel durumlarda karşımıza çıkar. Örneğin, alt soy için saklı pay hakkı tanınmıyorsa ve nafaka gibi başkaca koruma mekanizması olmaması halinde ortaya çıkar. Bir diğer örnek olarak ise, eşe saklı pay hakkı tanınmıyor bununla birlikte mal rejimine göre herhangi bir talep hakkı verilmemişse yine kamu düzeni engeli ortaya çıkar. Burada amaçlanan altsoyun ve eşin mirasbırakanın ölümünden sonra asgari şartlarla da olsa korunmasıdır.

Yazar, miras statüsünün altsoya hiç saklı pay hakkının tanınmaması durumunda, bu yabancı hukukun kamu düzeni engeli ile karşılaşacağını ve Türk miras hukukunun ilgili hükümlerinin olumlu etkisinin doğacağını savunmaktadır. Ayrıca yazar, miras statüsünün cinsiyete bağlı olarak da ayrım yapması halinde ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, Türkiye'de yaşayan kadın muris cinsiyet ayrımı sebebiyle mağdur oluyorsa bu durum kamu düzeni engeli ile karşılaşır. Ancak murisin İslam hukukunun geçerli olduğu yabancı bir ülkede bulunan çocukları cinsiyet nedeniyle farklı saklı paylara sahipseler, bu ayrım maddi olaydaki şartlarla değerlendirilir ve Türk kamu düzeni müdahale etmeyebilir[30].

EKŞİ'ye göre; saklı pay hakkının kabul edilmemesi Türk kamu düzenine aykırılığı konusu her somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Örneğin mirasçıların çalışamayacak durumda olması, bedensel veya zihinsel yönde rahatsız olması durumunda mirasbırakanın tüm malvarlığını kanuni mirasçılardan mahrum bırakması hali kamu düzenine engel teşkil edecek ve kanuni mirasçılar lehine saklı pay hakkı tanımayan yabancı hukukun uygulanması engellenecektir[31].

BARAN ÇELİK'e göre; yabancı hukukun sadece saklı pay kurumunu tanımaması kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Türk miras hukuku bakımından da mirasbırakanın tasarruf miktarını aşan tasarrufları kendiliğinden hükümsüz hale gelmediği gibi tasarruf miktarını aşılması söz konusu tasarruf için bir iptal sebebi değildir. Buna göre sadece ilgilinin tenkis davası açma hakkı doğmaktadır. Ayrıca bir hukuk düzeninde saklı pay hakkının

---

30 **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 175-176.

31 **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 71.

tanınmamasına, mirasçıların miras haklarını bertaraf etmek değil, mirasbırakana verilen sınırsız tasarruf özgürlüğü de sebep olarak gösterilebilir. Bu durumda, mirasbırakana sınırsız bir tasarruf özgürlüğü tanınmasının, Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceği her somut olayda ayrı değerlendirilmelidir[32].

Kanaatimizce, yabancı mirasbırakanın milli hukukuna göre (MÖHUK m.20/1) kanuni mirasçılarına saklı pay öngörmeyen hukukun uygulanmasının kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması olayın özelliklerine göre değişmektedir. Mirasbırakanın terekesinde bulunan malvarlığını kanuni mirasçıları dışında kişi veya kurumlara bırakması kendi inisiyatifi olarak değerlendirilmesi gereken bir hükümdür. Dolayısıyla mirasbırakanın milli hukukunun kanuni mirasçılara saklı pay öngörmemesi MÖHUK m. 5'te ifade edildiği üzere Türk kamu düzenini *"açıkça"* ihlal edecek nitelikte değildir. Bu nedenle ölenin milli hukukunun saklı pay düzenlemesi içermemesi kamu düzeni engeli ile karşılaşmamalıdır. Öte yandan mirasbırakanın milli hukuku din, ırk veya cinsiyet ayrımı gözeterek saklı pay kurallarını düzenlemişse bu kural kanaatimizce kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir. Nasıl ki miras payları bakımından cinsiyet ayrımının yapılması kamu düzenine aykırı kabul edilmekte[33] ise, kanımızca saklı pay düzenlemesinde de bu şekilde ayrımlara yer verilmesi kamu düzenine aykırıdır. Nitekim gerek miras hakkı gerekse saklı pay konusunda olsun din, ırk, cinsiyet ayrımı yapılmış olması Anayasa m. 10'a da aykırıdır. Esasında bir kuralın anayasaya aykırı olması ile kamu düzenine aykırı olması aynı anlamda değerlendirilmemelidir[34]. Ancak, saklı pay hakkı tanınması bakımından Anayasanın özüne ve ruhuna açıkça aykırı olduğu görünen din, cinsiyet veya ırk ayrımının kamu düzenini de derinden etkileyeceği aşikardır. Nitekim Yargıtay

---

32 **Baran Çelik**, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara 2011, s. 210.

33 **Aybay/Dardağan**, s. 126; **Çelikel/Erdem**, s. 152; **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 175; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 297.

34 Anayasaya aykırılık ile kamu düzenine aykırılık her ne kadar benzer yanlara sahip olsalar da birbirinden farklı durumlardır. Anayasaya aykırılık, her zaman kamu düzenine aykırılık sebebi oluşturmaz. Bununla birlikte Anayasa'nın özüne ve ruhuna aykırı olan çoğu durumlar, kamu düzenini doğrudan ilgilendirdiğinden kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aybay**, Rona: *"Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu"* Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 139-145; **Aybay/Dardağan**, s. 131-136; **Nomer**, Ergin: *"Anayasa ve Yabancı Kanun"*, Osman Fazıl Berki Armağanı, Ankara 1977, s. 549-565; **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 175.

2010/1 E. ve 2012/1 K. 10.02.2012 tarihli İBK'da[35] *"iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir."* ifadelerine yer vermiştir[36].

Mirasbırakanın milli hukukunda saklı paya ilişkin herhangi bir düzenleme yoksa bu durum Türk kamu düzenine aykırı değildir. Ancak mirasbırakanın milli hukuku mirasçılara saklı pay hakkı tanımakla birlikte din, ırk, cinsiyet ayrımı gibi toplumu derinden etkileyecek ayrıma tabi tutması kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edebilecektir. Örneğin altsoya ilişkin düzenlemede erkek çocuklara saklı pay hakkı tanırken kız çocuklara tanınmaması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık gösterecek ve MÖHUK m. 5 engeli ile karşılaşabilecektir. İlaveten yabanacılık unsuru taşıyan tenkis davalarında özellikle saklı payı ihlal edilen kimsenin Türk vatandaşı olması durumunda kamu düzeni müdahalesinin uygulanması kuşkusuz daha kolaydır. Türk kamu düzenine açıkça meydana gelecek bir tenkis uyuşmazlığında tarafların tamamının yabancı ülke vatandaşı olması halinde kanaatimizce Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmayacaktır. Ancak yukarıda zikrettiğimiz gibi tenkis talebinde bulunan davacının hak kaybını iddia ediyor olması ve olası bir mağduriyet durumunun bulunması halinde Türk kamu düzenine açıkça etkileyecek bir durum var ise hakim somut olayın özelliğine göre karar verecektir.

Saklı pay hakkı mirasbırakanın evlilik içinden doğan altsoyuna tanınırken, evlilik dışı doğan altsoyuna tanınmıyorsa bu uygulama kamu düzeni engeli ile karşılaşması durumu farklı değerlendirilebilir. Türk medeni huku-

---

35 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 2010/1 E., 2012/1 K., sayılı 10.02.2012 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com E.T. 05.07.2017.

36 Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1998/2-276 E. 1998/297 K. sayılı ve 22.04.1998 tarihli kararında, *"ahlâk ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlâk anlayışını, Anayasa'da yer alan temel hakları ciddî şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olayları kamu düzenini ihlâl eden olgular"* olarak kabul edilmiştir.

kunda mirasbırakanın evlilik içi olsun veya olmasın tüm altsoyu yasal miras payının yarısı oranında saklı paya sahiptir (MK m. 505). Dolayısıyla mirasbırakan bir ölüme bağlı tasarrufla altsoyun saklı payını ihlal edecek şekilde tasarrufta bulunmuş ise altsoyu tenkis davası açma hakkına sahiptir. Ancak ölenin milli hukukunda saklı pay sadece evlilik birliği içindeki altsoya verilmişse kanaatimizce bu durum sadece Türk hukuku ile bağdaşmayan bir kuraldır. Bu hükmün Türk toplumunda uygulanması halinde kamu düzenini *açıkça* ihlal edecek nitelikte olduğunu düşünmemekteyiz. Bu durumda yalnızca Türk hukukundaki uygulamaya aykırı olan yabancı hukuk kamu düzeni engeli ile karşılaşmamalıdır.

3. Kamu Düzeninin Hafifletilmiş Etkisi

Bir hakkın kazanılmış olması ile kazanılmış bir hakkın sonradan etki meydana getirmesi arasında farklılıklar vardır[37]. Kişinin kendi milli hukukuna uygun olarak bulunduğu mevcut durum bazen Türk kamu düzenine aykırı olabilir, poligamik evlilik veya aynı cinsiyetten kişilerin evlenmeleri gibi[38]. Ancak burada yabancı hukukun uygulanmasında etkilenen kamu düzeni ile kazanılmış hak arasındaki denge kurularak karar verilmelidir.

Örneğin, evli bir İranlı, kendi milli hukukunun izin vermesine rağmen, Türkiye'de birden fazla evlilik yapamaz; evli İranlı erkek, Türkiye'de başka bir kadın ile evlenirse, bu evlilik mutlak butlan ile batıl olacaktır. Ancak kendi ülkesinde dört eşi olan bir İranlı erkeğin çocukları veya eşleri arasında Türkiye'de bir miras meselesi ortaya çıktığı zaman, mirasa uygulanacak hukuk gereği İran Hukuku uygulanacaktır. Bu durum da, kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi ile açıklanmaktadır[39]. Şayet hakim kamu düzeni müdahalesi uygularsa ortada kabul edilen bir evlilik olmayacak ve kadın miras

---

37 Kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi için bkz. **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 144-148 dn. 83; **Dayınlarlı**, s. 675; **Pürselim Doğan**, Hatice: *"Almanya'da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya'da Bulunan Terekenin Paylaşılması"*, MHB, S. 31, Y. 2011, s. 250.

38 Türk Hukuku bakımından kural olarak izin verilmemesine rağmen yabancı ülkede usulüne göre yapılmış talakın sonuçlarının Türkiye'de tanınabilmesi kamu düzeninin hafifletilmiş etkisinin bir sonucudur. Bunun gibi, Türk Hukuku bakımından poligamik evliliklerin, mutlak bir şekilde yasak olmasına rağmen, yabancı ülkelerde, yapıldıkları yerin hukukuna uygun olarak yapılmış, poligamik evliliklerden doğan ikinci eşinin nafaka ya da miras taleplerinin Türkiye'de kabul edilebilmesi de, yine Türk kamu düzeninin hafifletilmiş etkisinin sonucudur. **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 167; **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 153.

39 **Pürselim Doğan**, s. 251; **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 167.

hakkı dahil nafaka, mal rejimi gibi aile hukukundan doğan ve malvarlığına ilişkin tüm haklarından mahrum bırakılacaktır. Eşlerden birinin Türk vatandaşı olması halinde evlilik, ön mesele[40] olarak değerlendirildiğinde kamu düzeni müdahalesi ile geçersiz kabul edilirken; mirasla ilgili uyuşmazlık -her ne kadar evliliği geçerli saymasak da- kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi gereği geçerli bir evlilik varmış gibi çözüme kavuşturulur ve eşlerden her biri yetkili hukukun tanıdığı miras veya saklı pay hakkına kavuşur. Aksinin kabulü özellikle Türk vatandaşı kadının mağduriyetini destekleyen ve sorunu çözmekten öte hakkaniyetli olmayan bir sonuca itmektedir.

Tenkis davası yönünden örneği ele alacak olursak, bir Suudi vatandaşı kendi ülkesinde aynı anda birden fazla eşe sahip olması halinde Türkiye'de açılacak bir tenkis davasında her bir eşe tenkis talep hakkı tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

Yurtdışında kurulup kurulduğu yerde geçerli olan aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinde doğan miras meselelerinde de kamu düzeni müdahalesinin katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir[41]. Buna göre yabancı bir ülkede aynı cinsiyetten kişiler evliyse[42] ve eşlerden biri hayatını kaybettiği zaman diğer eşin Türkiye'de açacağı tenkis davasında kamu düzeni müdahalesinin yumuşatılması gerektiği kanaatindeyiz. Eşlerden hayatta kalanın Türk mahkemeleri önünde tenkis talep etmesi mümkündür. Kişi, yabancı bir ülkede yasalarda izin verilen evliliği yapmış ve tüm sonuçlarıyla bu evliliğe rıza göstermiştir. Kişinin Türk mahkemeleri önünde konumuz açısından miras olmakla nafaka, boşanma gibi birçok meselede hâkim

---

40 Esas mesele hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas meseleden önce meydana gelmiş ve esas meseleden önce çözülmesi gereken meselelere, ön mesele denir. Milletlerarası özel hukukta ön mesele, yabancılık unsuru taşıyan esas mesele hakkında bir karar verilebilmesi için, esas meseleden daha önce meydana gelmiş bazı sorunların çözülmesi şeklinde karşımıza çıkar. Ön meselenin çözümü için doktrinde bazı yöntemler bulunmaktadır, ön mesele lex foriye veya lex causaeya göre çözülebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Elçin**, Doğa: *"Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun"*, TAAD, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), s. 211-241.

41 **Yasan**, Candan: Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, İstanbul 2013, s. 174, 184; **Sirmen**, Sedat: *"Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi"*, AÜHFD, C. 58, S. 4, 2009, s. 869-872.

42 Eşcinsellerin yasal birliktelikleri hukuk düzenlerinde evlenme veya kayıtlı hayat ortaklığı şeklinde görülmektedir. Kayıtlı hayat ortaklığını benimseyen ülkelerdeki hukuk kuralları da tıpkı evlenmedeki sonuçlar gibi taraflara miras hakkı gibi temel hakları düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yasan**, s. 19-42.

karşısına gelme olasılığı bulunmaktadır[43]. Bu durumda kamu düzeni müdahalesinin metinde geçen "açıkça" aykırılık hâkim takdiriyle yorumlanmalıdır. Kişinin talep ettiği hakkına kavuşması kanaatimizce kamu düzeni ihlali niteliğinde değildir. Her ne kadar Türk toplumunda aynı cinsiyetten kişilerin hayat ortaklıkları benimsenmese de bunu yasal olarak kabul eden ülkede hayatlarını birleştirmiş eşcinsellerin miras veya nafaka gibi taleplerinin Türk toplumunu derinden etkileyecek "açıkça" aykırılık teşkil edecek nitelikte olmadığı görüşüne katılmaktayız[44]. Nitekim Türk hakiminin uygulayacağı yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olması için toplumu derinden etkilemesi, açık bir aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Kişilerin eşcinsel birliktelik sonucu yabancı ülkelerinin yasalarıyla edinmiş olduğu haklardan -özellikle malvarlığını ilgilendiren nafaka, miras gibi konulardamahrum bırakılmasının Türk kamu düzeni müdahalesi ile izah edilemeyeceği kanaatindeyiz.

D. Atıf

Davayı gören mahkemenin, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alınması durumuna milletlerarası özel hukukta atıf (renvoi) adı verilmektedir[45]. Türk hukukunda sadece kişi ve aile hukukuna ilişkin

---

43 **Yasan**, Candan: "*Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikleri"*, Galatasaray Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 2011/1, s. 755.

44 **Yasan**, s. 184; **Sirmen**, s. 872; **Pürselim Doğan**, s. 261
Aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri ve bu birlikteliklerinin sonucu olarak karşılaşılan kanunlar ihtilafı meselelerinde kamu düzenine aykırı sonuçların önlenmesi amacıyla Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan 05.09.2007 tarihli "*Kayıtlı Hayat Ortaklıklarının Tanınması Hakkında Sözleşme"*ye Türkiye'nin olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Yasan**, *Evlilik Dışı Birliktelik*, s. 772. (Sözleşme için bkz. http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/JBAAAGmBhAhmVHZrQ0VUdURMOAA E.T. 03.01.2018).

45 Atıf hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Acun Mekengeç**, Merve: "*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması*" EÜHFD, C. XVII, S. 3-4, Yıl: 2013, s. 254; **Aybay/ Dardağan**, s. 253; **Bozkurt Balkar**, Süheyla: "*Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*" GÜHFD, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. II, 2014/2, s. 795-862; **Çelikel**, Aysel: "*Türk Milletlerarası Özel Hukukta "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması*", MHB C. 3, S. 2, Yıl: 1983, s. 3; **Doğan**, Vahit: "*Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku*", SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.6, S. 1-2, s. 821-849; **Sadroleşrafi**, Ali: "*Devletler Özel Hukuku'nda Genel Olarak Atıf Teorisi (Renvoi)*", DEÜHFD, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağan, C. 3 S. 1-2, Y. 1987, s. 520.

uyuşmazlıklarda MÖHUK hükümlerince tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanacak ve bu hukukun gönderdiği hukukun da maddi hukuk hükümleri uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir (MÖHUK m. 2/3)[46]. Bunun dışındaki uyuşmazlıklarda ise, MÖHUK hükümlerine göre tespit edilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Uyuşmazlık kişi ve aile hukuku kapsamında olmakla birlikte uygulanacak hukuk Türk hukuku ise, atıf dikkate alınmayacaktır.

Yabancı unsurlu miras davalarında atıf uygulanmayacaktır. Miras davaları nitelik olarak kişi veya aile hukuku içerisinde yer almaz. Bu nedenle MÖHUK m. 2/3 kapsamına miras davaları dahil değildir[47]. Dolayısıyla yabancı unsurlu tenkis davalarında MÖHUK m. 20/1'e göre tayin edilen hukukun maddi hükümleri uygulanacak, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır.

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TENKİS DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME

A. İç Hukukta Tenkis Davasında Yetkili Mahkeme

Tenkis davasında yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)[48] ve TMK'da düzenlenmiştir. TMK m. 576: *"(1) Miras, malvarlığının tamamı için mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır. (2) Mirasbırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaştırılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu yerleşim yeri mahkemesinde görülür."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre tenkis davası mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde görülür. Ayrıca HMK m. 11/1'de yer alan düzenlemede TMK m. 576 ile uyumlu şekilde, tenkis davalarında yetkili mahkeme olan ölenin son yerleşim yeri mahkemesini kesin yetkili olarak belirtmektedir. Tenkis davasında yetkili mahkeme kesin yetkili olarak kabul edildiğinden

---

46 MÖHUK m. 2/3: *"Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır"* şeklinde düzenlenmiştir.

47 **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 83; **Altıparmak**, s. 40.

48 6100 Sayılı 12.01.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih ve Sayı: 4.2.2011-27836.

tenkise konu olan malın taşınır taşınmaz ayrımı gözetilmeksizin mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde görülecektir[49].

HMK m. 11'de dikkatimizi çeken bir husus bulunmaktadır. HMK m. 11/1-a*: "Terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar…"* şeklinde düzenlenmiştir. Oysa tenkis davasının niteliği yalnızca *"ölüme bağlı tasarrufların tenkisi"*ni kapsamaz. TMK m. 565'e göre tenkis davası mirasbırakanın sağlararası kazandırmalarına karşı da açılabilmektedir. Ayrıca kanun koyucu TMK m. 576 hükmünde: *"Mirasbırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi…"* ifadesini kullanmıştır.

Kanaatimizce HMK m. 11/1-a hükmünün *"Terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, mirasbırakanın tasarruflarının iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar…"*şeklinde ifade edilmesi HMK ve TMK arasındaki dil birliğinin sağlanması ve sağlararası kazandırmalar hakkında yetkili mahkemenin tereddütsüz belirlenmesi açısından daha isabetli olacaktır.

B. Yabancı Unsurlu Tenkis Davasında Yetkili Mahkeme

Türk hâkiminin önüne gelen yabancı unsurlu miras davalarında yetkili mahkeme konusunda MÖHUK m. 43'te özel düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme mirasın taksimi, miras sebebi ile istihkak, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkis davalarında yetkili mahkemeyi içermektedir[50]. Bu nedenle yabancı unsurlu tenkis davalarında yetkili mahkeme MÖHUK m. 43'e göre tayin edilecektir.

MÖHUK m. 43: *"Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür."* şeklindedir. Maddede yer alan düzenlemenin ilk kısmı TMK m. 576 ile HMK m. 11 ile uyumludur. Mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi halihazırda tenkis davasında yetkili kabul edilmektedir. Hükmün getiriliş amacı, maddenin devamındaki son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması halinde terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinde görüleceğine dair düzenlemeyle

---

49 **Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2016, s. 112; **Nar**, s. 306.

50 **Çelikel/Erdem**, s. 575; **Tütüncübaşı**, Uğur: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Ankara 2014, s. 156.

yerleşim yeri Türkiye'de olmayan fakat terekeye dahil malların Türkiye'de olduğu durumlar için yetkili bir Türk mahkemesi belirlemektir[51]. Maddede taraf olacak kişiler bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Başka bir ifade ile, madde yalnızca yabancı vatandaşlar açısından uygulama alanı bulmaz; Türk vatandaşları için de uygulama alanı bulur. Örneğin, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan bir Türk vatandaşı mirasbırakanla ilgili tenkis davasında TMK ve HMK'ya göre yetkili mahkeme tayin edilemezken MÖHUK m. 43'e göre Türkiye'de terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

Buna göre yabancı unsurlu tenkis davalarında mirasbırakanın Türkiye'de son yerleşim yerinin veya bir malvarlığının olması gerekmektedir. MÖHUK m. 43 hükmü basamaklı bir bağlama kuralı getirmiştir[52]. Buna göre mirasbırakanın Türkiye'de bir yerleşim yeri var ise, bu yer mahkemesi, yoksa terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Mirasbırakanın Türkiye'de farklı yerlerde mallarının bulunması halinde maddeye göre, malların bulunduğu her yerdeki mahkeme yetkilidir[53]. Örneğin, Ankara, Bodrum ve İstanbul'da taşınmazları bulunan bir yabancı mirasbırakanın miras paylaşımına ilişkin davada taşınmazların bulunduğu her üç yerdeki mahkemeler de yetkili kabul edilmektedir.

Türk hâkimi yabancı unsurlu bir tenkis davasının açılması halinde yetkili mahkemenin tayini için özel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m. 43'e göre yetkili mahkemeyi tayin edecektir[54].

C. Milletlerarası Tenkis Davasında Münhasır Yetki-Kesin Yetki Ayrımı

Yabancı unsurlu tenkis davaları bakımından bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı niteliğinde olup olmaması önem arz etmektedir. Yabancı

---

51 **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 386; **Ekşi**, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, 2000 İstanbul, s. 160; **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 27; **Aybay/Dardağan**, s. 60; **Erdem**, B. Bahadır: *"22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi"*, MHB C. 22, S. 1, Y. 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 165.

52 **Çelikel/Erdem**, s. 573; **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 27; **Özkan**, Işıl/**Tütüncübaşı**, Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 85.

53 **Aybay/Dardağan**, s. 60; **Çelikel/Erdem**, s. 573.

54 **Süral**, Ceyda: *"Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi"*, TBB Dergisi, C.100, Y. 2012, s. 186; **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 85.

mahkemeden alınan bir kararla ilgili olarak Türk hukukunda yer alan bir düzenlemede bulunan yetki kuralı, münhasır yetki kuralı niteliğindeyse bu kararın tanıma tenfiz imkanı bulunmayacaktır (MÖHUK m. 54/b). Tanıma tenfiz için aranan şartlardan biri de, yabancı ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olmasıdır[55].

Münhasır yetki, o davanın mutlak surette Türk mahkemelerinde görülmesi konusunda bir yetki kuralının bulunması halidir. Bir kuralın münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmesi için, o kuralın konuluş amacı, ifadesi ve varlık sebebi araştırılmalıdır[56]. Yargıtay HGK kararında *"Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk Hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir."* ifadelerine yer vermiştir[57]. Yargıtay bir kararında münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallar şeklinde tanımlanmıştır[58]. Yargıtay başka bir kararında, yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığının, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebileceğini; münhasır yetki kuralının o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edileceğini belirtmiştir[59].

---

55 Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde münhasır yetki hakkında bkz. **Güven**, Pelin: Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi), Ankara, 2013, s. 92; **Ekşi**, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2013, s. 178.

56 **Sakmar**, Ata: Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 99; **Nomer**, Ergin: "*Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni*", MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, C. 23, Y. 2003, s. 566; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 512.

57 Yargıtay HGK 2013/18-1628 E. 2015/894 K. sayılı 04.03.2015 tarihli kararı için bkz www.kazanci.com. E.T. 10.05.2017.

58 Yargıtay 18. HD, E. 2012/12365, K. 2013/483, T. 17.1.2013, bkz. www.kazanci.com. E.T. 15.05.2017.

59 Yargıtay 18. HD, E. 2013/16914, K. 2014/5145, T. 20.3.2014, bkz. www.kazanci.com. E.T. 15.05.2017.

Milletlerarası usul hukukunda kullanılan münhasır yetki ile usul hukukunda kullanılan kesin yetki birbirinin yerine kullanılabilecek kavramlar değildir[60]. Kesin yetki davanın Türkiye'de açılacağı yer mahkemesinden başka bir yerde açılmayacağını ifade ederken[61], milletlerarası usul hukukunda kullanılan münhasır yetki ise, davanın sadece Türk mahkemesinde görülmesi anlamına gelmektedir. Bu kapsamda münhasır yetki açısından Türkiye içinde bir ya da birden fazla mahkemenin yetkili olması önemli değildir. Önemli olan davanın yalnızca Türk mahkemelerinde görülebilecek olmasıdır[62].

Doktrinde, milletlerarası özel hukuktaki ilişkilerin ve milletlerarası özel hukukun taşıdığı amaçların farklı olmasından dolayı, Türk mahkemelerinin iç hukuk itibariyle kesin yetkili olmasının, her zaman milletlerarası yetki anlamında münhasır yetkili olduğu anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir[63]. Şöyle ki, HMK'da yer alan kesin yetkili mahkemelere örnek olarak, HMK m. 11, 12, 15'te yer alan düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan HMK m. 12'de yer alan taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkili mahkeme milletlerarası özel hukuk anlamında münhasır yetkili kabul edilmektedir.

MÖHUK'un 43 üncü maddesinin gerekçesinde sadece, Türk Medeni Kanunu ile uyum sağlanması amacıyla *"ikametgah"* deyimi yerine

---

60 Münhasır yetki; milletlerarası özel hukuk açısından, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ait uyuşmazlıklarda, o uyuşmazlığa bakmaya sadece Türk mahkemelerinin yetkili kılınması şeklinde anlaşılmaktadır, **Nomer**, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 111-114; **Çelikel/Erdem**, s. 532, 632; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 110; **Aybay/Dardağan**, s. 301.

61 Türk iç hukukunda yukarıda belirttiğimiz HMK m.11 hükmüne göre tenkis davasında yetkili mahkeme *"kesin yetkili"* kabul edilmiştir.

62 **Çelikel/Erdem**, s. 683; **Nomer**, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 111-115; **Sargın**, Fügen: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1997, s. 152; **Çelikel**, Aysel: *"Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları"*, MHB, C. 2, S. 2, Y. 1982, s. 9; **Esen**, Emre: *"Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı"*, MHB, C. 22, S. 2, Y. 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 186; **Huysal**, Burak: "*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*" MHB, C. 31, S. 2, Y. 2011, s. 85.

63 **Çelikel**, *Tenfiz Şartları*, s. 9; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 222; **Esen**, *Münhasır Yetki*, s. 186; **Sargın**, s. 151-152; **Süral**, s. 188; **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 521-523; **Uyanık**, Ayfer: Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994, s. 65.

"yerleşim yeri" deyiminin kullanıldığı yer almakta, yetkinin münhasır nitelikte olup olmadığı konusunda açıklayıcı bir ifade bulunmamaktadır[64].

MÖHUK'ta yer alan miras konusundaki yetkili mahkemeye ilişkin bu hükmün (5718 sayılı MÖHUK m. 43- mülga 2675 sayılı MÖHUK m.30) münhasır yetki olup olmadığı konusuna bakıldığında doktrinde farklı görüşlere yer verilmiştir.

ŞANLI'ya göre; MÖHUK m. 43'te (2675 sayılı MÖHUK m.30) yer alan bu kural, son yerleşim yeri Türkiye'de bulunmayan fakat terekesi Türkiye'de bulunanlar bakımından milletlerarası alanda münhasır yetki esası getirmektedir. Yazar, MÖHUK m.43'te düzenlenen mirasa ilişkin davaların Türkiye'deki terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan hükmün yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizini engelleyecek münhasır yetki hükmü olduğunu savunmuştur. Görüşe göre, mirasbırakanın son yerleşim yerinin Türkiye'de olduğu ancak terekeye dahil malların Türkiye'de olmadığı durumlarda yetkili mahkeme münhasır nitelikte değildir. Öte yandan mirasbırakanın son yerleşim yeri Türkiye'de değil ancak terekeye dahil mallar Türkiye'de ise, mahkeme münhasır yetkilidir[65]. Yazar, yabancı unsurlu miras davalarında mirasbırakanın Türkiye'de terekesi bulunması halinde Türk mahkemesinin yetkisini münhasır kabul etmesine gerekçe olarak, MÖHUK m. 43'teki "görülür" ifadesi ile davaların amaç ve niteliğini göstermektedir.

NOMER'e göre; yabancı unsurlu miras davalarından miras sebebiyle açılan istihkak davası, taşınmaz üzerinde ayni sonuç doğuran bir davadır. Bu sebeple, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi vardır. Bu konuda yetkili mahkeme mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi bunun bulunmaması durumunda ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkilidir[66]. Bununla birlikte miras davaları hakkında Türk mahkemelerinin yetkisi taşınırlar bakımından münhasır nitelikte değilken terekede bulunan Türkiye'deki taşınmazlar bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır niteliklidir[67].

---

64 5718 sayılı MÖHUK gerekçe metni için bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf. E.T. 02/01/2018

65 **Şanlı**, Cemal: *"Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde 'Tanınması' veya 'Delil' Olarak Kullanılması"*, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 300-301.

66 **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 521, dn. 262.

67 **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 521; **Çelikel**, Aysel/**Nomer**, Ergin/**Giray**, F. Kerem/**Esen**, Emre: Devletler Hususi Hukuku Çözümlenmiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları, 13. Bası, İstanbul 2016, s. 300.

Yazar burada miras sebebiyle istihkak davasını ele almakta ve taşınmazın aynına ilişkin verilen kararların Türkiye'de tenfizinin mümkün olamayacağını HMK m. 12'de yer alan münhasır yetkili mahkemeyi gerekçe göstererek belirtmiştir.

EKŞİ'ye göre; terekeye dahil malların niteliği dikkate alınarak, taşınır ve taşınmaz mallar açısından bir ayrım yapılmalı; Türkiye'de bulunan taşınmazlar için Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu kabul edilirken, taşınırlar açısından münhasır yetkinin olmadığı kabul edilmelidir. Buna göre, Türkiye'de bulunan taşınır terekeye ilişkin olan yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi mümkün olmalıdır. Öte yandan, taşınmazlar açısından ise, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu kabul edilmeli ve mirasbırakanın taşınmazlarına ilişkin yabancı mahkemeden verilen ilamlar tanınıp tenfiz edilememelidir[68].

ÇELİKEL'e göre, miras davaları hakkında Türk mahkemelerinin yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 30 (2675 sayılı kanun) hükmü ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri yoksa mallarının bulunduğu yer mahkemesi kademeli olarak yetkili kabul etmiştir. Bu maddenin bütünüyle münhasır nitelikli kabul edilmemesi gerekmektedir. Yazar burada mirasbırakanın son yerleşim yerinin Türkiye'de veya yabancı ülkede olması halinde bir ayrıma gitmektedir.

Yazara göre, son yerleşim yeri yabancı ülkede bulunan yabancı mirasbırakanın Türkiye'de malları varsa yabancı ülkeden alınan kararın Türkiye'de tenfiz edilmemesini yerinde kabul etmiş ve bu durumda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikli olduğunu savunmuştur. Buna göre Türkiye'de malı olan ancak son yerleşim yeri olmayanlar hakkında malların bulunduğu yer mahkemesi münhasır niteliklidir. Öte yandan yine yazara göre son yerleşim yeri Türkiye'de bulunan ancak mallarının tamamı yabancı ülkede bulunan mirasbırakanın yabancı ülke mahkemelerin tarafından verilen kararı Türkiye'de tenfiz edilmesi gerekmektedir, bu durumda hükümdeki yetki kuralı münhasır nitelikli değildir[69].

---

68 **Ekşi**, Milletlerarası Miras, s. 140; **Ekşi**, Milletlerarası Yetki, s. 224-225; Aynı yönde, **Ruhi**, Ahmet Cemal: *"Mirasçılık Belgesi ve Yabancı Bir Ülke Mahkemesinden Alınan Mirasçılık Belgesinin Türkiye'de Tanınması"*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 92, Nisan 2014, s. 26; Benzer yönde, **Huysal**, s. 86.

69 **Çelikel**, Tenfiz Şartları, s. 10.

ÇELİKEL/ERDEM'e göre; MÖHUK m. 43 hükmü milletlerarası usul hukuku anlamında münhasır yetki kuralı değildir. Her ne kadar MÖHUK m. 43 hükmü münhasır yetki kabul edilmese de mirasa ilişkin davalarda terekeye dahil bir taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 40 atfıyla HMK m. 12'de düzenlenen *"taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi"*nin yetkili olduğuna dair düzenleme münhasır yetki niteliğindedir. Bu nedenle yabancı mahkemelerce verilen ve terekede bulunan Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin verilmiş kararlar MÖHUK m. 54/b gereği Türkiye'de tanıma ve tenfize konu edilemez[70].

DEMİR GÖKYAYLA'ya göre, işin niteliği ve maddenin ifadesine bakılması gerektiği, MÖHUK'un 43 üncü maddesinin lafzı ve konuluş amacı incelendiğinde yabancılık unsuru taşıyan miras davaları için özel bir yetki kuralının düzenlenmesinin amaçlandığı görülmektedir. Bu nedenle gerek HMK m.11'de yer alan kesin yetki kuralının gerekse MÖHUK m. 43'te yer alan yetki kuralının milletlerarası usul hukuku açısından münhasır yetki kuralı değildir. Ayrıca MÖHUK m. 43'te yer alan düzenleme basamaklı bir yetki kuralı getirmiştir. Basamaklı yetki kuralı getiren hükümler münhasır yetkili kabul edilemez[71]. Yazara göre, MÖHUK m.43'ün münhasır nitelikte yetki kuralı olduğunu kabul etmek kanunun amacına uygun bir yorum değildir[72].

ERKAN'a göre; HMK taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklardaki münhasır yetki kuralını 11. maddede düzenlenen mirastan doğan davalardaki yetki ile de yumuşatmıştır. HMK m. 11/1'de terekenin paylaşılması davası ve miras sebebiyle istihkak davası mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde açılacaktır ve bu mahkeme kesin yetkilidir demektedir. Miras

---

70 **Çelikel/Erdem**, s. 575. Benzer yönde, ESEN'e göre; mirasbırakanın terekesinin Türkiye'de olması halinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu kabul etmek, Türkiye'de bulunan taşınır tereke hakkında verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini engeller. Bu durum Türk tenfiz sistemi ile bağdaştırılmaz. Ayrıca yetki kuralı basamaklı olarak düzenlenmiştir ve münhasır nitelikli yetki kuralı anlamına gelmemelidir. Yazara göre, MÖHUK m. 43 hükmü münhasır yetki kuralı niteliğinde değildir. Taşınmazlar bakımından bir yetki söz konusu olsa dahi bu yetki MÖHUK m. 43 ile değil MÖHUK m. 40 atfıyla HMK m. 12'ye göre tayin edilecektir, **Esen**, Münhasır Yetki, s. 190-191. Aynı yönde **Tütüncübaşı**, s. 157-158; **Özkan/ Tütüncübaşı**, s. 198; **Can/Toker**, s. 93.

71 **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 52. **Demir Gökyayla**, Cemile: "*Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye'de Hüküm ve Sonuç Doğurması"*, Prof. Dr. Fikret Eren Armağanı, Ankara 2006, s. 572-575.

72 **Demir Gökyayla**, *Mirasçılık Belgesi*, s. 575.

sebebiyle bir istihkak davası, taşınmaza ilişkin olsa bile mirasbırakanın son yerleşim yerinde açılmak zorundadır. Çünkü burada da kesin yetki vardır. Yargıtay da, dava taşınmazın aynına ilişkin olsa da HMK m.11'in kapsamına giren davalarda ölen kişinin son yerleşim yeri mahkemesini yetkili mahkeme olarak kabul etmektedir[73] Örneğin Yargıtay, vasiyetname ile kendisine bırakılan bir taşınmazın adına kaydı için açılmış bir davada HMK m. 12'de belirtilen mahkemenin değil, HMK m. 11'de ifade edilen mahkemenin yetkili olduğuna karar vermiştir. Buradan şu sonucu çıkarmak mümkündür: Taşınmazların aynına ilişkin davaların kesinlikle taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerekmemektedir[74].

SÜZEN'e göre; Türkiye'de bir sicilde değişiklik yapacak şekilde olan kararlar için Türk mahkemelerinin yetkisi münhasırdır. Bu kararlar Türkiye'de tanıma tenfize konu edilemez. Buna göre dava konusu bir taşınmaza ilişkin miras uyuşmazlığı ise Türk mahkemelerinin yetkisi münhasırdır. Yazara göre, MÖHUK m. 43 hükmünün basamaklı yetki kuralı getirmesinin taşınmazlar bakımından münhasır nitelikli olmasına bir etkisi yoktur[75].

Yabancı unsurlu miras davalarında MÖHUK m. 43 özel bir yetki kuralıdır ve yetkili mahkeme bu maddede basamaklı olarak düzenlenmiştir. Madde metninden anlaşıldığı üzere maddenin konuluş amacı her daim yetkili bir Türk mahkemesi bulundurmaktır. Madde metni, konuluş amacı ve içeriğinden hatta maddenin gerekçesinden de bu maddede yer alan yetki kuralının münhasır nitelikli olmadığı kanaatindeyiz. Kanun koyucu MÖHUK m. 43'te malların bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılarken taşınır taşınmaz ayrımı gözetmemiştir. Buna göre yabancı unsurlu mirasa ilişkin davalarda – konumuz açısından tenkis davalarında- yetkili mahkeme öncelikle ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde yoksa malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Burada münhasır yetkili mahkeme olup olmaması sorunu taşınmazların aynına ilişkin kararların ortaya çıkması halinde mümkündür. Görüldüğü gibi hükmün amacı Türkiye'de yetkili bir mahkemeyi hazır bulundurmaktır. Örneğin yabancı bir ülkede ikamet eden ve orada vefat

---

73 HGK, 17.01.2007 Tarihli, E.2007/2-2, K.2007/10; 2 HD., E.2008/3742, K.2008/6879, 13.05.2008 tarihli kararı, bkz. www.kazanci.com E.T. 16.06.2017.

74 **Erkan**, Mustafa: *"Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki"*, SÜHFD, C. 20, S. 1, Y. 2012, s. 31.

75 **Süzen**, Begüm: Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, İstanbul 2016, s. 63.

eden Türk vatandaşının Türkiye'deki taşınmazları ile ilgili tenkis davası hakkında yabancı ülkede verilen karar Türk mahkemelerinde tanıma tenfizinin mümkün olup olmadığı sorunu ile karşılaşılmaktadır.

MÖHUK m. 43'te *"mirasa ilişkin davalar"* bakımından özel bir yetki kuralı düzenlenmiştir. Bu durumda münhasır yetki sonucuna ulaşabilmek için MÖHUK m. 40 atfıyla HMK m. 12'yi gerekçe göstermek kanaatimizce usulen uygun değildir. Kararın gerekçesi kararın içeriği kadar önemlidir; bu bağlamda MÖHUK m.43 uygulamak yerine MÖHUK m. 40 ve HMK m. 12 uygulamayı ve gerekçe göstermeyi uygun bulmamaktayız.

Kanun koyucu MÖHUK m. 20'de yer alan Türkiye'deki taşınmazlara Türk hukuku uygulanacağı yönündeki düzenlemeye paralel olarak m. 43'te de *"Türkiye'deki taşınmazlar hakkındaki mirasa davalarında taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir"* demek suretiyle münhasır yetki tesis edebilecekken bunun yerine *"terekeye dahil mallar"* ifadesini kullanarak taşınır taşınmaz ayrımı gözetmemeyi tercih etmiştir.

Kanaatimizce mevcut MÖHUK m. 43 özel yetki kuralı olduğundan taşınmazlara ilişkin kararlarda HMK m. 12'nin gerekçe gösterilerek Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilmesi usulen doğru değildir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilip edilmemesi yabancı mahkemelerden alınan kararın Türkiye'de tanınması veya tenfiz edilmesi bakımından oldukça önemlidir[76]. Eğer Türk mahkemelerinin yetkisini münhasır kabul etmiyorsak şu sonuca varmak kaçınılmazdır: yabancı mahkemelerden alınan ve mirasa ilişkin kararlar, konusu taşınır veya taşınmaz olsun fark gözetilmeden Türk mahkemelerinde tanınıp tenfiz edilebilir. Şöyle ki, yabancı bir ülke mahkemesinde miras davası kapsamında Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin karar verilmiş olsa dahi söz konusu kararların da Türkiye'de tenfiz edilebileceği açıktır. Bu tanıma tenfize mevcut kanun izin vermektedir. Bu tür uyuşmazlıkların Türk mahkemelerinde tenfizinin engellenmesi için MÖHUK m. 43'ün revize edilmesi ve taşınmazların aynına ilişkin değişiklik meydana getiren kararlar bakımından münhasır nitelikli bir mahkeme gösterilmesi daha isabetli olacaktır.

---

[76] MÖHUK m. 54/b'ye göre; *"İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması şartı"* tanıma ve tenfiz şartı olarak düzenlenmiştir.

SONUÇ

Tenkis davası, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü aşarak saklı pay sahibi mirasçıların miras hakkına yaptığı tecavüzün giderilmesi ve mirasbırakanın yaptığı tasarrufun kanuni sınırlar içerisine çekilmesi için açılan bir davadır.

Yabancı unsurlu miras davalarında uygulanacak hukuk MÖHUK m. 20/1'de belirtilen bağlama noktasına göre belirlenir. Buna göre uygulanacak hukuk ölenin ölüm anındaki milli hukukudur. Tenkis davası halinde de uygulanacak hukuk MÖHUK m. 20/1'e göre tespit edilecektir. MÖHUK m. 20/1'de ölenin milli hukukuna ilişkin bağlama noktası sadece taşınır mallar ile ölenin Türkiye dışındaki taşınmazları hakkında uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü MÖHUK m. 20/1 son cümlede Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukukunun uygulanacağı konusunda istisna hükmü düzenlenmiştir. Yabancı unsurlu tenkis davalarında uygulanacak hukukta saklı paylı mirasçıların kimler olacağı, saklı pay oranları, tenkise tabi kazandırmalar ile tenkis davası hakkındaki diğer hususlar MÖHUK m. 20/1 kapsamında değerlendirilir. Bu değerlendirmelerde kamu düzeni engeli ile karşılaşmak mümkün olabilir. Kimi hukuk sistemlerinde saklı pay hakkı bulunurken kimisinde bu hak hiç düzenlenmemiştir. Ayrıca saklı pay hakkı tanınırken yasal mirasçılar arasında bir takım ayrımlar gözetilmiş olabilir. Bu hallerde mirasbırakanın milli hukukunun uygulanması MÖHUK m. 5 gereği Türk kamu düzenini açıkça ihlal edecek nitelikte ise uygulanamaz.

Tenkis davalarında yetkili mahkeme TMK m. 576 ile HMK m.11'de düzenlenmiştir. HMK m. 11/1-a'da yer alan düzenlemede ölüme bağlı tasarruflar ifadesi eksik kalmakta tenkise tabi tutulabilen sağlararası tasarrufları kapsamamaktadır. Bu nedenle söz konusu hükmün "*Terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, mirasbırakanın tasarruflarının iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar…*" şeklinde revize edilmesi kanaatimizce uygun bulunmaktadır.

Yabancı unsurlu tenkis davalarında yetkili mahkeme ise MÖHUK m. 43'te yer alan yetki kuralı ile belirlenecektir. Bu kuralın münhasır yetki kuralı olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir yetki kuralının münhasır nitelikte olup olmadığının değerlendirmesi tanıma tenfiz engeli bakımından önem arz etmektedir.

Tenkis davası şahsi bir davadır ve taşınmaz aynına ilişkin bir hüküm içermesi mümkündür. Tenkis kararının hukuki niteliği gereği, mirasbıraka-

nın yapmış olduğu tasarrufun değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Tenkis kararıyla birlikte tenkise konu kazandırma saklı payı ihlal ettiği oranda mirasın açıldığı andan itibaren hükümsüz hale gelir[77]. Mevcut düzenlemeye göre yabancı unsurlu tenkis davalarında da Türk mahkemelerinin yetkisi MÖHUK m. 43'e göre belirlenecektir. Eğer dava konusu bir taşınmazsa ve karar taşınmazın aynına ilişkinse de yetkili mahkeme değişmeyecektir. Dolayısıyla yabancı mahkemeden alınan tenkis davasına ilişkin kararlar Türkiye'de tanıma tenfize konu edilebilir.

Esasında Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin olarak verilen ve konusu miras olan davaların tenfiz engeli ile karşılaşması uygundur. Ancak mevcut düzenleme *"münhasır nitelikli yetki kuralı"* engelinin gerekçesi bakımından uygun değildir. Mirasa ilişkin davalar hakkında yetkili mahkemeyi düzenleyen MÖHUK m.43'ün mirasa uygulanacak hüküm olan m. 20 ve taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkili mahkeme HMK m. 12 ile uyumlu olması gerekmektedir. Bu nedenle m. 43'ün taşınır taşınmaz ayrımı yaparak aslında münhasır yetki kuralı mı olduğu konusunu netliğe kavuşturmak adına MÖHUK m. 43 hükmünün "*Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Türkiye'de bulunan taşınmazlar için taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.*" şeklinde ifade edilmesi yönünde değiştirilmesini önermekteyiz.

---

77 **Nar**, s. 237.

KAYNAKÇA

Acun Mekengeç, Merve: *"5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması"* EÜHFD, C. XVII, S. 3-4, Yıl: 2013, s. 238-283.

Altıparmak, Ayşe Kübra: İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2017.

Altuğ, Yılmaz/**Yasan**, Mustafa: "*Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni"*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 139-150.

Altuğ, Yılmaz: "*Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)*", AÜSBFD, C. 27, S.3, Cem Sar'a Armağan, 1972, s.371-385.

Antalya, Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul 2015.

Atakan, Arda: *"Kamu Düzeni Kavramı"*, MÜHF-HAD, C.13, S.1-2, s. 59-136.

Ayan, Mehmet: Miras Hukuku Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2016.

Aybay, Rona/**Dardağan**, Esra: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul 2008.

Aybay, Rona: *"Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu"* Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, y. 2004, s. 139- 145.

Aygün, Mesut: *"Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü"*, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Y. 2014, s. 1025-1066.

Baran Çelik, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara 2011.

Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: *"Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve Möhuk M. 4(1) (b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi"*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, S. 1, s. 111-150.

Bozkurt Balkar, Süheyla: "*Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi"* GÜHFD, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. II, 2014/2, s. 795-862.

Can, Hacı/**Toker**, Ali Gümrah: Milletlerarası Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017.

Çelikel, Aysel: *"Türk Milletlerarası Özel Hukukta "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması"*, MHB C. 3, S. 2, Y. 1983, s. 1-10.

Çelikel, Aysel: "*Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları"*, MHB C. 2, Sayı: 2, Y. 1982, s. 1-11.

Çelikel, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, Beta Basım, İstanbul 2016.

Çelikel, Aysel/**Nomer**, Ergin/**Giray**, F. Kerem/**Esen**, Emre: Devletler Hususi Hukuku Çözümlenmiş Örnek Olaylar-Seçilmiş Mahkeme Kararları, 13. Bası, İstanbul 2016.

Çelikel, Aysel/**Öztekin Gelgel**: Yabancılar Hukuku, 23. Bası, İstanbul 2017

Dayınlarlı, Kemal: *"Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni"*, Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1988, s. 653-692.

Demir Gökyayla, Cemile: *"Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye'de Hüküm ve Sonuç Doğurması"*, Prof. Dr. Fikret Eren Armağanı, Ankara 2006, s. 559-581, *(Mirasçılık Belgesi).*

Demir Gökyayla, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, (Kamu Düzeni).

Doğan, Vahit: *"Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku"*, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, C.6, S. 1-2, s. 821-849.

Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara 2016 (Milletlerarası Özel Hukuk).

Dural, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2016.

Ekşi, Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, 2000 İstanbul, (Milletlerarası Yetki).

Ekşi, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.

Ekşi, Nuray: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013, (Milletlerarası Miras).

Ekşi, Nuray: Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, 2. Baskı, İstanbul 2012.

Elçin, Doğa: *"Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun"*, TAAD, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), s. 211-241.

Erdem, B. Bahadır: *"22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin*

Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi", MHB C. 22, S. 1, Y. 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 149-181.

Eren, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973.

Erkan, Mustafa: *"Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki"*, SÜHFD, C. 20, S. 1, Y. 2012, s. 11-51.

Esen, Emre: *"Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı"*, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, 2002, Özel Sayı, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 183-206 (*Münhasır Yetki*).

Esen, Emre: *"Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S.2, Temmuz 2016, s. 669-698 (*Miras Hakkı*).

Gürzumar, Aydanur: *"Türk Yabancılar Hukukunda Yabancı Gerek Kişilerin Miras Hakkı Var Mıdır?"*, MHB, C. 19, S. 1-2, Y. 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 383-396.

Güven, Pelin: Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi), Ankara 2013.

Güven, Pelin: *"Yabancıların Vasiyetname Yapma Ehliyetine, Vasiyetin Şekline ve Esasına Uygulanacak Hukuk ile Bu Kapsamda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı"*, AÜEHFD, C. X, S. 1-2, 2006, s. 341-360.

Huysal, Burak: *"6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*" MHB, C. 31, S. 2, Y. 2011, s. 71-101.

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

Nar, Ahmet: Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul 2016.

Nomer, Ergin: Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, (Milletlerarası Usul Hukuku).

Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017, (Devletler Hususi Hukuku).

Nomer, Ergin: "*Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni*", MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, C. 23, Y. 2003, s. 565-577.

Nomer, Ergin: *"Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi"*, MHB, 1999-2000, C. 19, S. 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 555-576.

Nomer, Ergin: *"Anayasa ve Yabancı Kanun"*, Osman Fazıl Berki Armağanı, Ankara 1977, s. 549-565.

Oğuzman, Kemal: Miras Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1995.

Ökçün, A. Gündüz: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 7, Ankara 1997.

Özkan, Işıl/**Tütüncübaşı**, Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017.

Öztan, Bilge: Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Yedinci Bası, Ankara 2016.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2016.

Pürselim Doğan, Hatice Selin: *"Almanya'da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya'da Bulunan Terekenin Paylaşılması"*, MHB, S. 31, Y. 2011, s. 243-266.

Ruhi, Ahmet Cemal: *"Mirasçılık Belgesi ve Yabancı Bir Ülke Mahkemesinden Alınan Mirasçılık Belgesinin Türkiye'de Tanınması"*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 92, Nisan 2014, Sayfa: 14-28.

Sadroleşrafi, Ali: *"Devletler Özel Hukuku'nda Genel Olarak Atıf Teorisi (Renvoi)"*, DEÜHFD, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağan, C. 3 S. 1-2, Y. 1987, s. 515-522.

Sakmar, Ata: Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982.

Sargın, Fügen: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Serozan, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Ankara 2014.

Sirmen, Sedat: *"Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi"*, AÜHFD, C. 58, S. 4, 2009, s. 825- 879.

Süral, Ceyda: *"Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi"*, TBB Dergisi, C.100, Y. 2012, s. 167-216.

Süzen, Begüm: Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, İstanbul 2016.

Şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figenmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2016.

Şanlı, Cemal: *"Türk Devletler Özel Hukukunda Mirasa İlişkin Bazı Sorunlar"*, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 345-352.

Şanlı, Cemal: *"Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde 'Tanınması' veya 'Delil' Olarak Kullanılması"*, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 291-307.

Tanrıbilir, Feriha Bilge: *"Yabancıların Mirasçılık Sıfatı"*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 695-731.

Tanrıbilir, Feriha Bilge: Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000.

Tekinalp, Gülören/**Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, İstanbul 2016.

Timur, Hıfzı: Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, İstanbul 1942.

Tütüncübaşı, Uğur: Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Ankara 2014.

Uluocak, Nihal: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Kişisel Statü-Miras Statüsü), İstanbul 1987.

Uyanık, Ayfer: Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.

Yasan, Candan: Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, İstanbul 2013.

Yasan, Candan: *"Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikleri"*, Galatasaray Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 2011/1, s. 749-776 *(Evlilik Dışı Birliktelik).*

ESKİ ESERLERİN KORUNMASININ HUKUK TARİHİ YÖNÜYLE İNCELENMESİ

Arş. Gör. Aslıhan NESLİ [*] [**]

Öz

Eski eser, tarihî veya arkeolojik değeri olup geçmiş dönemlerden günümüze varlıklarını devam ettiren ya da ileride böyle bir değeri taşıyacağı kesin olan mal varlıklarını belirtmektedir. Günümüzde eski eser kavramı yerine, kültür ve tabiat varlıkları ifadesi kullanılmaktadır. Kültür ve tabiat varlıkları, somut varlıkların yanında, somut olmayan kültürel mirası (din, dil, gelenek, şarkı, dans gibi) da içerdiğinden, daha kapsamlı bir anlamı ifade etmektedir.

Bu çalışmada, eski eserleri koruma bilincinin ortaya çıkış sürecinin gösterilmesi amaçlanmıştır. Tarihî veya arkeolojik değeri olan eserlere karşı hukukî olarak nasıl bir yaklaşım sergilendiği, kadim sistemlerde, Batı hukukunda ve Türk hukukundaki gelişmeler çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır. Ancak konu, daha çok Türk hukuk tarihi bakımından ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Eski Eserlerin Korunması, Kültür ve Tabiat Varlıkları, Lahey Sözleşmeleri, Osmanlı Hukuku, İslâm Hukuku

EXAMINATION OF THE CONSERVATION OF ANCIENT ARTIFACTS IN TERMS OF LEGAL HISTORY

Abstract

The ancient artifact has a historical or archaeological value and refers to artifacts that have been in the past to day or will continue to have their existence

---

[*] Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı (e-posta: aslihannes@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 22.11.2017-22.11.2017/Makale Kabul Tarihleri: 11.12.2017-16.03.2018)

[**] Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı "Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması" dersinde sunulan seminer çalışmasının geliştirilmesi neticesinde ortaya çıkmıştır. Çalışmaya katkıda bulunan Sayın Prof. Dr. Oğuz Sancakdar'a ve dönem arkadaşlarıma teşekkür ederim.

and value absolutely in the future. Today, phrase of the cultural and natural property are used instead of the concept of ancient artifacts. Cultural and natural property represent a more comprehensive meaning as they include tangible artifacts as well as intangible cultural heritage (such as religion, language, tradition, song, dance).

In this work, it is aimed to show the emergence period of conservation consciousness of ancient artifacts. The approach to the artifacts that have historical or archeological values, have been tried to be examined in the context of law, in the framework of developments in ancient systems, Western law and Turkish law. However, the issue is discussed more in terms of the history of Turkish law.

Keywords

Conservation of Ancient Artifacts, Cultural and Natural Property, The Hague Conventions, Ottoman Law, Islamic Law

GİRİŞ

Günümüzde kültür ve tabiat varlıkları kavramıyla ifade edilen eski eserler, tarihî veya arkeolojik değeri olan varlıkları belirtmektedir. Eski eserlerin korunması, dünyanın ortak kültürel mirasının gelecek nesillere aktarılması hususunda önemli bir işlev görmektedir.

Eski eser hukuku, gelişimini 20'nci yüzyılda hızlandıran ve hâlâ bu gelişimi sürdüren bir hukuk dalıdır. Nitekim geçmiş dönemlerden itibaren, farklı toplumların kendi değerleri üzerinden gerçekleşen eski eser korumasının sistematik bir hal almasında, uluslararası hukuktaki gelişmelerin etkili olduğu bilinmektedir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra eski eser koruma bilincinde ortaya çıkan değişim ve gelişim bunu göstermektedir.

Çalışmada, izlenen plân doğrultusunda, öncelikle eski eser kavramı açıklanmakta, daha sonra kadim hukuk sistemlerinden örneklere yer verilmektedir. Batı hukukundaki gelişim ise, daha çok uluslararası hukukî belgeler kapsamında ele alınmaktadır. Son olarak Türk hukuk tarihi bakımından konu detaylandırılmakta ve İslâmiyet öncesi ve sonrası Türk hukuku ayrımında bir inceleme yapılmaktadır. Ancak Türk hukuku bakımından bir bütünlük sağlanması önemli görüldüğünden, Cumhuriyet dönemindeki gelişmelere mevzuattaki önemli düzenlemeler bakımından değinilmektedir. Bu yönüyle çalışmada, günümüz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku'nun oluşum aşamalarının ortaya konulması amaçlanmıştır.

I. "ESKİ ESER" KAVRAMI

"Eski eser" ifadesi, günümüzde kullanılan "kültür varlığı" kavramının geçmiş dönemlerdeki karşılığıdır. Bununla birlikte kültür varlığı kavramı, daha geniş bir mânâyı ifade etmektedir[1].

---

[1] Günümüzde kültür varlığı kavramı, somut varlıkların yanında, somut olmayan varlıkları da kapsamaktadır. Somut olmayan kültürel miras, diller, dinler, gelenekler, şarkılar, danslar, ritüeller ve mitlerin belirlenip korunması anlayışına dayanmaktadır (**Sancakdar**, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, (Seçkin), Ankara 2012, s. 41). Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilatı (UNESCO), 17.10.2003 tarihinde Paris'te düzenlenen 32'nci Genel Konferansında, *Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi*'ni kabul etmiştir. Türkiye 19.10.2006 tarihli ve 5448 sayılı Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesinin Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'la Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuş, 27.03.2006 tarihinde Sözleşme'ye resmen taraf olmuştur (http://aregem.kulturturizm.gov.tr/TR,50837/somut-olmayan-kulturel-mirasin-korunmasi-sozlesmesi-hak-.html, (22.05.2017)). Eski eser ve kültür varlığı kavramları arasında fark bulunma-

Genel bir tanımlama yapılacak olursa, eski eserler, "tarihî, arkeolojik veya sanat değeri olup eski devirlerden bize intikal eden, ya da ileride böyle değerleri taşıyacağı kesin ve mutlak olan ve sayıca sınırlı mallar"dır[2].

Mumcu, eski eser kavramının tanımını tam anlamıyla yapmanın ve kavramı hukukî sınırlar içerisine sokmanın esasen zor olduğunu belirtmiştir. Çünkü "eskilik" vasfını taşıyan her eserin, eski eser hukuku kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği gibi farklı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla eski eser kavramının içeriğine dâhil olan hususların belirlenmesinde birtakım ölçütlerin kullanılması gerekmektedir. Mumcu, bu ölçütlerin esasının, hangi eski malların korunması gerektiği noktasından hareketle bulunabileceğini; korunacak eski eserlerin, maddî ya da manevî bir değer taşıması gerektiğini ve bunun da tarih, arkeoloji ve sanat tarihi bilimlerinin koyduğu ölçütler doğrultusunda ortaya çıkarılabileceğini ifade etmiştir. Yazarın eski eser niteliğinin belirlenmesinde ölçüt olarak kabul ettiği hususlar şunlardır:

1. *Eski eser, tarihi bir olayı ya da devreyi açıklayan, belgeleyen, veya, olayı yahut devreyi bize kuvvetle hatırlatan özelliklere sahip olmalıdır*. Örneğin, Osmanlı dönemine ait bir ferman, bir kervansarayın kitabesi tarihî olayların değerlendirilmesine yardımcı eski eserlerdir. Ancak herhangi bir aileye ait eski bir mektup, eski eser kavramı kapsamında değerlendirilmemektedir.

2. Yukarıda zikredilen özelliği taşımayan, ancak arkeolojik bakımdan değerli olan eşya da eski eserdir. Örneğin, bir kazı yerinde bulunan toprak kap, arkeolojik bakımdan orijinal bir nitelikteyse eski eser sayılabilmektedir.

3. Birinci ve ikinci maddelerdeki özellikleri taşımayan eşya, sanat tarihi yönünden önemli görüldüğü takdirde eski eser olarak nitelendirilebilir. Örneğin, kazıdan çıkarılan toprak kap, arkeolojik bakımdan bir değer taşımasa da, estetik yönünden önemli görüldüğü ya da orijinal bir parça olarak değerlendirildiği takdirde, sanat tarihi bakımından korunması gerekli eski eser olarak değerlendirilebilir. Mumcu, bu ölçütlerin yanında, eski eser niteliğinin tepsitinde "miktarca azlık" ölçüsünün önemini vurgulamıştır. Bunun yanında, "eskilik" niteliğinin belirlenmesinde eserin yaşının tespitine dikkat çekmiş;

---

dığına, sadece 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nun benimsediği eski eser kavramının kültür ve tabiat varlığı olarak ikiye bölündüğüne ilişkin görüş için bkz. **Umar**, Bilge/ **Çilingiroğlu**, Altan: Eski Eserler Hukuku, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları), Ankara 1990, s. 41.

2 **Mumcu**, Ahmet: "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", AÜHFD, C. XXVI, S. 3-4, s. 50.

ancak bunu zamanla sınırlamanın (örneğin, yüz yaşından eski eşyaları eski eser hukukunun konusu içine sokmanın) son derece hatalı bir yol olacağını vurgulamıştır[3].

Eski eserler, gerek bulundukları toplum, gerekse tüm insanlık için bilimsel açıdan önem taşımaktadırlar. Ayrıca bir ülkedeki eski eserler, iç ve dış turizme etkileri nedeniyle, ülke ve bölge ekonomisine katkı sağlamakta, dolayısıyla ülkenin kalkınmasında önemli bir işlev görmektedirler[4].

Eski eserlere verilen önem, tarihî süreç içerisinde gittikçe artan bir seyir izlemiştir. Bu eserlere verilen önemin giderek artması, bunların savaşta ve barışta korunması algısının oluşmasını sağlamış; eski eserlerin ayrı bir hukukî rejime tâbi olmaları gerektiği fikri ortaya çıkmıştır. Günümüzde "kültür ve tabiat varlığı" olarak ulusal ve uluslararası alanlarda korunmaya çalışılan varlıkların, geçmiş dönemlerde nasıl değerlendirildiklerini çeşitli başlıklar altında incelemek mümkündür.

II. KADİM HUKUK SİSTEMLERİNDE ESKİ ESERLERİN KORUNMASI

Kadim hukuk sistemlerinde eski eser koruma algısı, daha çok kutsal değerler üzerinde ortaya çıkmıştır. Eski Hindu kanunlarında, savaş esnasında askerlerin şehirleri tahrip etmeleri yasaklanmaktaydı. Dini metin ve açıklamaların toplandığı "Agni Purana"da askerlerin tapınaklara ve diğer dua yerlerine zarar vermelerine engel olmak amacıyla çeşitli hükümler düzenlenmişti[5].

Sümer, Babil ve Asur hukuk sistemlerinde konuyla ilgili açık düzenlemelere rastlanılmamakla birlikte, Hammurabi Kanunu'nda, Kral Hammurabi'nin güneş ve adalet tanrısı olarak kabul ettikleri Şamaş için

---

3 **Mumcu**, s. 47-50. Mumcu, eskilik kavramının mutlak olarak alınmaması, yeni malların da ileride eskidiği zaman, yukarıda sayılan ölçülere göre eski eser niteliğini kazanıp kazanmayacağının düşünülerek davranılması gerektiğini belirtmiştir (**Mumcu**, s. 50). Gündel, günümüzdeki bir mimarî eserin, özellikleri dolayısıyla hem günümüz insanına, hem de gelecek nesillere intikalinde toplumsal bir yarar görülebileceği gerekçesiyle eski eser kavramını geniş anlamıyla değerlendirmek gerektiğine dikkat çekmiştir (**Gündel**, Ahmet: Açıklamalı-İçtihatlı Eski Eserler Hukuku, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1996, s. 19).

4 **Umar/Çilingiroğlu**, s. 1-2.

5 **Güner**, Saadet: "Savaşlar ve Kültürel Miras: Kültürel Miras; Savaşların, Silahlı Çatışmaların Masum Kurbanları Olmaya Devam Ediyor", s. 2, http://kumid.net/admin/userfiles/etkinlikler/beykent.pdf, (24.04.2017).

Ebabbar tapınağını yeniden yaptığı bildirilmiştir[6]. Bu bilgi, dini inançlar üzerinden ve dini eserler bakımından bir koruma anlayışına işaret etmektedir.

Benzer bir anlayış Antik Yunan döneminde de görülmektedir. Bu dönemde Olympus, Delos, Delphi ve Dodone şehirleri "Kutsal ve İhmal Edilemeyecek, Korunacak Şehirler" olarak değerlendirildiğinden, söz konusu şehirlere ve bu şehirlerin duvarlarına saldırılar yasaklanmıştı[7].

Roma hukuku, eski eser koruma bilincine dikkat çeken ve bu doğrultuda somut adımların atıldığı bir hukuk sistemi olmuştur. Krallık döneminde Sicilya'da, bazı anıtları yağmalayan Romalı Verres'in işlediği bu fiillerin, Cicero'nun protestosu neticesinde tazminatı gerektirmesi bir başlangıç niteliğindedir[8].

Roma hukuk sisteminde koruma, daha çok dinî ve estetik kaygılar nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle kamuya ait estetik değeri olan varlıkların korunması oldukça önemli görülmüştür. M. Ö. 300 yılından itibaren Roma'ya eski Yunan sanat eserlerinin gelmesi, toplumun estetik değerlerini yükselttiğinden, bu değerleri temsil eden eserler de korunmuştur. Bu şekilde yayılan eserlerin korunması için ilk önemli adım, Consul[9] Publius Servilius Isauricus tarafından atılmıştır. Consul, kamuya ait sanat eserlerinin bir envanterini hazırlamıştır. Bunun yanında M.Ö. 44 yılında çıkarılan "Lex Iulia Municipalis"[10] adlı kanunla, bazı memurlara şehrin güzelliğini koruma görevi verilmiştir. Konstantin döneminde, değer taşıyan resimlerin Roma dışına çıkartılması yasaklanmıştır. M.S. 458 yılında, güzelliği ile dikkat çeken eski binalar üzerinde değişiklik yapılması veya yıkımı yasak kabul edildiğinden, bu fiilleri işleyenlere para cezaları verilmiş; hatta bu kimseler,

---

6 **Tosun**, Mebrure/**Yalvaç**, Kadriye: Sumer: Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Ṣaduqa Fermanı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1975, s. 182.

7 **Güner**, s. 2.

8 **Baysan**, Nejla: Tarihsel Çevre Koruma Mevzuatının Değişim Süreci: İzmir Mithat Paşa Caddesi Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2007, s. 10.

9 Consul, Cumhuriyet devrinin başlarından itibaren, devlete ait bütün idarî, askerî ve yargısal yetkileri kendilerinde muhafaza eden, bir yıllığına seçilmiş, *imperium*'a sahip en büyük *magistra*ya verilen isimdir (**Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s. 48.

10 Vatandaşların oturduğu *municipium*'ların idaresini ve Roma şehrinin güvenliğini düzenleyen kanuna verilen isimdir. Heraclea'da yer alan bir bronz levha üzerinde okunması nedeniyle, günümüzde buna *Tabula Heracleensis* denilmektedir (**Umur**, s. 119).

resmi görevli sıfatını taşıyorlarsa, dayak ve el kesme yaptırımları ile karşılaşmışlardır[11].

III. ESKİ ESERLERİN KORUNMASININ BATI HUKUKUNDAKİ GELİŞİM SÜRECİ

A. Genel Olarak

Batı hukukunda eski eserlerin, gerçek anlamda kültürel ve estetik değerler olarak görülmeye başlanması, 16'ncı yüzyılda Rönesans ile birlikte gerçekleşmiştir. Bundan önceki dönemde eski eserler, genellikle dinî, estetik değerler olarak kilise tekelinde korunmaktaydı[12]. Hıristiyan inancını yansıtan kiliseler, Hz. İsa ve Hz. Meryem'i tasvir eden resimler, freskler ve heykeller koruma altına eserler arasında bir önceliğe sahip idi[13].

1548 yılında Fransa'da, Langueduc valisinin aldığı bir karar doğrultusunda ilk kez, büyük antik yapıların etrafının kapatıldığı, bunların çevresine yeni yapılar inşa edilmesinin yasaklandığı, inşa için izin alınması gerektiği bilinmektedir[14].

Aydınlanma Döneminden itibaren ise, eski eserlerin dünyanın ortak malı olduğu ve bir kültürel çevre ve planlama bütünlüğü içerisinde korunması gerektiği anlayışı ortaya çıkmaya başladı[15].

Batı'da koruma anlayışının, daha çok *savaş zamanında koruma* şeklinde geliştiği söylenebilir[16]. Buradaki geleneksel savaş kurallarına, ilk modern insancıl ilkeleri ekleyen kişinin, Prusyalı askeri düşünür-stratejist Carl von Clausewitz (1780-1831) olduğu bilinmektedir. Clausewitz'in ilkeleri, bir savaşın yönetilmesi, gerçek askerî hedeflere yönelik saldırı ve savaş emirleri konularında sınırlamalar içermekteydi[17].

---

11 **Mumcu**, s. 54; **Sancakdar**, s. 70.

12 **Mumcu**, s. 54; **Sancakdar**, s. 70.

13 Alman Hukukunda kültür varlıklarının korunmasının tarihî gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sancakdar**, Oğuz/**Tepe**, İlker: "Alman Hukukunda Kültür Varlığı (Kulturdenkmal) Kavramı ve Başlıca Koruma İlkeleri", DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009 (Basım Yılı: 2010), s. 1756 vd.; **Sancakdar**, s. 110 vd.

14 **Baysan**, s. 25.

15 **Sancakdar**, s. 70.

16 Savaşlarda ganimet olarak değerlendirilen taşınır sanat eserlerinin iadesine ilişkin antlaşmalar, 17'nci yüzyılda ortaya çıkmaya başlamıştır (**Baysan**, s. 10).

17 Ayrıca Amerika'daki iç savaş zamanında, ABD tarafından 1863'te yayınlanan Çatışma Alanlarında ABD Ordularının Yönetimi İçin Kararname'de, kuşatılan yerlerde ve

Batı'da savaş zamanında, eski eserlerin toplanıp kaçırıldığına ilişkin örnekler bulmak mümkündür. Bu konuda başlıca örnek, Napolyon Bonapart'ın 1794'te Belçika'yı, ardından da İtalya'yı işgal etmesiyle ortaya çıkmıştır. Bonapart, bu işgaller neticesinde topladığı "Belvedere Apollosu", "Gladyatörün Ölümü", "Lacoon" gibi dev eserleri Paris'e taşımıştı. Batı'da eski eser araştırma ve toplama faaliyetinin öneminin giderek arttığı, Bonapart'ın Mısır'a işgale giderken yanında amiral ve generalden çok, arkeolog ve egyptolog (Mısır Bilimci) götürmesinden de anlaşılmaktadır[18]. 1817 yılında, İngiltere adına Mısır'da kazı yapan G.B Belzoni, Firavun I. Seti'nin mezarını ortaya çıkarmıştır. Belzoni'nin Teb şehri buluntularını British Müzesi'ne taşıdığı bilinmektedir. Yine 1820'de Değirmenlik (Melos) Adası'nda bulunan ünlü Venüs heykelinin, Fransızlar tarafından kaçırılarak Louvre Müzesi'ne götürülmesi bir başka örnektir[19].

Savaş zamanında eski eserlerin korunması amacıyla bir başka yere taşınabileceği kuralının yer aldığı metin, 1863 yılında ABD'de kabul edilen Lieber Code olmuştur[20]. Söz konusu metnin, düşmana ait kamu ve özel malvarlıklarına ilişkin hükümlerinin yer aldığı ikinci bölümünde, zafer kazanan ordunun kamuya ait paraya ve taşınabilir malvarlıklarına el koyabileceği kabul edilmiş; ancak kuşatılmış ya da bombardıman altında olsa bile, klâsik sanat eserleri, kütüphaneler, bilimsel koleksiyonlar ve astronomik teleskoplar gibi değerli malzemelerin, her türlü kaçınılabilir zarara karşı korunması gerektiği vurgulanmıştır. Aynı zamanda kazanan devlet yöneticisinin, bu varlıklar zarar görmeden uzaklaştırılabilecekse, varlıklara el konulup uzaklaştırılmasına karar verebilme yetkisi kabul edilmiştir. Bununla birlikte nihai mülkiyet sonradan yapılacak olan barış antlaşması ile belirlenecektir (Lieber Code m. 31, 35, 36)[21].

Batı hukukunda eski eser koruma anlayışının yansıtıldığı müstakil metinler, ilk olarak ulusal kanunlardır. Ancak daha sonra İkinci Dünya

---

bombardıman sırasında sanat eserlerinin, bilimsel koleksiyonların, kütüphanelerin ve hastanelerin tahrip edilmesinin önlenmesi konusuna dikkat çekilmişti (**Güner**, s. 3).

18 **Güner**, s. 3.

19 **Mülayim**, Selçuk: "Kronolojik Notlarıyla 19. Yüzyıl Osmanlı Müzeciliği", Osmanlı Araştırmaları, S. XXXIV, İstanbul 2009, s. 179.

20 **Baysan**, s. 10-11.

21 Ayrıca Kanun'da, Birleşik Devletler askerleri tarafından bu tür eserlerin ele geçirilmesi durumunda, satılamayacağı, bağışlanamayacağı, özel mülkiyete geçirilemeyeceği ve tahrip edilemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu Kanun maddeleri için bkz. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec2, (25.08.2017).

Savaşı'nda yaşanan ağır tahribatın konunun önemini artırması nedeniyle, eski eser koruması uluslararası alanda değerlendirilmeye başlanmıştır. Konunun uluslararası boyutta geliştirilmesinde sivil-mesleki organizasyonlar ve uluslararası örgütlerin etkileri olmuştur. Çalışmanın devamında, süreci göstermesi bakımından, sadece İtalya, Fransa, İngiltere ve Almanya'nın ulusal kanunlarına işaret edilecek; ardından eski eser hukukunun gelişiminde önemli roller üstlenen uluslararası belgeler incelenecektir.

B. Eski Eserlerin Ulusal Hukuk Sistemlerinde Korunması

Batı'da koruma hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler, öncelikle ulusal kanun metinleri ile gerçekleştirilmiştir. İlk koruma kanunlarının oluşturulduğu ülkeler, İtalya, Fransa ve İngiltere'dir. İtalya, Roma İmparatorluğu mirasını bünyesinde barındırması nedeniyle eski eserler bakımından zengindir. 13'üncü yüzyıldan itibaren anıtların korunmasına ilişkin çeşitli düzenlemelerin yapıldığı İtalya'da, 1600'lü yıllarda, eski eserlerin yurtdışına çıkarılması papalığın aldığı bir karar neticesinde yasaklanmıştır[22]. İtalya'da 1700'lü yıllarda, tarihi anlama amacıyla anıtlara ilişkin belgelerin toplanıp sistemli bir şekilde değerlendirildiği bilinmektedir. 1865 yılında ise, özel kişi ve kurumların ellerindeki tarihî anıtlara kamu yararına el konulması esasını kabul eden, ilk koruma kanunu çıkarılmıştır[23]. Bununla birlikte eski eser korumasına ilişkin temel bir kanun olma niteliği taşıyan ilk düzenleme, 1902 yılında kabul edilmiştir. Kanun koruma işlemlerini, 50 yıllık bir süreden itibaren başlatması; eski ustalara ait eserleri çok fazla dikkate almaması; kamu malı olan değerleri kesin bir şekilde koruma altına alıp belli bir listeye kaydederken, özel kişilerde bulunan değerlerin korunabilmesi için "önemli" olma ve korunmamaları durumunda ülke kültürüne zarar verecek türden olma şartlarını kabul etmesi nedenleriyle oldukça dar bir koruma anlayışı benimsemiştir[24].

Fransa'da 1789 Fransız İhtilâli sonrasında, eski yönetim sistemine duyulan öfke nedeniyle çok sayıda eski eser tahrip edilmiş; bunun önüne

---

22 **Sancakdar**, s. 139.

23 **Baysan**, s. 24-25.

24 Kanun, kamuya ait eski eserlerin satıma konu olamayacağı, özel kişilere ait olanların Bakanlık izniyle satılabileceği ve devletin şuf'a hakkı bulunduğunu kabul etmiştir (**Sancakdar**, s. 140). İtalya'nın eski eser korumasına ilişkin 2004 yılına kadar uygulanan kanunu, 1939 yılında çıkarılmıştır. 22.01.2004 tarihinde kültür varlıklarının korunması konusu Şehircilik Kodu (Code Urbani) ile düzenlenmiştir. Konuyla ilgili bkz. **Sancakdar**, s. 140; **Baysan**, s. 24-25.

geçmek amacıyla kurulan Anıtlar Komisyonu, bazı eserlerin kurtarılması için çaba harcamıştır. Dönemin ünlü sanatçılarının (ör; Victor Hugo) konuya dikkat çeken yazılar yayınlamalarıyla, eski eser koruma bilinci gelişmeye başlamıştır[25]. Fransa'da kurumsallaşma ve anıtların belgelenmesi düzeyinde eski eser korumasının, 1830'lu yıllardan itibaren geliştiği gözlemlenmektedir[26]. Eski eser koruması bakımından bir dönüm noktası olması nedeniyle, 1840 yılı önemlidir. Çünkü söz konusu yıla kadar, devlet veya kamu tüzel kişilerinde bulunan eski eserler için bir kamu sınırlaması bulunmaktaydı. Bu yıldan itibaren ise, ilk kez "tarihî ve estetik amaçlı kamulaştırma" anlayışı benimsendi ve konu 1841 yılında kanun ile düzenlendi[27].

Fransa'da 1887 yılında, koruma adına mülkiyet hakkına sınırlama getiren yasal bir düzenleme kabul edilmiştir[28]. Avukat Rousseau tarafından hazırlanan kanun, eski eserlerin listelenmesi, onarımı, alım-satımı, kamulaştırılması konularında düzenlemeler içermekteydi[29]. 31 Aralık 1913'te, bu yasal düzenlemenin eksiklerini gideren, özel mülkiyete dâhil yapıları kanun kapsamına sokan ve merkezî korumayı bölgesel düzeyde öngören, Loi Sur Les Monuments Historiques (Tarihi Anıtlar Hakkında Kanun)[30] çıkarılmıştır. Fransa koruma hukuku bakımından en önemli düzenlemelerden biri ise, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yaşanan konut sıkıntısına tarihî alanlardaki yapılardan faydalanmak sûretiyle çözüm getiren 1962 Malraux Kanunu'dur[31].

---

25 **Sancakdar**, s. 140.

26 Konuyla ilgili bkz. **Baysan**, s. 25; **Sancakdar**, s. 141.

27 **Sancakdar**, s. 141.

28 **Baysan**, s. 25-27.

29 **Sancakdar**, s. 141.

30 https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000315319, (30.08.2017).

31 **Baysan**, s. 25-27. Fransa hukuk sistemindeki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sancakdar**, s. 141-143. 19'uncu yüzyılda Fransa'da, Sanayi Devrimi, kırdan kente göç, hızlı nüfus artışı, emeğin ticarîleşmesi gibi nedenlerle ortaya çıkan ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında da devam eden konut sıkıntısına çözüm bulmak amacıyla, Devlet'in müdahalesi neticesinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1962 Malraux Kanunu bu düzenlemelerden biridir. Kanun ile kentsel yenileme, *koruma* ve *rehabilitasyon* bakımından ele alınmış; bazı kentsel alanlar, mahalleler ve köyler devlet tarafından sit alanı olarak ilan edilerek koruma altına alınmıştır (**Olgun**, Hakan: Fransa'da Konut Politikası: Tarihî Süreç ve Bugünkü Durum, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 6, S. 14, 2017, s. 70-74).

İngiltere'de koruma hukuku ile ilgili düzenlemelerin, ilk olarak 1861 yılında Avam Kamarası tarafından yapıldığı bilinmektedir. Bu düzenlemeler daha çok kazılara ilişkin olup buluntuların Krallığa ait olacağı kabul edilmiştir. Kazı yapan kişilerin ve arazi sahiplerinin ise, ödüllendirilmesi söz konusu olmuştur[32]. İngiltere'de koruma hukukunun gelişiminde, derneklerin çabası dikkati çekmektedir. 1751 yılında, tüzüğü kral tarafından onaylanan Londra Eski Eserler Derneği, İngiliz eserlerinin belgelenmesi ve yayınlanmasını sağlayan kurum olmuştur. Konuyla ilgili yasal düzenlemeler de özel teşebbüsün isteği üzerine çıkarılmış; 1873 yılında iletilen kanun teklifi neticesinde İngiltere'nin ilk kapsamlı koruma kanunu olarak adlandırılan 1882 Ancient Monument Protect Act (Eski Anıtları Koruma Kanunu) kabul edilmiştir[33]. Tarihî anıtların dışında, günlük kullanılan binaların korunması ise, 1932 Plânlama Kanunu (Planning Act) ile düzenlenmiştir. Bununla birlikte koruma alanı kavramını ortaya çıkaran, 1967 Şehir Estetiği Kanunu (Civic Amenities Act) ile özel nitelikteki yapıların grup halinde korunmasına başlanılmıştır. Bu düzenlemeleri, tescilli binalar ve koruma alanları ile plânlamaya ilişkin çıkarılan, 1990 Tescilli Binalar ve Koruma Alanları Kanunu (Listed Buildings and Conservation Areas) ve 1991 Plânlama ve Tazminat Kanunu (Planning and Compensation Act) takip etmiştir[34].

Almanya'da korumacılık anlayışı, Ortaçağ döneminde daha çok inanç değerlerini yansıtan eserler bakımından ortaya çıkmıştır. Rönesans ve Reform hareketlerinden sonra, 18'inci yüzyılda romantizm akımının yaygınlaşmasıyla birlikte, kültür varlıklarının bakım ve onarımına ilişkin hususlar sistematik hale getirilmeye başlanmıştır. Alman arkeolog Johann Joachim Winckelmann'ın insanlık tarihinde ortaya konulan sanat eserlerini, tarihî sürece birer tanık ve tarihî bilinç aktarımının objeleri olarak görmesi, kültür varlıklarının korunması hukukunda kabul edilen "teklik ve yeniden üretilmezlik" ölçütünün temelini oluşturmuştur[35].

Alman hukukunda kültür varlığı koruması bakımından ilk sistematik normatif düzenleme, 1871 İmparatorluk Anayasası'nda, "Eyaletlerde Kültür İdaresi" bölümünde yer almıştır. Eyalet düzeyinde çıkarılan kanunlar ile korumacılık anlayışının benimsendiği Almanya'da, 1883 yılından itibaren çeşitli kanun tasarıları hazırlanmıştır. Bu çerçevede konuyla ilgili atılan ilk adım, 1883 yılında Baden Büyük Dükalığı tarafından hazırlanan Eski

---

32 **Sancakdar**, s. 143.

33 **Baysan**, s. 27. Bu Kanun, Kuzey İrlanda'da geçerli olmuştur (**Sancakdar**, s. 143).

34 **Sancakdar**, s. 144-145.

35 **Sancakdar**/**Tepe**, s. 1757; **Sancakdar**, s. 110-111.

Eserlerin Korunmasına Dair Kanun Tasarısı'dır. Birinci Dünya Savaşı'nda sonra Weimer Cumhuriyeti döneminde, çeşitli alanlarda yaşanan sıkıntılar nedeniyle kültür varlığı korumacılığı tali nitelikte görülse de, 1920'li yıllarda bazı eyaletlerde çeşitli düzenlemeler yapılabilmiştir. 1934 yılında İmparatorluk bütününde, Bilim Talim-Terbiye Bakanlığı tarafından, 1927 yılında Prusya'da hazırlanan kültür varlığını koruma yasa tasarısından yararlanılarak bir proje yürütülmüştür. Esasen Alman hukuku bakımından günümüz korumacılık anlayışının temellerinin atıldığı dönemin, İkinci Dünya Savaşı sonrası olduğunu söylemek mümkündür. 1970'li yılların başına kadar Alman kanun koyucusu aktif olarak çalışmış, federal düzeyde kanun ve nizamnâmeler çıkarmıştır. 1970'li yıllardan itibaren ise, korumacılık anlayışını şekillendiren mevzuat, eyaletler düzeyinde ortaya konulmuştur. Nitekim günümüzde kültür varlığı korumacılığı, hala eyaletler düzeyinde çıkarılan kanunlar ile hukukî gelişimini devam ettirmektedir[36].

C. Eski Eserlerin Uluslararası Boyutta Korunması

Batı'da eski eser koruma bilincinin gelişiminde dönüm noktaları, Birinci ve İkinci Dünya Savaşları'dır. İnsanlığın ortak kültürel mirasının büyük bir kısmı bu savaşlar neticesinde tahrip olmuştur[37]. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1931 yılında kurulan Milletler Cemiyeti (the League of Nations) ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler (the United Nations), kültürel mirasın korunması hususunda önemli adımlar atmışladır[38].

Koruma algısını dünya ölçeğinde şekillendiren uluslararası organizasyonlar, *sivil-mesleki organizasyonlar*, *Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Organizasyonu* (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization/UNESCO), *Uluslararası Anıtlar ve Sitler Konseyi* (Inter-

---

36 **Sancakdar**/**Tepe**, s. 1758-1761; **Sancakdar**, s. 111-113. Konuyla ilgili İsveç, Polonya, Hollanda, Portekiz ve İspanya hukuklarındaki gelişim için bkz. **Sancakdar**, s. 147-148.

37 İkinci Dünya Savaşı'nda, başta İngiltere ve Almanya olmak üzere, birçok ülkede bulunan tarihî şehirler (Lubek, Exeter, Norwich, York and Canterbury) yoğun hava saldırıları neticesinde yerle bir edilmiştir. Ayrıca dünyanın birçok yerindeki taşınabilir eski eserlerin, yağmalanarak yok edildiği bilinmektedir (**Güner**, s. 5).

38 Milletler Cemiyeti tarafından 1931 yılında kabul edilen "Savaş Sırasında Sanat Eserlerinin ve Tarihi Binaların Korunması Hakkında Uluslararası Anlaşma" ve Birleşmiş Milletler (BM) çatısı altında 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Organizasyonunu (UNESCO) bu adımlara örnektir. Konuyla ilgili bkz. **Güner**, s. 3-5.

national Council on Monuments and Sites/ICOMOS ve *Kültür Varlıklarının Korunması ve Restorasyonu Uluslararası Araştırma Merkezi* (International Centre For the Study Preservation and Restoration of Cultural Property/ ICCRM)'dir. Avrupa ölçeğinde ise, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da işbirliği ortamının sağlanmasını amaç edinen ve konuyla ilgili sözleşme ve tüzük çıkaran *Avrupa Konseyi* faaliyet göstermektedir[39].

Eski eserlerin korunması hususunda uluslararası düzeyde yapılan konferans ve kongreler önem taşımaktadır. Bunlardan ilki, 21-30 Ekim 1931 tarihli Tarihi Anıtların Korunması ile İlgili Mimar ve Teknisyenlerin Uluslararası Konferansı (Atina Konferansı)'dır. Bu Konferans, 1904 yılında Madrid'de gerçekleştirilen VI. Uluslararası Mimarlar Kongresi'nde alınan mimari anıtları koruma kararından sonra, anıtların korunması hususunda düzenlenen ilk konferans olması bakımından önemlidir. Bu Konferans ile tek yapı ölçeğinde restorasyon fikri, yerini, anıtların çevre dokularıyla birlikte korunması gerektiği anlayışına bırakmıştır. Ayrıca söz konusu Konferans, 1972 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme ile benimsenen, *insanlığın ortak mirası* kavramının çekirdeğini oluşturması nedeniyle de önem taşımaktadır[40].

1957 yılında Paris'te gerçekleştirilen Uluslararası Anıtlar Mimar ve Teknisyenleri I. Kongresi neticesinde tek anıt yerine *anıt olarak kent* kavramı benimsenmiş; Kongre'de kabul edilen ilkeler 1962 Malraux Kanunu, 1964 Venedik Tüzüğü ve 1972 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'nin temelini oluşturmuştur[41].

Eski eser hukukunun gelişim sürecine etki eden birçok önemli belge bulunmaktadır. Konuyu sınırlamak açısından burada yalnızca süreci ortaya koyan sınırlı sayıdaki belgelere, önemleri ve ayırt edici hususları bakımından değinilecektir.

1. Lahey Sözleşmesi (1899)

1899 Lahey Sözleşmesi, savaşlarda kültürel mirasın korunması gerektiği hususunda kabul edilen ilk uluslararası belgedir[42]. Sözleşmenin 47'nci maddesi ile yağma kesinlikle yasaklanmıştır[43]. Bu dönemde henüz uçak

---

39 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysan**, s. 12-14.

40 **Baysan**, s. 14-16.

41 **Baysan**, s. 16-17.

42 **Güner**, s. 3.

43 1899 Lahey Sözleşmesi için bkz. http://www.opbw.org/int_inst/sec_docs/1899HC-TEXT.pdf, (29.05.2017). Konuyla ilgili ayrıca bkz. **İnal**, Tuba: "Savaş Hukukunda

kullanılmadığından, konuya ilişkin bir düzenleme yapılmamakla birlikte, balonlardan patlayıcı madde atılmasını yasaklayan bir belge kabul edilmiştir[44].

2. Lahey Sözleşmesi (1907)

1907 Lahey Sözleşmesi'nin 25, 26 ve 27'nci maddeleri bombardımanlarla ilgili hükümler içermektedir. Bu maddelerde, savaş esnasında savunmasız şehirlere, kasabalara, ikamet edilmek üzere tahsis edilen ev ve binalara saldırıda bulunmak yasaklanmıştır. Ayrıca kuşatmalarda ve bombardımanlarda, askerî bir amaçla kullanılmış olmamaları şartıyla, dine, sanata, bilime ve yardımlaşmaya tahsis edilmiş binaları, tarihi anıtları, hastaneleri ve hasta ile yaralıların toplandıkları yerleri korumak için, imkân dâhilindeki gerekli bütün tedbirlerin alınması kabul edilmiştir[45].

3. Roerich Sözleşmesi (1935)

Roerich Sözleşmesi, 21 Amerikan devleti arasında imzalanan[46], kültür varlıklarının hem savaş, hem de barış zamanında korunması gerektiği yaklaşımının ortaya konulduğu bir belgedir. Ayrıca söz konusu Sözleşmeyle, eğitim, bilim ve sanat ile ilgili kurum ve heyetlerin koruma kapsamında yer alması gerektiği kabul edilmiştir[47].

4. Washington Sözleşmesi (1935)

21 Amerikan eyaletinin imzaladığı bu sözleşme, günümüzde hâlâ Kuzey, Orta ve Güney Amerika'nın önemli bir kısmında yürürlükte bulunmaktadır. Sözleşme, savaş sırasında korunacak kültürel varlığı işaretleme (beyaz zemin üzerine birbirine bitişik üç kırmızı daire) kavramını, ilk kabul eden belge olması nedeniyle önemlidir[48].

Tecavüz ve Yağmayı Yasakla(ma)yan Rejimler Lahey Sözleşmeleri (1899, 1907)", Uluslararası İlişkiler, C. 8, S. 29, Bahar 2011, s. 27-47.

44 **Sencer**, Muzaffer: "İnsan Hakları ve Savaş", http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/d78281b574243 76_ek. pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, (29.05.2017).

45 http://www.opbw.org/int_inst/sec_docs/1907HC-TEXT.pdf , (29.05.2017). Ayrıca bkz. **Güner**, s. 3.

46 **Frank**, Erich/ **Schipper**, Friedrich T.: "The Roerich Pact and the Hague Convention of 1954 in the context of the law of war: a comparative analysis", The Roerich Pact and Military, Wien 2010, p. 27.

47 **Güner**, s. 3; **Frank/Schipper**, p. 27.

48 **Güner**, s. 3.

5. Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi Birinci Protokolü (1954)

UNESCO tarafından kabul edilen Sözleşme, taraf devletlerin resmî, askerî ve sivil kurumlarına çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Söz konusu yükümlülükler arasında, çatışma öncesinde, sırasında ve sonrasında kültürel mirasın korunması amacıyla, askerî planlamalar da dâhil olmak üzere, yapılması gereken çalışmalar ve alınması gereken tedbirler bulunmaktadır[49].

6. Venedik Tüzüğü (1964)

25-31 Mayıs 1964 tarihlerinde Venedik'te gerçekleştirilen II. Uluslararası Tarihî Anıtlar Mimar ve Teknisyenleri Kongresi'nde, tarihî anıtların korunması ve onarımı hususunda çeşitli ilkeler kabul edilmiştir. Venedik Tüzüğü, 1931 Atina Tüzüğü'nün yeniden gözden geçirilmesiyle oluşturulmuştur[50].

Tüzük, günümüz koruma kanunlarının anayasası olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca koruma hususunda o zamana kadar Avrupa'da yaygın olan görüşlerin düzenli ve sistemli bir biçimde, kavramsal yönleriyle ifade edildiği bir belge olması bakımından önem taşımaktadır. Tarihsel alan kavramının kabul edildiği Tüzük'te, kültür varlığı kapsamına, anıtların yanında kentsel/kırsal alanlar ve sivil mimarlık örnekleri eklenmiştir. Açıkça belirtilmemiş olsa da, Tüzük ile günümüzdeki sit kavramının düşünsel temeli oluşturulmuştur[51].

7. Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme (1972)

UNESCO tarafından 17 Ekim - 21 Kasım l972 tarihleri arasında gerçekleştirilen Genel Konferansın Paris'te toplanan on yedinci oturumunda, kültürel ve doğal mirasın sadece geleneksel bozulma nedenleriyle değil, fakat sosyal ve ekonomik şartların değişmesiyle bu durumu vahimleştiren daha da tehlikeli çürüme ve tahrip olgusuyla gittikçe artan bir şekilde yok olma tehdidi altında olması nedeniyle Dünya Kültürel ve Doğal Mirasın Korunmasına Dair Sözleşme kabul edilmiştir[52].

---

49 Sözleşme metni için bkz. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC& URL_ SECTION=201.html, (29.05.2017). Ayrıca bkz. **Güner**, s. 7.

50 **Erder**, Cevat: "Venedik Tüzüğü Tarihi Bir Anıt Gibi Korunmalıdır", O.D.T.Ü. Mimarlık Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Güz 1977, s. 167.

51 **Baysan**, s. 17-18.

52 http://whc.unesco.org/en/conventiontext/, (29.05.2017).

Sözleşme'nin 1 ve 2'nci maddelerinde, kültürel miras ve doğal mirasın tanımları[53] yapılmış; 4'üncü maddede, taraf devletlerin *topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilmesinin sağlanması görevinin öncelikle kendilerine ait olduğu* kabul edilmiştir. Sözleşme'nin devamındaki maddelerde, istisnaî evrensel değere sahip kültürel ve doğal varlıkların korunması için UNESCO çerçevesinde, "Dünya Mirası Komitesi" adı altında hükümetler arası bir komite kurulduğu ilan edilerek Komite üyelerinin seçimi, Komite'nin görevleri gibi hususlar düzenlenmiştir. Ayrıca bu kültürel ve doğal mirasın korunması için "Dünya Mirası Fonu" adında bir fon kurulduğu belirtilmiştir[54].

Türkiye Sözleşme'ye katılmayı, 14.04.1982 tarih ve 2658 sayılı Kanun'la uygun bulmuş; Sözleşme, 23.05.1982 tarih ve 8/4788 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanıp 14.02.1983 tarih ve 17959 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır[55].

---

53 "Madde 1.-Bu sözleşmenin amaçları bakımından aşağıdakiler "kültürel miras" sayılacaktır:

Anıtlar: Tarih, sanat veya bilim açısından istisnaî evrensel değerdeki mimari eserler, heykel ve resim alanındaki şaheserler, arkeolojik nitelikte eleman veya yapılar, kitabeler, mağaralar ve eleman birleşimleri.

Yapı toplulukları: Mimarileri, uyumlulukları veya arazi üzerindeki yerleri nedeniyle tarih, sanat veya bilim açısından istisnaî evrensel değere sahip ayrı veya birleşik yapı toplulukları.

Sitler: Tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnaî evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya doğa ve insanın ortak eserleri ve arkeolojik sitleri kapsayan alanlar.

Madde 2.- Bu Sözleşmeye göre aşağıdaki eserler "doğal miras" sayılacaktır:

Estetik veya bilimsel açıdan istisnaî evrensel değeri olan, fiziksel ve biyolojik oluşumlardan veya bu tür oluşum topluluklarından müteşekkil doğal anıtlar.

Bilim veya muhafaza açısından istisnaî evrensel değeri olan jeolojik ve fizyografik oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanlar,

Bilim, muhafaza veya doğal güzellik açısından istisnaî evrensel değeri olan doğal sitler veya kesinlikle belirlenmiş doğal alanlar" (http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14269/dunya-kulturel-ve-dogal-mirasin-korunmasi-sozlesmesi.html, (29.05.2017)).

54 http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14269/dunya-kulturel-ve-dogal-mirasin-korunmasi-sozlesmesi.html, (29.05.2017).

55 http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14269/dunya-kulturel-ve-dogal-mirasin-korunmasi-sozlesmesi.html, (29.05.2017).

8. Avrupa Mimari Miras Tüzüğü (Amsterdam Bildirgesi) (1975)

Avrupa Mimari Miras Yılı faaliyetleri kapsamında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından hazırlanan Tüzük, Avrupa ülkelerinin delegelerinin katılımıyla Amsterdam'da gerçekleştirilen Kongre neticesinde kabul edilen esaslardan oluşmaktadır[56].

Avrupa mimari mirasının, tüm dünyanın kültürel mirasının bütünleyici bir parçası olduğunun kabul edildiği Kongre'de, kültürel mirasın kırsal/ kentsel boyutta korunması gerektiği anlayışının yanı sıra, kentsel ve ülkesel koruma boyutuna dikkat çekildiği görülmektedir. Ayrıca yerel yönetimlere ve özel mülk sahiplerine maddi yardım sağlanması, halkın bilinçlendirilmesi, kamunun ilgisini uyandıracak yerel, ulusal ve uluslararası bağımsız örgütlenmelerin teşvik edilmesi şeklinde uygulamaların gerçekleştirilmesi tavsiye edilmiştir[57].

Tüzük'te, yerel yetkililerin sorumluluğu ve halkın katılımını bir arada gerektiren, *bütünleşik koruma* anlayışı benimsenmiştir[58].

9. Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi İkinci Protokolü (1999)

1990'lı yıllarda Balkan ülkelerindeki savaşlarda[59], Körfez savaşında ve Kafkasya'daki silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların yok edildiğinin raporlanması üzerine UNESCO, 1954 Lahey Sözleşmesi'ni gözden geçirerek

---

56 http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_0885391001496825356.pdf, (05.09.2017). Ayrıca bkz. **Baysan**, s. 21.

57 http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_0885391001496825356.pdf, (05.09.2017).

58 **Baysan**, s. 22.

59 1992-1996 yıllarında yaşanan Bosna Hersek savaşında çok sayıda kültür varlığı tahrip olmuştur. Bosna Hersek'te, İslâmî yapıların (câmi, tekke, türbe, medrese, arşiv ve kütüphaneler) yanı sıra, birçok Roma Katolik kilisesi ağır tahribata maruz bırakılmıştır. Örneğin câmilerin yüzde 92'si ya ağır zarara uğratılmış ya da yıkılmıştır. Dinî arşivlerin bir kısmı yıkıldığı gibi, bazıları da yakılmıştır. Bu arşivler toplumsal kayıtları (vakıflarla ilgili belgeler, toplumla, fertlerle ve dinî liderlerle ilgili tarihi kayıtlar) içermekteydi. Arşiv ve kütüphanelere yapılan en korkunç saldırılar, Saraybosna kuşatması sırasında gerçekleştirildi. Bu doğrultuda 17 Mayıs 1992'de Doğu Araştırmaları Enstitüsü bombalandı ve burada yer alan çok sayıda koleksiyon yandı. Ayrıca bu saldırılarda eski Osmanlı il arşivlerinde yer alan 200.000'den fazla belge ve ülkenin en zengin İslâm el yazmaları koleksiyonu yok edildi (**Riedlmayer**, Andras J.: Destruction of Cultural Heritage in Bosnia-Herzegovina, 1992-1996: A Post-war Survey of Selected Municipalities, (Cambridge), USA 2002, p. 9-18).

Lahey Sözleşmesi İkinci Protokolü kabul etmiştir. Sözleşmede taraf devletlerden kültürel varlıkların korunması için önlemler alınması istenmekte ve envanter hazırlanması gibi plan, tespit, hazırlık aşamalarına dikkat edilerek faaliyetlerde bulunulması beklenmektedir. Ayrıca Birinci Protokolde yer alan "Özel Koruma"[60] kavramı, "Gelişmiş Koruma"[61] olarak daha da geniş-

---

60 Birinci Protokolün 8'inci maddesinde *özel koruma altına alma* düzenlemiştir: "Silâhlı bir çatışma halinde menkul kültür mallarının muhafazasına mahsus sayısı mahdut bir kısım sığınak, anıt merkezleri ve büyük önem taşıyan başlıca gayrimenkul mallar özel koruma altına alınabilirler; ancak bunların:

a) Büyük bir endüstri merkezinden ve bir hava alanı, bir radyo istasyonu, millî müdafaa hizmetinde çalışan bir müessese, önemlice bir liman veyâ bir demiryolu istasyonu yahût büyük bir ulaştırma yolu gibi hassas bir nokta teşkil eden herhangi mühim bir askerî hedeften gereği kadar uzak bir mesafede bulunması;

b) Askerî maksatlar uğrunda kullanılmaması şarttır.

2. Keza, yeri neresi olursa olsun, her türlü ihtimale göre bombardımanlardan zarar görmeyecek şekilde inşa edilmiş olmak şartiyle, menkul kültür mallarının muhafazasına mahsus bir sığınak dahi özel koruma altuna alınabilir.

3. Bir anıt merkezi, velev transit de olsa, askeri efrat veya malzeme nakliyatında kullanıldığı takdirde askerî maksatlara hizmet eder sayılır. İçinde askerî harekât, askeri efradın toplanması veya harp malzemesi imalâtı ile doğrudan doğruyâ ilgili faaliyetler cereyan eden merkezler için de aynı hüküm caridir.

4. Birinci fıkrada yazılı kültür mallarından birinin sırf bu işe tahsis olunmuş silâhlı muhafızlar tarafından nezaret altında tutuluşu veya bu kültür malı civarında umumi asayişi korumakla mükellef normal zabıta kuvvetlerinin bulunuşu halinde burası askeri maksatlar için kullanılmış sayılmaz.

5. İşbu maddenin birinci fıkrasında sayılan kültür mallarından biri, bu fıkranın kasdettiği manada, ehemmiyeti olan bir askerî hedef civarında bulunursa, ilgili Yüksek Akit Taraf, silâhlı bir çatışma halinde bahis konusu hedefi kullanmıyacağını ve bilhassa bu hedefin bir hava alanı, bir liman veya bir demiryolu istasyonu olması halinde, bu yerlerde her türlü seyrüsefer faaliyetini başka yere sevkedeceğini taahhüt ederse, sözü geçen mahal de özel koruma altına alınabilir.Bu taktirde seyrüsefer faaliyetlerinin başka yere sevkedilmesini barış zamanından itibaren düzenlemek icabeder.

6. Kültür malları, "özel koruma altında bulunan kültür malları milletlerarası sicili"ne kaydedilmekle özel koruma altına alınırlar. Bu kaydın icrası ancak işbu Sözleşme hükümleri dairesinde ve bu Sözleşmenin tatbikatıyla ilgili Tüzükte bildirilen şartlar altında mümkün olabilir." (http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14270/silahli-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html, (29.05.2017).

61 Gelişmiş koruma, İkinci Protokol'ün 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede kültürel varlığın, üç şartı karşılaması durumunda gelişmiş koruma altına alınabileceği belirtilmektedir. Bunlar, *kültürel varlığın insanlık için en büyük öneme sahip kültürel miras olması*; *kültürel varlığın, istisnai kültürel ve tarihi değerini tanıyan ve en üst düzeyde korunmasını sağlayan yeterli iç hukuk ve idari tedbirler ile korunuyor*

letilmiştir. Sözleşme, kültürel varlığın korunmasında sivil toplum örgütlerine görev vermesi nedeniyle de önemlidir[62].

Yukarıda zikredilenlerin dışında çok sayıda sözleşme bulunmaktadır. *Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi*, *Avrupa Peyzaj Sözleşmesi*, *Arkeolojik Mirasın Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*, *Özellikle Su Kuşlarının Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme*, *Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme* bunlara örnektir[63].

Batı hukukunda, kültürel mirasın korunmasına yönelik çıkarılan hukukî metin sayısı giderek artmakta, konuya daha fazla önem verilmektedir. Bununla birlikte günümüzde, özellikle Ortadoğu'da yaşanan savaşlar neticesinde, kültürel mirasın hızla tahrip edildiğine şahit olunmaktadır. Savaşların yaşandığı bu bölgelerde, hukukun sağladığı güvencenin yeterince önemsenmemesi dikkati çekmektedir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ESKİ ESERLERİN KORUNMASI

A. İslâmiyet Öncesi Türk Hukukunda Eski Eserlerin Korunması

İslamiyet öncesi Türk hukuku başta Hun, Göktürk ve Uygur devletleri olmak üzere, bu dönemde kurulmuş çeşitli Türk devletlerinin hukuklarını kapsamaktadır. Bu devletlere ve hukuklarına ait bilgilerin sınırlı oluşu ve bu hukuk sistemlerinin ana hatları itibariyle birlik göstermesi, konunun İslamiyet öncesi Türk Hukuku şeklinde ortak bir başlık altında ele alınmasını gerektirmektedir. Bu döneme ait bilgi kaynaklarının sınırlı oluşunun yanı sıra, söz konusu kaynakların bir kısmını güvenli bir şekilde kullanmayı engelleyen güçlükler bulunmaktadır. Örneğin, Çin kaynaklarının temkinli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Bu tarihi kaynakların hukukçu olmayan kimseler tarafından kaleme alınmış olması, genellikle Türk devletleriyle düşmanca ilişkiler içinde bulunan bir milletin mensupları tarafından yazılmış

---

olması ve *kültürel varlığın askerî amaçlar için ya da askerî alanların korunması için kullanılmıyor olması ve kültür varlığını kontrol eden Tarafın söz konusu varlığın bu şekilde kullanılmayacağını teyit eden bir beyanda bulunmas*ıdır. (http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_ SECTION= 201 .html, (29.05.2017)).

62 Sözleşme maddeleri için bkz. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207& URL_DO=DO_TOPIC &URL_SECTION=201.html, (29.05.2017). Ayrıca bkz. **Güner**, s. 7.

63 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Sancakdar**, s. 93-103.

olması ve Çin alfabesinin kendine has zorlukları, söz konusu kaynakların dikkatli bir şekilde kullanılması gerektiğini hatırlatmaktadır[64].

İslâmiyet öncesi Türk hukukunun kaynaklarını esas olarak, Çin kaynakları, epigrafik ve arkeolojik kaynaklar, etnografik kaynaklar ile dil ve dil üzerine yapılan çalışmalar oluşturmaktadır[65].

Eski Türkler ilk zamanlar göçebe bir toplum olarak yaşamaktaydı. 745 yılında Göktürklerin yıkılması üzerine, Türk hakanlığı tahtına Uygur hanedanı geçmiştir. Bu devirde Türkistan tamamen Türkleşmiş ve Türkler yerleşik hayata geçerek Doğu Türkistan'da çok sayıda şehir kurmuşlardır[66].

Türklerin göçebe olduğu dönemde, eski eser hukukunun gelişimine ilişkin herhangi bir bilgiye ulaşamadık. En önemli epigrafik kaynak olan Göktürk Yazıtları'nda, Göktürk hukuk sistemi ile ilgili doğrudan bilgiler yer almamaktadır. Türk tarihi ile ilgili olan bu Yazıtlar'dan, Göktürk kamu hukuku, özellikle devlet yapısı ve işleyişi ile ilgili bilgiler edinilebilmektedir[67].

Uygur dönemine ilişkin ulaşılan hukuk belgeleri ise, kişilerarası ilişkileri ve kişilerin toplum ile devlet arasındaki ilişkilerini gösterir niteliktedir. Devlet ile ilgili olan belgeler, nüfus sayımı, vergiler, devlet işletmeleri olarak adlandırılabilecek olan kurumlardaki iş mükellefiyeti gibi hususlara ilişkindir[68]. Dolayısıyla Uygur döneminde de, eski eser hukukunun gelişimi ile ilgili net bir bilgiye ulaşılamamaktadır. Bununla birlikte Arat'ın vakıflarla ilgili olarak zikrettiği, manastırların kuruluşu ve vakfedilen arazi veya bağların temlik vesikalarının bulunduğu bilgisi[69], eski eserlerin korunması hususunda, bu kurumun kullanılmış olabilme ihtimalini düşündürtmektedir[70].

---

64 **Cin**, Halil/**Akyılmaz**, Gül: Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2015, s. 17; **Aydın**, Mehmet Âkif: Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Basım, (Beta), İstanbul 2013, s. 9.

65 **Üçok**, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Tamamen Yenilenmiş 17. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2015, s. 13.

66 **Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, 3. Baskı, (Arı Sanat), İstanbul 2014, s. 55.

67 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Cin/Akyılmaz**, s. 18; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 27-34.

68 **Arat**, Reşit Rahmetî: Eski Türk Hukuk Vesikaları, https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=364405, (25.09.2017).

69 **Arat**, Reşit Rahmetî: Eski Türk Hukuk Vesikaları, https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=364405, (25.09.2017).

70 Burada Arat'ın "vakıf" kelimesini kullandığını, ancak söz konusu tasarrufların "vakıf" kavramının hukukî mahiyeti içerisinde yer alıp almadığının ayrıca incelenmesi gerek-

B. İslâmiyet Sonrası Türk Hukukunda Eski Eserlerin Korunması

1. İslâm Hukukunda Eski Eserlerin Korunması

İslâm hukuku hükümlerinin düzenlendiği fıkıh kitaplarında, eski eser hukuku taşınırlar bakımından ele alınmıştır. Taşınır eski eserler *rikâz* başlığı altında incelenmektedir. Rikâz, rekz[71] kelimesinden türeyen ve yer altında eskiden beri sâbit olan maden[72] ve defîneyi (kenz)[73] ifade etmektedir[74]. Maden ve defînelerin tâbi olduğu hükümler ayrıntılarıyla düzenlenmiştir.

a. Maden

İslâm hukukçuları madenleri, açık-gizli, sıvı-katı gibi ayrımlara tâbi tutmuşlardır. Açık madenler, "yüzeyde veya yüzeye yakın işletilmesi kolay, herkesin ihtiyaç duyduğu ve istifade edebileceği madenler" şeklinde tanımlanırken; gizli madenler "özü ancak emek sarf edilerek bir ameliye ile elde

---

tiğini belirtmek isteriz. Nitekim vakfın kökeni konusunda hukukçular arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Eski hukuk sistemlerinde vakfa benzer nitelikte tasarruflar görülse de, bunlara tam anlamıyla vakıf demenin uygun olmadığı belirtilebilmektedir. Yapılan tasarrufun tüzel kişiliği olan ya da az çok bağımsızlığı olan bir topluluk mu meydana getirdiği, yoksa bir kişi topluluğuna yapılan bağışlama mı olduğu konuları ayrıca değerlendirilmelidir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Hâtemî**, Hüseyin: Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969, s. 11-17; **Karakoç**, İrem: "Roma Hukuku Kökenli Fideicommissum İle Cermen Hukuku Kökenli Salic Salmannus Osmanlı Vakıf Müessesinin Kökeni Olabilir Mi?", II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 1, (On İki Levha), s. 423-486.

71 *Rekz* kelimesi sözlükte, dikme, saplama, yere saplayıp kâimen durdurma, kurma şeklinde ifade edilmiştir (**Sami**, Şemseddin: Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle), haz. Gündoğdu, Raşit/Adıgüzel, Niyazi/Önal, Ebul Faruk, 4. Baskı, (İdeal Kültür Yayıncılık), İstanbul 2014, s. 524).

72 İslâm hukukçuları maden hakkında farklı tanımlamalar yapmışlardır. Bu tanımlardan birine göre maden, "Allah'ın arzı yaratırken onda halkettiği mal"dır. Kimi hukukçular ise, madenin rikâzdan farklı olduğunu vurgulamışlardır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Aktan**, Hamza: "Maden" maddesi, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 27, s. 307, http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c27/c270217.pdf, (24.07.2017). Rikâzın, hem madeni, hem de defineyi kapsamına alan bir ifade olduğu hakkında bkz. Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed **Serahsî**: Mebsût, ed. Mustafa Cevat Akşit, C. 14, (Gümüşev), İstanbul 2008, s. 72.

73 *Defn* (toprağın içine sokma, gömme) kökünden gelen, aynı zamanda *kenz* olarak ifade edilen defîne, yere gömülmüş mal ve akçeyi belirtmektedir (**Sami**, s. 480, 481, 916). Bir başka ifadeyle para ve değerli eşyaların yanında, toprağa gömülü olarak bulunan silahlar, kumaşlar, âletler de defîne kapsamında yer almaktadır (**Ekinci**, s. 478).

74 **Ekinci**, s. 478. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Serahsî**, C. 14, s. 71-79.

edilebilen madenler" şeklinde tanımlanmıştır. Gizli madenlere, altın, gümüş, bakır, demir, kurşun gibi madenler örnek gösterilmektedir[75].

Açık-gizli maden ayrımının yanında, Hanefî hukukçular, madenleri sıvı-katı şeklinde bir ayrıma tâbi tutarak değerlendirmişlerdir. Petrol ve zift sıvı madenler kapsamında ele alınırken; civanın katı mı, sıvı mı olduğu hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Katı madenler ise, kendi içlerinde eritilebilen ve eritilemeyen madenler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Demir, bakır, kurşun eritilebilen madenlere; elmas, yakut, zümrüt gibi kıymetli taşlar ile mermer ve granit gibi sınaî değeri olan taşlar eritilemeyen madenlere örnektir[76].

Madenler hukuken mütemmim cüz (bütünleyici parça) esasına göre değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda maden, mevat veya metruk arazide bulunduysa bulana; mîrî veya gayrisahih vakıf arazide bulunduysa devlete; sahih vakıf arazide bulunduysa vakfa ve mülk arazide bulunduysa arazi sahibine ait olacaktır[77]. Ancak katı olup eritilebilen madenleri kazı yaparak bulan kimselerin, bu madenlerin beşte birini devlete vergi olarak vermeleri gerekmektedir. Bu ödemeden sonra kalan kısım bulan kişiye aittir. Kazı yapan kişi gayrimüslim olup devletten izin alarak kazı yaptığı takdirde aynı hükme tâbi olmaktadır[78].

Petrol, zift, elmas, kireç, tuz gibi madenlerde ise, devlet maslahata göre vergi miktarını belirleyebilir. Mâlikî mezhebine göre, devletin madenlere maslahat gereği kısmen veya tamamen el koyma hakkı bulunmaktadır[79].

b. Defîne

İslâm ülkesinde başkasına ait olmayan (sahipsiz) bir arazide defîne bulan kişinin, bulduğu defîne üzerindeki işaretlere göre farklı hükümler uygulanmaktadır. Defîne üzerinde İslâmiyet ile ilgili işaretler (kenz-i İslâmî)

---

75 **Aktan**, s. 307.

76 **Aktan**, s. 307. Burada eritilebilme kavramı, madenin ısıya maruz bırakıldığında eriyebilme ve cevherinin ancak bu şekilde ayrıştırılabilmesini ifade etmektedir. Eritilememe ise, madenin ısıya maruz bırakılması durumunda fiziksel ve kimyasal yapısının değişmesi nedeniyle eritilmeye uygun olmamasını belirtmektedir (**Aktan**, s. 307).

77 **Ekinci**, s. 479. Konuyla ilgili bkz. **Akgündüz**, Ahmed: Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 1, (Fey Vakfı), İstanbul 1990, s. 157-158.

78 **Yıldırım**, Celâl: Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı, 6. Baskı, C. 2, (Uysal Kitabevi), Konya 1991, s. 147.

79 **Ekinci**, s. 479.

varsa, yerde bulunmuş mal (lukata)[80] hükmünde olduğundan, sahibi varsa sahibine, aksi halde devlete verilir. İslâmiyet ile ilgili olmayan işaretler (kenz-i câhilî) varsa (ör; haç işareti), defîne, beşte bir vergi ödenmesi ve bulan kişinin İslâm devleti vatandaşı olması şartıyla, bulan kişiye ait olmaktadır. Defîne üzerinde herhangi bir döneme ait olduğunu belirten bir işaret bulunmuyorsa, cahiliye dönemine ait olduğuna hükmedilir ve bu kapsamda işlem yapılır[81].

Sahipli arazilerde bulunan defîne, İslâmiyet ile ilgili olmayan işaretler taşıyorsa, beşte biri devlete vergi olarak verilir. Kalanı ise arazinin ilk sahibine veya mirasçılarına; bunların yokluğu halinde beytülmâle aittir[82].

2. Osmanlı Dönemi Öncesi Türk Hukukunda Eski Eserlerin Korunması

Eski Türkler güzel sanatlara verdikleri önem ile bilinmektedir. İslâmiyeti kabul eden Türkler, kendi kültür unsurlarını da beraberlerinde taşımışlardır. Konumuz bakımından dikkat çekici dönem, Selçuklu devridir. Türklere ait çok sayıda âbide, Türkistan, Hârizm, Horasan, Afganistan, İran, Azerbaycan, Anadolu, Irak, Suriye ve Mısır topraklarında yer almaktadır. Selçuklu devrinde câmi, medrese, türbe, hastahâne, kervansaray, kale ve köprü gibi çok sayıda eser yapılmıştır. Selçuklularda, inşa edilen eserlerin korunması ve daimî olması anlayışı hâkimdi. Bu koruma, vakıf kurmak sûretiyle gerçekleşmekteydi. Örneğin, Selçuklu mimarisinin özelliklerini yansıtan Sultan Sancar'a ait türbenin, 63 yıl sonra, 1219'da, Merv şehrini ziyaret eden ansiklopedi âlimi Yâkut tarafından yapılan tasvirinde, türbeye, türbedara ve daimî Kur'ân okuyanlara yapılmış vakıflar olduğu bildirilmektedir. Bu türbe bir yıl sonra Moğollar'ın Merv şehrini tahribi ve çıkardıkları yangın neticesinde zarara uğramıştır[83].

---

80 *Lukata*, yerde bulunmuş sahibi belli olmayan malı ifade etmektedir. Bu malı bulan kişi, öncelikle sahibini araştırmalı ve bu süreçte malı muhafaza etmelidir. Mal, söz konusu kişi tarafından sahibi ortaya çıkıncaya veya bozuluncaya kadar saklanır. Kişi, malın sahibinin bulunamayacağına veya malın bozulacağına kanaat getirirse, malı beytülmâla (devlet hazinesine) teslim eder. Beytülmâlın bulunmaması halinde, malı bulan kişi zengin ise bunu fakirlere sadaka olarak verir. Kişi, fakir ya da beytülmâlde hakkı olan kimselerden (âlim, kâdî, gâzi, müfti, kimsesiz kadın gibi) ise, söz konusu malı mülk edinip kullanabilir. Ancak malın sahibinin ortaya çıkması halinde, malı bulan kişinin tazminat ödemesi gerekmektedir (**Ekinci**, s. 478).

81 **Yıldırım**, s. 148; **Ekinci**, s. 478.

82 **Ekinci**, s. 478.

83 **Turan**, Osman: Selçuklular Tarihi ve Türk-İslâm Medeniyeti, 17. Basım, (Ötüken), İstanbul 2014, s. 381-382.

Türkiye Selçukluları döneminde, hükümetin imâr ve inşâ faaliyetleri için *Emîr-i Mimâr* yönetiminde bir nezâret bulunduğu bilinmektedir. Ayrıca her büyük âbidenin vakıflarında, maaş ile görev yapan daimî bir mimarın bulunduğuna ilişkin vakfiye kayıtları olduğu bildirilmektedir[84].

Selçuklular devri resim ve heykelcilik sanatının önemsendiği bir dönem olmuştur. Devlet bu alanda yapılmış kadim dönem eserlerini de dikkate alıyordu. Nitekim 13'üncü yüzyılda Konya Eflatun bölgesinde câmi tarafında bir kilise mevcut olduğu, burada beyaz bir mermer temel üzerinde, mermerden yapılmış erkek-kadın iki heykel bulunduğu bilgisi kaynaklarda yer almaktadır[85]. Ayrıca Fransız seyyah Leon de Laborde'un gravürlerinden[86], Selçukluların, antik döneme ait parçaları, kabartma ve heykelleri toplayıp Konya Alâeddin tepesindeki surların üzerine yerleştirdiği anlaşılmaktadır[87].

Eski eser kavramı yerine günümüzde kabul edilen kültür varlığı kavramı, somut olmayan kültürel mirası da kapsamaktadır. Somut olmayan kültürel miras içerisinde, gelenekler, şarkılar, danslar yer almaktadır. Selçuklular devrinde gelişimini hızlandıran tasavvuf kültürü neticesinde, günümüze kadar gelen semâ icraları, tasavvuf kültürünü yansıtan musikî ve enstrümanlar[88] somut olmayan kültürel miras kapsamında değerlendirilebilir. Mevlevîlik ile yaygınlaşan bu dinî uygulamalar, Selçuklulardan günümüze kadar muhafaza edilmiştir.

Eski eser uygulamaları bakımından bir başka ilginç örnek, Osmanlı hâkimiyeti öncesi ortaya çıkan beylikler (Danişmendliler, Mengücekler, Saltuklar, Artuklar gibi) dönemine aittir. Bu dönemde, taşınır eski eser kapsamında yer alan sikkeler ile ilgili farklı bir uygulama benimsenmiştir. Beylikler kendi sikkelerini basmanın yanında, Bizans sikkelerinin, üzerine

---

84 **Turan**, s. 385.

85 Şemsüddîn al-Dımaşkî, Nuhbet üd-dehr, nşr. Mehren, Petersburg 1886, s. 228'den aktaran **Turan**, s. 387.

86 *Gravür*, ağaç, taş yahut metal bir levhanın oyularak işlendikten sonra, bunun bir yüzey üzerine basılması tekniğini ve bu teknikle yapılmış resmi ifade etmektedir (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59f71d81349317.17723553, (10.09.2017)).

87 **Yücel**, Erdem: TDV İslâm Ansiklopedisi, "Müze" maddesi, C. 32, s. 241, http://www.islamansiklopedisi.info /dia/ pdf/c32/c320179.pdf, (10.09.2017).

88 Konuyla ilgili bkz. **Turan**, s. 391-395.

kontrmark[89] vurulmak sûretiyle geçerli kılınabileceklerini kabul etmişlerdir[90].

Sonuç olarak Osmanlı Devleti'nden önceki dönemde, eski eserlerin korunması daha çok taşınmazlar bakımından ve vakıf hukuku hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Somut olmayan kültürel miras bakımından ise, tasavvuf kültürü çerçevesinde, kazanımların muhafaza edilip diğer nesillere aktarıldığı görülmektedir.

3. Osmanlı Hukukunda Eski Eserlerin Korunması

a. Genel Olarak

Osmanlı Devleti, farklı kültürleri bir arada barındıran ve geniş bir coğrafyada hakim bulunan bir devlet idi. Eski eserler konusunda oldukça geniş bir potansiyele sahip topraklar, Osmanlı hâkimiyetinde bulunmaktaydı. Devletin fetih politikası, yakıp yıkma, bir başka ifadeyle yağmacılığa dayanmadığından, fethedilen bölgelerdeki kültür varlıklarına zarar verilmemiştir. Nitekim Fatih Sultan Mehmet tarafından İstanbul fethedildiğinde, Hristiyanlık için önemli bir dinî merkez olan Ayasofya Kilisesi'nin muhafaza edilmesi ve rahipler ile rahibelere ibadet hürriyeti tanınması bu konuda örnektir[91].

Osmanlı Devleti'nde, taşınır nitelikteki eski eserlerin korunması gerekli varlıklar olduğu anlayışının geç oluştuğu söylenmelidir. 1847 yılında H. Layard'ın arkeolojik kazı yapmak üzere hükümetten izin istemesi üzerine, Meclis-i Hass-ı Vükela'nın, "*Saye-i şâhânede böyle taşlar memleketimizde boldur, onların hepsini götürsünler, yalnız altın ve gümüşe dair bir şey varsa onları bize bıraksınlar*" ifadelerini kullanarak izin vermesi bu hususta örnektir. Ayrıca hükümdar veya devlet yetkilileri tarafından, başka devletlere hediye olarak gönderilen eserlerin birçoğunun, eski eser niteliğine sahip varlıklar olması bu kanaati desteklemektedir. Mısır valisi Kavalalı Mehmed

---

89 *Kontrmark* ya da *kontermark*, basılmış olan sikkeye sonradan vurulan ufak bir damgayı belirten, "karşı damga" veya "ikinci damga" anlamlarında kullanılan bir kelimedir. Kontrmark vurmak, eskiyen veya tedavülden kalkmış olan bir sikkeyi tekrar geçerli kılmak, sikkenin ait olduğu veya basıldığı bölgenin dışında geçerliliğini sağlamak gibi nedenlerle yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Develi**, Ömer: Antik Çağ'da Sikke ve Sikke Birimleri, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, (Lisans Tezi), İzmir 2014, s. 19-21.

90 **Tekin**, Oğuz: "Başlangıcından Türkiye Cumhuriyeti'ne Kadar Türk Devletlerinin Sikkeleri", Genel Türk Tarihi, C. 3, (Yeni Türkiye Yayınları), Ankara 2002, s. 523.

91 **Güner**, s. 3.

Ali Paşa, Luksor Tapınağı (Mısır) önündeki obeliski Fransa Kralı Louis Philippe'e armağan olarak göndermiş, obelisk Paris Concorde Meydanı'na dikilmiştir[92].

Bir başka örnek, sikkelerin tedavülüne ilişkindir. Osmanlı Devleti'nin kurulduktan bir süre sonrasına kadar, Selçuklu ve İlhanlı sikkelerini kullandıkları, bu sikkelerin tedavül kabiliyeti olduğu bilinmektedir[93].

b. Tanzimat Dönemi Öncesi

Günümüzde kültür varlığı olarak nitelendirilen değerler, 19'uncu yüzyılın ortalarına kadar İslâm hukuku (fıkıh) kuralları çerçevesinde ele alınmaktaydı. Fıkıh kitaplarında, eski eserlerle ilgili hükümler, sadece taşınırlar bakımından değerlendirildiğinden, taşınmaz eski eserler vakıflara, özel kişilere ve devlete (mirî arazi kapsamında)[94] ait olabilmekteydi[95].

Tanzimat dönemi öncesi mevzuata bakıldığında, devletin İslâm hukukunun verdiği yetki çerçevesinde örfî hukuk düzenlemeleri yaptığı ve bunun özellikle mîrî arazideki madenler ile ilgili olduğu görülmektedir. Nitekim devlet tarafından, madenleri işleten maden emînlerine, işletme usûllerini belirten yasaknâme ve kanunnâmeler gönderildiği bilinmektedir[96].

Bu dönemde yapı ölçeğinde onarım anlayışı doğrultusunda, anıtsal nitelikteki yapıların çevreleri padişah fermanları ile korunmaya ve düzenlen-

---

92 **Mülayim**, s. 180, 181.

93 **Tekin**, s. 523.

94 Osmanlı Devleti'nde madenlere ilişkin hukukî düzenlemeler yapıldığı bilinmektedir. Ülke topraklarındaki madenlerin neredeyse tamamı Rumeli ve Anadolu'daki mîrî arazi içerisinde bulunmaktaydı. İslâm hukuku gereği devlete ait olan bu madenler emanet usûlü gereği *emîn* adı verilen memurlar tarafından devlet adına işletilirdi. Buradan elde edilen gelirler hazine adına kaydedilir, tımar sahiplerine verilmezdi (**Akgündüz**, s. 158).

95 **Mumcu**, s. 66. Madran bu kapsamda, vakıf kökenli taşınmazların, vakfın kendine özgü koşulları nedeniyle belli güvencelere sahip olduğunu; devlet ya da kişinin kendi "mal"ı üzerinde sınırsız kullanma yetkisinin bulunduğunu; boş arazide bulunan ya da kimsenin mülkü olmayan yapıların ise kolayca tahrip edilebildiğini ifade etmiştir **(Madran**, Emre: Osmanlı İmparatorluğunun Batılılaşma Sürecinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler, https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=352772&/Osmanl%C4%B1-%C4%B0mparatorlu%C4%9Funun-Bat%C4%B1l%C4%B1la%C5%9Fma-S%C3%BCrecinde-K%C3%BClt%C3%BCr-Varl%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-Korunmas%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Yasal-D%C3% BCzenlemeler-/-Do%C3%A7.-Dr.-Emre-Madran-, (24.05.2017).

96 **Akgündüz**, s. 158.

meye çalışılmıştır[97]. Osmanlı hanedanının sahip olduğu değerli eşyalar da, koruma anlayışı çerçevesinde muhafaza edilmiştir[98].

Osmanlı Devleti'nde vakıfların, eski eserlerin korunması hususunda aktif ve önemli bir rol üstlendiğini belirtmek gerekir. Vakıf, bir malı, kamu mülkü hükmünde olmak üzere, bir veya birkaç amaç doğrultusunda ebedî olarak tahsis etmek anlamını taşımaktadır. İslâm hukukunda Allah'a yaklaşma gayesiyle yapıldığı kabul edilen bu işlem neticesinde, Osmanlı toplumunda cami, medrese, kütüphane, yol, köprü, hastane, çeşme, kuyu gibi çok sayıda eser ortaya konulmuştur[99]. Bu vakıf eserlerin sürekliliğini sağlamak için yapılması gereken hususlar vakfiyelerde (vakıf senedi) yer almaktadır. Vâkıf (vakfeden kişi), vakfiyede vakfın idaresine ilişkin hususları belirleyebildiği gibi, bir malı vakfederken o malın geleceğini garanti altına almak amacıyla, vakıf gelirinin bir kısmının, eserin bakım ve onarımı için ayrılması gerektiğini bildirebilmekteydi[100]. Osmanlı Devleti son zamanlara, bir başka ifadeyle vakıf sisteminde bozulmalar olana kadar, eski eserlerin korunması hususunda bu sistemden yararlanmıştır[101].

Eski eser niteliğindeki yapıların korunması hususunda, saray içerisinde kurulan Hassa Mimarları Ocağı'nın da önemli görevleri bulunmaktadır. Hassa mimarları padişahın şahsî hizmetlerinin yanında, Osmanlı topraklarının genelinde (himaye bölgeleri ve mümtaz eyâletler hariç) görevli olmuşlardır. Bu mimarlar mîrî arazi üzerindeki yapıların inşaat ve tamiratı; selâtin vakıflarıyla ilgili inşaat ve tamirat[102]; azınlıklara ait mâbedlerin tamiratı için keşif; İstanbul'daki inşaat ve şehircilik hizmetleri ile ordu hizmetlerinde görev almışlardır. Yeni inşa edilecek yapıların resimlerini yapma (plânlarını yapma)[103], keşif raporları hazırlayıp masrafları tespit ettikten sonra bu raporları Defterdarlığa sunma ve Defterdarlık tarafından sadrazamın onayına

---

97 **Baysan**, s. 32.

98 **Sancakdar**, s. 71.

99 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Berki**, Ali Himmet: Vakıf Hukuku Yazıları, haz. Çınar, Hüseyin, (Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları), Ankara 2013, s. 81-84.

100 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekinci**, s. 411-418.

101 **Çal**, Halit: "Türkiye'de Cumhuriyet Devri Taşınmaz Eski Eser Tahribatı ve Sebepleri", AÜHFD, C. 34, S. 1-2, (Tahribat), s. 354-355.

102 Vakıf konusunda suiistimali önlemek için, vakıf mütevellisi tarafından yaptırılacak inşaat ve tamiratın hassa mimarlarınca keşif ve kabulü usûlü benimsenmişti. (**Turan**, Şerafettin: Osmanlı Teşkilâtında Hassa Mimarları, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, 1963, s. 170).

103 Bu resimler padişahın onayına sunulur, kabul edilenler incelenmek üzere Divân-ı Hümâyun'a iletilirdi (**Turan**, Ş., s. 163).

sunulması şeklinde işleyen süreç neticesinde, çok sayıda yapı inşa edilmiş ve birçok eski eser tamir edilmiştir. 1573'te Ayasofya'daki pâyelerin ve 1583'te İstanbul'daki tarihî surların tamiri buna örnektir. Ayrıca korumacılık anlayışının bir yansıması olarak bu yerlerin etrafına belli mesafeler dâhilinde inşaat yapılması yasaklanmıştır[104].

Tanzimat Fermanı'nın ilanına yakın bir dönemde, korumacılık anlayışında bir kurumsallaşmaya gidildiği görülmektedir. Bu kurumsallaşmanın göstergesi, kurulan "Nezaret"lerdir. 1826 yılında kurulan "Evkaf-ı Hümayun Nezareti"[105] buna örnektir[106]. Bunun yanında Tanzimat dönemi öncesinde, 1831 yılında Hassa Mimarları Ocağı kaldırılmış, Şehreminliği ile Mimarbaşılık hizmetleri "Ebniye-i Hassa Müdürlüğü" adı altında birleştirilmiştir. Bu Müdürlük 1839 yılında Umûr-u Ticaret ve Nâfia Nezâreti'ne bağlanmıştır[107].

c. Tanzimat Dönemi

i. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nde eski eser hukuku bakımından 1840 yıllarından itibaren bir kural oluşturma süreci başlamış, çeşitli yasal düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu yeni düzenlemelerin nedenleri arasında, 1850'li yıllarda Ceride-i Havâdis'te arkeolojik kazılar konusunda yayınlanmaya başlayan yazılar ve Anadolu'da arkeolojik kazılara ve araştırmalara başlayan yabancı grupların artması ve bunun sonucunda çeşitli eserlerin yurt dışına götürülmesi sayılabilmektedir[108]. Nitekim bu dönemde, Avrupa'daki müzeleri

---

104 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Turan**, Ş., s. 159-173.

105 Nezaret, Osmanlı ülkesinde bulunan vakıfların idaresinden, mülhak ve diğer vakıfların denetiminden sorumlu olan kurumdur (**Öztürk**, Nazif: "Evkâf-ı Hümâyun Nezâreti" maddesi, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 11, http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c11/c110330.pdf, (24.05.2017).

106 **Baysan**, s. 36; **Sancakdar**, s. 71.

107 Konuyla ilgili bkz. **Esirgen**, Seda Örsten: Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 181; **Turan**, Ş., s. 178-179.

108 **Madran**, Emre: "Osmanlı İmparatorluğunun Batılılaşma Sürecinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=352772&/Osmanl%C4%B1-%C4%B0mparatorlu%C4%9Funun-Bat%C4%B1l%C4%B1la%C5%9Fma-S%C3%BCrecinde-K%C3%BClt%C3%BCr-Varl%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-Korunmas%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Yasal-D%C3%BCzenlemeler-/-Do%C3%A7.-Dr.-Emre-Madran-, (24.05.2017).

doldurmak isteyen araştırmacıların, Osmanlı Devleti'ndeki birçok eseri yurtdışına izinli veya izinsiz olarak (kaçırarak) götürdükleri bilinmektedir[109]. Tanzimat döneminde yaşanan bu gelişmeler neticesinde, eski eser koruma anlayışının, ilk başlarda taşınırlar bakımından ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Anıtsal yapıların korunması sonradan benimsenmiştir[110].

1840 yıllarında eski eser hukuku bakımından süreç, öncelikle bu eserlerin saptanması ve değerli görülenlerin İstanbul'a gönderilmesini emreden bir genelge ile başlamıştır. 1845 yılında antik eserler, silah deposu olarak kullanılan Aya İrini'nin bir bölümünde toplandıktan sonra, 1846'da burada bulunan koleksiyon Fethi Ahmed Paşa'nın girişimiyle ikiye ayrılmış; "Mecma-i Âsâr-ı Atîka" adı altında Yunan, Roma ve Bizans eserleri, "Mecma-i Eslihai Atîka" adı altında, askerî müzenin koleksiyonunu oluşturan eserler bir araya getirilmiştir. Aya İrini Müzehânesi, 1869'da *Müze-i Hümâyun* adını almış ve 1875'te burada korunan eski eserlerden askerî malzemeler Maçka Silahhânesi'ne, arkeolojik eserler Çinili Köşk'e taşınmıştır. Bu yıla kadar müze halka açık olmamıştır[111].

Osmanlı Devleti'nde şehircilik ile ilgili hukukî düzenlemelerin, 1848 yılında çıkarılan Ebniye Nizamnâmeleri[112] ile başladığı görülmektedir[113]. Eski eserlerin korunması bakımından dolaylı bir etkiye sahip düzenlemeler,

---

109 Örnekler için bkz. **Mülayim**, s. 185-188.

110 **Kejanlı**, Türkan/**Akın**, Can Tuncay/**Yılmaz**, Aysel: "Türkiye'de Koruma Yasalarının Tarihsel Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 19, Kış 2007, s. 181.

111 **Mülayim**, s. 180-189. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Kuruloğlu**, Fehim: "Osmanlı Devleti'nde Müzecilik", Tarih Okulu, S. VI, Ocak-Nisan 2010, s. 48, 51.

112 Serkis Karakoç'un kanunlar külliyâtında konuyla ilgili ilk düzenlemenin, 14 Eylül 1826 (11 Safer 1242) tarihinde çıkarılan Dersaadet'te İnşa Olunacak Ebniye Hakkında Nizamnâme olduğu görülmektedir (**Karakoç**, Serkis: Külliyât-ı Kavânîn, haz. Aydın, M. Âkif/Gedikli, Fethi/Akman, Mehmet/Ekinci, Ekrem B./Kenanoğlu, M. Macit, C. 1, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2006, s. 100.

113 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erkan**, Nihal Ekin: "Ebniye Nizamnamelerinden Şehir Planlama Teorisine Uzanan Yol: İstanbul'da Şehir Planlama", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, S. 21/4, Ekim 2012, s. 5 vd. Bununla birlikte 1845 yılında "Mecâlis-i İ'mariyye" denilen geçici nitelikte olan imar meclisleri kurulmuştur. Söz konusu meclislerin görevi, bölge sorunlarını öğrenmek, bu sorunların çözümü, bölgenin imarı, ziraatı ve ticaretinin geliştirilmesi için ne tür faaliyetlerin yapılması gerektiğini belirleyip raporlar halinde Meclis-i Vâlâ'ya bildirmektir. Hangilerinin yapılması gerektiği hususunda girişimde bulunacak mercii ise, Hükümet'tir. (**Seyitdanlıoğlu**, Mehmet: "Tanzimat Dönemi İmar Meclisleri", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi, S. 3, 1992, s. 325, 329; **Esirgen**, s. 181).

1848 Ebniye Nizamnâmesi[114], 1849 Ebniye Nizamnâmesi, 1858 Arazi Kanunnâmesi, 1863 Turuk ve Ebniye Nizamnâmesi olmuştur[115].

1863 yılında Nafia Nezareti'nin kurulması, korumacılığın kurumsallaşması yolunda Evkâf-ı Hümâyun Nezareti'nin kuruluşundan sonra atılan ikinci önemli adımdır. Nafia Nezareti ile bayındırlık, sanayi, tarım, orman ve su işleri tek bir çatı altında toplanmıştır. Bu dönemde bina inşa ve tamirat işleri Nezaret'in görevleri arasına dâhil olduğundan, tamir edilen ya da yeniden inşa edilen devlet binalarında mimarî usûle dikkat edilerek keşif ve muayene işlemlerinin yapılmaya çalışıldığı bilinmektedir[116].

Korumacılık anlayışının cezaî yaptırım ile desteklenmesi, 1858 Ceza Kanunnâmesi ile gerçekleştirilmiştir. Kanunnâme'nin 133'üncü maddesi, hayrattan olan ve bir beldeye değer katan bina ve eserleri yıkan ve tahrip edenler hakkında ceza uygulanacağını belirtmektedir[117].

Eski eserlerle ilgili çıkarılan ilk emir, kazı ruhsatı hakkındadır. 18 Zilkâde 1280 (26.04.1863) tarihli emirnâmede, kazı ruhsatı verilmesi için "*…bulunacak asar-ı atikada ikili olanlardan birer adedi Devlet-i Âliyye Müzesi için alınacak, birli olanları kendisine terk olunmak ve bir mahalle alâmet ve yahûd sâ'ir suretle vaz' olunmuş âsâr-ı atîka merkûz olduğu mahalden ihrâc olunmamak…*" şartlarının gerçekleşmesi aranmıştır. Çal, bilinen ilk ruhsatlı kazının 1843 yılında olması nedeniyle, emirnâme ile

---

114 Bu yılda, 5 Mayıs 1848 tarihli Dersaadet ve Bilâd-ı Selâsede İnşa Olunacak Ebniye Hakkında Nizamnâme ile 25 Kasım 1848 tarihli Ebniye Beyannâmesi adlı iki düzenleme bulunmaktadır (**Esirgen**, s. 182).

115 Konuyla ilgili bkz. **Madran**, Emre: "Osmanlı İmparatorluğunun Batılılaşma Sürecinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=352772&/Osmanl%C4%B1-%C4%B0mparatorlu%C4%9Funun-Bat%C4%B1l%C4%B1la%C5%9Fma-S%C3%BCrecinde-K%C3%BClt%C3%BCr-Varl%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-Korunmas%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Yasal-D%C3%BCzenlemeler-/-Do%C3%A7.-Dr.-Emre-Madran-, (24.05.2017); **Baysan**, s. 36. Serkis Karakoç, Turuk ve Enbiye Nizamnâmesi tarihini 23 Rebîulevvel 1278 (28 Eylül 1861) olarak vermiştir (**Karakoç**, s. 337). 1882 Ebniye Kanunu ile Turuk ve Ebniye Nizamnâmesi yürürlükten kaldırılmıştır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Esirgen**, s. 180-185.

116 **Tekdemir**, Aziz: Tanzimat Dönemi Nafia Nezareti, Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Ocak 2011, s. 109, 118-119.

117 **Rıfat**, Halil: Külliyât-ı Şerh-i Ceza, İstanbul 1312, s. 221. Konuyla ilgili bkz. **Mumcu**, s. 68.

getirilen bu sınırlandırmanın, kazı ruhsatı isteyen herkese 1843 yılından itibaren uygulanmış olduğunun kabul edilebileceğini ifade etmiştir[118].

Tanzimat döneminde eski eser hukuku bakımından en önemli düzenlemeler, konuyu müstakil olarak ele alan Âsâr-ı Atîka Nizamnâmeleri'dir.

ii. Osmanlı Devleti'nin Eski Eser Hukukuna İlişkin İlk Düzenlemeleri: "Âsâr-ı Atîka Nizamnâmeleri"

Âsâr-ı Atîka Nizamnâmeleri (Eski Eserler Nizamnâmeleri), Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde çıkarılan, günümüz Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu karşılığında kullanılan nizamnâmeleri ifade etmektedir. 1869, 1874, 1884 ve 1906 yıllarında kabul edilen dört ayrı Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi vardır. Ayrıca bu dönemde eski eserlerle ilgili, kanun tasarısı niteliğine sahip, 1921 Âsâr-ı Âtika Nizamnâmesi Layihası bulunmaktadır[119].

İlk nizamnâme 1 Zilkâde 1285/13 Şubat 1869 yılında çıkarılan, ***1869 Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi***'dir. Düzenleme nizamnâme olarak ifade edilse de, kanun hükmündedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda, düzenlemenin hukukî niteliğinin kanun olduğunu açıkça belirtmiştir[120].

---

118 **Çal**, Halit: "Osmanlı Devletinde Âsâr-ı Atîka Nizamnâmeleri", Vakıflar Dergisi, S. XXVI, (Nizamnâmeler), 1997, s. 391.

119 **Çal**, Nizamnâmeler, s. 391; **Çal**, Halit: "Osmanlı'dan Cumhuriyete Eski Eserler Kanunları", Prof. Dr. Kazım Yaşar Kopraman'a Armağan, Ankara 2005, (Kanunlar), s. 234. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Baysan**, s. 36-40; **Sancakdar**, s. 73-74; **Esirgen**, s. 278-282.

120 "Asarı Atîka Nizamnamesine aykırı hareketten ötürü haklarında dâva açılan sanıkların, Mucur Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamaları sırasında, Cumhuriyet Savcısı tarafından kanun olmayan ve bir kanuna da dayanmayan nizamname hükümlerine göre ceza tâyininin Anayasa'nın 33 üncü ve 107 nci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve mahkemece de Asarı Atîka Nizamnamesinin 11 inci maddesinin iptali istenmiştir.

İnceleme: Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 15 inci maddesi gereğince 13/5/1965 gününde yapılan ilk incelemede dosyada bir eksiklik bulunmadığından esasın incelenmesine karar verildikten ve düzenlenen rapor, dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

10 Nisan 1322 günlü Asarı Atîka Nizamnamesinin 11 inci maddesi, bu Nizamnamenin 10 uncu maddesine aykırı hareket edenler hakkında ceza tâyin etmektedir. Anayasa'nın 149 uncu ve 151 inci maddeleriyle, kanunların Anayasa'ya aykırılığını denetlemek görevi, Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Önce Asarı Atîka Nizamnamesinin kanun niteliğinde olup olmadığının çözümlenmesi gerekir. Nizamname yurt içinde bulunmuş ve bulunacak eski eserler hakkında ne işlem yapılacağını ve bunların mülkiyetinin kime ait olacağını göstermektedir. Asarı Atîka Nizamnamesi bir kanunu uygulama maska-

1869 Nizamnâmesi, taşınır eski eserler hakkında toplam 7 maddeden oluşmaktadır. Nizamnâmede, kazıdan çıkarılan sikke dışındaki eski eserlerin yurt dışına çıkarılamayacağı, yurt içinde satılma izninin bulunduğu ve talep olunur ise hükûmete satılacağı; bir kişinin mülkünde ortaya çıkan eski eserlerin kişinin kendi malı olacağı; antika ihracı için verilen izninin sadece toprak altındaki eserler bakımından geçerli olduğu, toprak üstündeki eserlere dokunulamayacağı, aksi halde kişilerin kanunen te'dib edileceği belirtilmiştir[121]. Bunun yanında 3 Haziran 1871 tarihinde, söz konusu Nizamnâme'yi tamamlayıcı nitelikte olan Yayınlar ve Kazılarla İlgili Ruhsatnâmeler Hakkında Talimat çıkarılmış; her 10.000 arşın karelik alan için 2 Osmanlı Lirası ödenmesi esası benimsenmiştir[122].

1874 Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi (20 Safer 1291/8 Nisan 1874), 4 bölüm ve 36 maddeden oluşmaktadır. Nizamnâme'nin birinci maddesinde eski eserler, kadim zamanlardan kalan her çeşit sanatla yapılmış varlık olarak tanımlanmıştır[123]. İkinci maddesinde, eski eser kapsamında değerlendirilecek olan varlıklar iki grupta toplanmıştır. Bunlar, meskûkât (madenî paralar, sikkeler) ve taşınması mümkün olan veya olmayan diğer varlıklardır.

---

dıyla düzenlenmiş olmayıp konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koymakta ve bu niteliği "bakımından Anayasa'nın 107 nci maddesinde sözü edilen ve kanunun uygulama şeklini belirten veya kanunun emrettiği işleri açıklayan tüzüklerden ayrı bir durum göstermekte ve yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldırmaktadır.

Gerçekten Nizamnamenin yürürlüğe girdiği günde Mebusan Meclisi süresiz kapatılmış, böylece yasama ve yürütme erki Devleti temsil eden padişahın elinde toplanmış ve onun iradesi kanun kudretinde bulunmuştur. Yüksek iradenin onayı ile yürürlüğe konulan ve o günden beri uygulanagelen bu Nizamnamenin kanun niteliğinde olduğunun kabulü ve bu sebeple de Anayasa'ya aykırılık itirazının incelenmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun geçici 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Yukardaki fıkralar kanun adını taşımamakla beraber kanun mahiyetindeki sair metinler için de uygulanır." hükmü de bu düşünceyi doğrulamaktadır. Böylece kanun niteliğini taşıyan Asarı Atîka Nizamnamesinin ceza hükmü koymasında Anayasa'nın 33 üncü maddesine aykırı bir yön yoktur…" (AYM, 06.07.1965 gün ve E. 1965/16, K. 1965/41 sayılı kararı). Karar metni için bkz. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f2aac31-2b39-4dac-9b9a-d2f3b4959ea9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, (29.05.2017).

121 **Çal**, Nizamnâmeler, s. 392, 395. Nizamnâme hakkında değerlendirmeler için bkz. **Mumcu**, s. 69.

122 **Sancakdar**, s. 73.

123 "Ezmine-i kadîmeden kalan her nevi' eşya-ı masnû'a âsâr-ı atîkadandır" (Düstur, 1. Tertip, C. 3, 1289, s. 426). Nizamnâme hükümleri ile ilgili eleştiriler için bkz. **Mumcu**, s. 72.

Nizamnâme, genellikle kazılarla (hafriyât) ilgili hükümler içermekle birlikte, taşınmaz eski eserler hakkında da maddeler bulunmaktadır. Bazı mabet ve diğer binaların gerektiğinde memur tayin edilerek korunabileceği[124]; mabetler, tekkeler, medreseler, kabirler, suyollarında kazı yapılamayacağı[125]; eski eser niteliğindeki binaları tahrip eden veya yıkanların Ceza Kanunu'nun 130'uncu maddesi uyarınca cezalandırılacağı[126] buna örnektir. Nizamnâme'nin en önemli maddelerinden biri, kazıda çıkarılan eski eserlerin üçte birinin devlete (mîrîye), üçte birinin eseri bulana ve üçte birinin eserin ortaya çıktığı arazinin sahibine ait olduğunu kabul eden 3'üncü maddedir[127]. Kazıyı yapan kişinin, kendi payına düşen kısmı yurtdışına çıkarabilme imkânının olması ise, 1869 Nizamnâmesi'ne göre bir geri adım niteliğindedir. Konuyu değerlendiren Çal, eski eserlerin yurtdışına çıkışına izin verilmesinin, Avrupa devletlerinin politik baskısını gösterdiğini ifade etmiştir[128].

1874 Nizamnâmesi'ne, özellikle 3'üncü madde bakımından, o dönem basınında getirilen eleştiriler ve Osman Hamdi Bey'in müze müdürü olarak seçilmesi neticesinde, ***1884 Âsâr-ı Âtîka Nizamnâmesi*** (23 Rebîulâhir 1301/21 Şubat 1884)[129] kabul edilmiştir. Osman Hamdi Bey tarafından hazırlanan bu Nizamnâme, ufak değişikliklerle neredeyse bir yüzyıl (1973 Eski Eserler Kanunu'nun kabulüne kadar) yürürlükte kalmıştır[130].

1884 Nizamnâmesi, beş bölüm ve otuz yedi maddeden oluşmaktadır. Nizamnâme'nin yeniliklerinden biri, eski eser kavramının örneklendirilmek sûretiyle ifade edilmiş olmasıdır[131]. Taşınır ve taşınmaz eski eserlerle

---

124 "Âsâr-ı sâbiteden sâhibli yerlerde bulunan ve mükemmel olan bazı mâ'bed ve ebniye-i sâirenin muhâfazası içün cânib-i hükûmetten mahalline icâbına göre me'mur dahi ta'yin olunacakdır" (Düstur, 1. Tertip, C. 3, s. 426, m. 6).

125 Düstur, 1. Tertip, C. 3, s. 427, m. 14.

126 Düstur, 1. Tertip, C. 3, s. 430, m. 35.

127 Düstur, 1. Tertip, C. 3, s. 426. Ayrıca bkz. **Çal**, Nizamnâmeler, s. 392.

128 Konuyla ilgili kapsamlı değerlendirmeler için bkz. **Çal**, Nizamnâmeler, s. 392. Bu Nizamnâme'de eski eserin sadece *eskilik* boyutuyla ele alındığı, kültür varlığı kavramına yer verilmediği bilgisi için bkz. **Sancakdar**, s. 73. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Esirgen**, s. 279.

129 Zeyl-i Düstur, C. 4, 1298, s. 89-97.

130 **Çal**, Nizamnâmeler, s. 393. Nizamnâme hakkında ayrıca bkz. **Mumcu**, s. 73-74.

131 Konuyla ilgili Nizamnâme'nin 1'inci maddedesinde, eski milletlerin terk ettiği eserlerin tamamı, yani altın, gümüş ve diğer eski sikkeler; tarih ile ilgili bilgiler içeren yazıların kazındığı levhâlâr, oyma resim ve nakışlar; taş, toprak ve diğer madenlerden yapılmış her tür eşya, kaplar ve silahlar; mabet, saraylar, sirk denilen eski oyun yerleri, tiyatrolar, köprüler; dikili taşlar, hatıra eserleri, heykeller, sütunlar ve her tür kazınmış taşlar eski eser kapsamında kabul edilmiştir (Zeyl-i Düstur, C. 4, s. 89-90).

hükümler içeren Nizamnâme, kazıdan çıkarılan eserlerin tamamını devlete ait kabul ederek[132] eski eser hukukunun temel bir kuralının oluşumunu sağlamıştır[133]. Nizamnâme'de kazı izni (ruhsat) alınması belirli şartlara bağlandığı gibi, kazı yapanın bulduğu eski eserleri yurtdışına çıkarması yasaklanarak sadece eserlerin resim ve kalıplarını alabilme imkânı tanınmıştır[134].

1884 Nizamnâmesi'nin uygulanmasıyla bazı eksiklikler olduğunun fark edilmesi üzerine, 24.04.1906 tarihinde, Osman Hamdi Bey tarafından eski eserlerle ilgili bazı ifadelerin daha kapsamlı belirtildiği yeni bir Nizamnâme kabul edildi. ***1906 Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi***'nde, taşınır ve taşınmaz eski eserlerin kapsamına nelerin girdiği tek tek sayılmak sûretiyle belirtilmiştir[135]. Ayrıca bu Nizamnâme, Osmanlı Devleti'ndeki eski eser anlayışının olgunlaşmaya başladığını gösterir niteliktedir. 1913 yılında Evkâf-ı İslâmiyye Müzesi kurulana kadar, müzelere, sikke dışındaki Türk-İslâm devri eserleri kabul edilmemekteydi. Bir başka deyişle, eski eser tanımları, daha çok Türk-İslâm devri öncesi düşünülerek yapılmaktaydı. 1906 Nizamnâmesi'nde, taşınır taşınmaz bütün eski eserlerin devlet malı olduğu hükmünün, İslâmî eserler için de geçerli olduğunun belirtilmesiyle[136], bu konudaki tereddüt giderilmiş bulunmaktadır[137].

1906 Nizamnâmesi'nde yer alan taşınmaz eski eserlere ilişkin hükümlerin yetersiz görülmesi üzerinde, 1912 yılında Muhâfaza-i Âbidat Nizamnâmesi çıkarılmıştır[138].

1921 yılına gelindiğinde, yeni bir Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi Tasarısı (*1921 Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi Layihası*) hazırlandı. Bu tasarıdaki önemli yenilik, eski eser tanımına günümüzde olduğu gibi bir zaman sınırlaması

---

132 İlgili madde için bkz. Zeyl-i Düstur, C. 4, s. 90, m. 3.

133 **Mumcu**, s. 73; **Çal**, Nizamnâmeler, s. 393; **Esirgen**, s. 280.

134 "Memâlik-i Osmâniyeden zuhûr iden âsâr-ı atîkanin diyâr-ı ecnebiyeye nakl ve ihrâcı katiyen memnu'dur" (Zeyl-i Düstur, C. 4, s. 91, m. 8); "Ruhsat-ı resmiyye istihsâliyle ihrâc olunacak âsâr-ı atîka kâmilen devlet müzesine âid olub hâfirler yalnız resim ve kalıblarını alabilirler" (Zeyl-i Düstur, C. 4, s. 91, m. 12).

135 Nizamnâme'nin 5'inci maddesinde sayılan eserler için bkz. **Salman**, Ayla: Taşınmaz Eski Eserlerde ve Etrafında Yapılacak İnşaata Uygulanması Gereken Hükümler, İstanbul 1976, s. 51-59.

136 "…İşbu maddenin ahkâmı mündericesi hırfet ve sanayi nefisei islâmiyeye müteallik kâffei eşyayı menkule ve gayrimenkulei âtika hakkında da caridir" (**Salman**, s. 51).

137 **Çal**, Nizamnâmeler, s. 393.

138 **Umar/Çilingiroğlu**, s. 7; **Çal**, Tahribat, s. 354; **Sancakdar**, s. 74. Ayrıca bkz. **Esirgen**, s. 282.

getirilmesidir. Bu kapsamda Nizamnâme tasarısında, 18'inci yüzyıl sonuna kadarki güzel sanatlar, ilim, edebiyat ve sanat değeri taşıyan şeylerin eski eser sayılacağı belirtilmiştir. Daha sonra 1906 Nizamnâmesi'nin 5'inci maddesinde yer alan eski eserler sıralanmıştır. Nizamnâme tasarısında, kazı yapana, yapacağı masraf ve harcayacağı emek nedeniyle bir teşvik olması için hisse tanınması kabul edilmiştir. Ancak kişinin kendi payına düşen kısmı yurt dışına çıkarabilme imkânının tanınması, bu tasarının işgal kuvvetlerinin baskısıyla hazırlanmış olabileceği yönünde değerlendirmelere neden olmuştur[139].

iii. Osmanlı Devleti'nin Eski Eser Kaçakçılığına İlişkin İlk Davası: "Truva Hazinelerinin İadesi Hakkında Osmanlı Devleti-Schliemann Davası"

Osmanlı Devleti'nin, eski eser kaçakçılığı konusundaki hukukî ve siyasî ilk mücadelesi, 1873 yılında Henrich Schliemann tarafından Çanakkale Truva harabelerinde bulunan ve Atina'ya kaçırılan "Priamos Hazinesi"nin iade edilmesine ilişkindir[140].

Hisarlık'ta özel mülkiyette bulunan araziyi öncelikle satın almaya çalışan Schliemann, arazi sahiplerinin satmayı istememeleri üzerine bu amacını gerçekleştiremeyince, Osmanlı hükümetinden kazı izni alabilmek için uzun mücadeleler verdi. Devletin bu konuda zarara uğramasını istemeyen Maarif Nâzırı Safvet Paşa, söz konusu araziyi müze adına satın alarak devletin eski eserler üzerinde hak sahibi olmasını sağladı. Kazı iznini 29 Haziran 1871 tarihinde yürürlüğe giren bir irade ile elde eden Schliemann, 1869 Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi çerçevesinde eserlerin yarısına sahip olabilse de, bunları yurtdışına çıkarma hakkına sahip bulunmamaktaydı. 1873 yılında eserlerin yurtdışına kaçırıldığının anlaşılmasıyla, Osmanlı Devleti Schliemann'a karşı Atina'da dava açtı. 1874'te başlayan dava sürecini ilk aşamada kaybeden Osmanlı Devleti, üst dereceli bir mahkeme olan Yunan Temyiz Mahkemesi'ne başvurmasının yanında, eserlerin toptan

---

139 Konuyla ilgili ihtimalleri değerlendiren Çal'ın görüşü için bkz. **Çal**, Nizamnâmeler, s. 394. 1914 yılında, Osmanlı imar mevzuatı dışında, eski eser ve kalelerin korunması için, bu eserlerin belediyeye bağlı yerlerde belediyelere, belediye bulunmayan yerlerde ise, vilâyetlere bırakılmaları ve korunmalarının sağlanması amacıyla Esvâr ve Kıla-i Atikadan Belediyeler ve Vilâyata Terkolunacak Yerler Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bu düzenleme esasen 1913 yılında kanun-ı muvakkat olarak çıkarılmış; 1914 yılında irâde-i seniyye ile yürürlüğe girmiştir (**Esirgen**, s. 282).

140 **Sönmez**, Ali: "Truva Hazinelerinin Peşinde Bir Hukuk Mücadelesi: Osmanlı Devleti ve Schliemann Davası", OTAM, S. 29, Bahar 2011, s. 215, 217; **Mülayim**, s. 187.

veya tek olarak satılmasını önleyebilmek amacıyla iç ve dış basında yayınlanacak bir protesto metni hazırladı: "Schliemann nam kimesne Kal'a-i Sultaniye'de Hisarlık nam mahalde bulmuş olduğu altın ve gümüş ve bakır ve taştan ve mermerden masnû' Âsâr-ı Atîkayı hafiyyen kaçırmış ve eşyâ-yı mezkûrenin Müze-i Hümayûn ile kendi beyninde nısfiyyet üzere taksimini icra etmemiş olduğundan eşyâ-yı mezkûrenin her nev' hibe ve bey'i keen lem yekûn hükmünde olduğunu ve her nerede bulunur ise da'vâ ve ahz olunacağını Devlet-i Aliyye cümleye ilân eder"[141].

Yunan Temyiz Mahkemesi, ilk mahkemenin aldığı kararı Haziran 1874'te bozarak eserlerin iadesine hükmetti. Bununla birlikte eserler, Schliemann'ın evinde bulunamadı. Konu daha sonra Atina Sefareti'nin araya girmesiyle, Schliemann ve Osmanlı Devleti arasında kabul edilen bir sulh anlaşmasıyla sonuçlandı. Buna göre, Schliemann eski eserler için tazminat bedeli ve dava masrafı olarak 50 bin frank ödeyecek ve kendisine bir daha kazı ve araştırma izni verilmeyecektir. Ancak arşiv kayıtlarından, Schliemann'ın bundan sonra tam dört kez daha (1876, 1878, 1882, 1890 yıllarında) kazı izni alabildiği anlaşılmaktadır[142].

Schliemann'ın bu hazineyi ölmeden önce Almanya'ya bağışladığı; İkinci Dünya Savaşı'na kadar hazinenin Berlin Müzesi'nde sergilendiği[143]; söz konusu savaş sırasında Berlin hayvanat bahçesinin altındaki bir sığınıkta gizlenen hazinenin, 1945'te Kızıl Ordu tarafından bulunup Moskova'daki Puşkin Müzesi'ne teslim edildiği; 260 parçadan oluşan hazinenin 16 Nisan 1966'da bu Müze'de sergilendiği kaynaklarda yer alan bilgiler arasındadır[144].

C. Cumhuriyet Döneminde Eski Eserlerin Korunması

1. Genel Açıklama

Eski eser korumasına ilişkin Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne miras olarak kalan belge ve kurumlar; 1906 Âsâr-ı Atîka Nizamnâmesi, Müze-i Hümâyun ve Evkâf-ı Hümâyun Nezâreti'dir. Kurtuluş Savaşı'ndan sonra konuyla ilgili atılan ilk adım, 10 Mayıs 1920 tarihinde Maarif Vekâleti'ne bağlı olarak Türk Âsâr-ı Atîka Müdürlüğü'nün kurul-

---

141 Başbakanlık Osmanlı Arşivi, Maarif Mektubî Kalemi 18/97, Lef 1, 9 Haziran 1874'ten aktaran **Sönmez**, s. 219-224.

142 **Sönmez**, s. 224-225.

143 **Sönmez**, s. 226.

144 **Mülayim**, s. 188.

masıdır. Bu Müdürlük bir yıl kadar sonra Hars Müdürlüğü ismini almıştır[145]. 5 Kasım 1922 tarihinde ise, Mustafa Kemal'in emriyle Maarif vekili İsmail Safa tarafından "Müzeler ve Asar-ı Atika Hakkında Talimat" başlığı ile bir genelge yayınlanmış ve valiliklere gönderilmiştir[146].

Cumhuriyet döneminde, tek merkezli korumacılık anlayışından uzaklaşıldığı görülmektedir. Bir başka deyişle, bu dönemde İstanbul merkezli koruma kuruluşundan, taşra teşkilâtı olan kurumlar oluşturulmaya başlanmıştır[147].

2. 1923-1971 Dönemi

Cumhuriyet döneminde eski eserleri koruma bilincinin ve bu doğrultuda izlenmesi gereken yöntemin gelişimi aşamalı bir şekilde gerçekleşmiştir. Konuya ilişkin önemli gelişmelerden biri, planlamadır. Taşınmaz eski eserlerin korunması hususunda planlamanın öneminin anlaşılması ile çeşitli hukukî düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu konuda 1930 yılında çıkarılan kanunlar, 1580 sayılı Belediye Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve 2033 sayılı Belediye Bankası Kuruluş Kanunu'dur. Kentlerde modernleşme sağlanması amacıyla, cumhuriyet meydanları, hükümet konağı ve resmi kurum binaları ile tarihî eserlerin bulunduğu bölgelerin, çevrelerinin açılmak sûretiyle herkese gösterilerek korunması fikriyle 1/500 ölçekli uygulama planları yapılmıştır. 1933 yılında kabul edilen 2290 sayılı Belediye Yapı ve Yollar Kanunu ile eski eserlerin yoğun olarak bulunduğu alanlar için özel bir planlama metodunun uygulanması gereği üzerinde durulmaya başlanmış; anıtsal nitelikteki eski eserlerin her yönünde 10 metre açıklık bulunması gerektiği[148] fikri benimsenmiştir. Mimarî eserlerin imar planları çerçevesinde korunması bilincinin ortaya çıkması ve yaygınlaşması neticesinde, kent planlama ilkeleri bakımından tarihî ve doğal değerlere saygılı olma düşüncesi önemli hale gelmiştir[149].

---

145 **Sancakdar**, s. 74.

146 **Madran**, Emre/**Özgönül** Nimet: Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, (Mimarlar Odası), Ankara 2005, s. 3.

147 Hatta bu dönemde yerel yönetimler, imar ve alt yapı çalışmaları esnasında birçok eski eseri tahrip etmişlerdir. Konuyla ilgili bkz. **Sancakdar**, s. 74.

148 "Muhafazası istenilen abide ve mabetlerin her tarafı en az 10 metre genişliğinde açık bulundurulacaktır" (Belediye Yapı ve Yollar Kanunu, m. 4/G). Kanun metni için bkz. http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2433.pdf, (29.05.2017).

149 **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 183.

1930'lu yıllarda kurulan Eski Yapıları Koruma ve Muhafaza Heyeti'nin, mimari eserlerin her yönünden 10'ar metre açıklık bırakılması kararından sonra, ilk sit alanı ilanı 1937 yılında Ankara Kalesi için gerçekleşmiştir[150].

Cumhuriyet döneminin başlarında, planlama hususunda önemli adımlar atılmış olmakla birlikte, çok sayıda taşınmaz eski eserin (medrese, mescit, tekke, türbe, sebil, han gibi) tahrip edildiğine veya yıkıldığına ilişkin çeşitli bilgiler bulunmaktadır. Konuyla ilgili genel hatlarıyla bir döküm çıkaran Çal, yıkılan eser sayısını 123, tahrip edilen eser sayısını 21 olarak tespit etmiştir. Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki eski eser tahribatının ana sebebinin ideolojik olduğunu vurgulayan yazar, tahribatın sebeplerini hukukî, idarî, kültürel ve ekonomik boyutlarıyla değerlendirmiştir[151].

Cumhuriyet döneminde taşınmaz eski eserlerin korunması hususundaki bir diğer gelişme, 02.07.1951 tarihli ve 5805 sayılı Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Teşkiline ve Vazifelerine Dair Kanun'un yürürlüğe girmesidir. Söz konusu Kanun ile kurulan Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu (GEEAYK), yurtiçinde korunması gereken mimarî ve tarihî anıtların ve diğer taşınmaz eski eserlerin korunma, bakım, onarım, restorasyon işlerinde uygulanacak ilkeleri ve programları belirlemek; bu ilke ve programların uygulanmasını izlemek ve denetlemek; taşınmaz eski eserlerle ilgili kendisine sunulacak her türlü konu ve uyuşmazlık hakkında bilimsel görüş bildirmekle yükümlü idi[152]. Kurumun varlığı, korumacılık anlayışının gelişmesi bakımından önemli kabul edilmektedir[153].

Bazı yazarlar bu Kanun'un, toplumun o esnada sahip olduğu koruma bilincinin çok üzerinde bir tarih bilinci ile hazırlandığını belirtmektedirler. Nitekim Kanun tek anıtsal yapının korunması temelinde oluşmuştu. Daha sonraki yasal düzenlemeler, kentsel sit[154] kavramını da sisteme dâhil edecekti[155].

---

150 **Sancakdar**, s. 74.

151 **Çal**, Tahribat, s. 357, 365-373.

152 GEEAYK, m. 1. Kanun metni için bkz. http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7853.pdf, (29.05.2017).

153 **Sancakdar**, s. 75.

154 Sitler farklı türlere ayrılabilmektedir. Bunları doğal sit, kentsel sit, tarihi sit ve arkeolojik sit olmak üzere dört grupta toplamak mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Umar**/ **Çilingiroğlu**, s. 46-53; **Sancakdar**, s. 219-288.

155 **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 185-186.

Kurul çalışmaya başlamasından itibaren, taşınmaz eski eserlerin korunması hususunda önemli kararlar almıştır. Eski eserleri yaşatmak için bunlara işlev verilmesi ve eski eserlerin çökme tehlikesi olsa da, yıkılmayıp onarılması kararlarını bu konuda örnek vermek mümkündür[156].

Eski eserlerin korunması bakımından bir başka önemli kanun, 1956 yılında kabul edilen 6785 sayılı İmar Kanunu'dur. Eski eserlerin imar planlarında korunması gerektiği fikrinin benimsendiği yıllarda çıkarılan Kanun, eski eser ve tarihî çevre koruma konusuna uygulama bakımından bir açıklık getirememiştir [157]. Ancak söz konusu Kanun'un 25'inci maddesiyle, yeni yapıların komşu sınırlarına, yol ve su kenarlarına, kara ve demir yollarına ve tarihî ve sanatsal değeri olan eski eserlere ve arkeolojik alanlara olan uzaklıklarının özel nizamnâme ve talimatnâmelerle belirleneceği kabul edilmiştir[158].

1961 yılında, tarihî ve kültürel değeri olan eserlerin korunması anayasal güvence altına alınmıştır. 1961 Anayasası'nın 50'nci maddesine göre, devlet, tarih ve kültür değeri olan eser ve anıtların korunmasını sağlar[159].

Korumacılık anlayışındaki ilerlemelere rağmen, bu dönemde hızlı kentleşmenin getirdiği olumsuz sonuçlar da olmuştur. 1965 yılında çıkarılan Kat Mülkiyeti Kanunu ile imar faaliyetlerinin hız kazanması ve bunun neticesinde çok sayıda köşk, yalı ve konutun müteahhitlere kat karşılığı verilip apartman yaptırılması buna örnektir[160].

Günümüzde kabul edilen "kentsel sit" kavramının temeli, 1969 yılında kabul edilen İmar ve Yol İstikamet Planlarının Tanzim Tarzları ve Teknik Şartlarına ve Bu İşleri Yapacak Uzmanlarda Aranacak Ehliyete Dair Yönetmelik ile atılmıştır. Söz konusu düzenlemeyle, planlama kavramını uygulamaya aktarmadaki sınırların ve koşulların belirlenmesi amaçlanmıştır. Yönetmelik'in 2'nci maddesinde tanımlanan *protokol bölgesi* ve *yapı düzeni*

---

156 **Zeren**, Nuran: Kentsel Alanlarda Alınan Koruma Kararlarının Uygulanabilirliği: Türkiye'de Tarihsel Değerlerin Korunmasında Uygulanmakta Olan Yöntem Çerçevesinde Uygulayıcı Kuruluşların Görüşlerine Dayanan Bir Araştırma, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi, İstanbul 1981'den aktaran **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 186.

157 **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 187.

158 http://www.emektd.com.tr/Images/Uploads/Files/2703131128_6785sayiliimarkanunu ilkdurumu.pdf, (29.05. 2017).

159 https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm, (29.05.2017).

160 **Sancakdar**, s. 75.

korunacak mevcut konut alanları[161] kentsel sit kavramının başlangıcını oluşturmuştur[162].

3. 1972-1982 Dönemi

Cumhuriyet döneminde anıtsal yapıların tespit ve tescil işlemleri 1970'lerden sonra gerçekleşmiştir. Tarihî anıtların çevreleri ile birlikte düşünülmesi ve "sit"[163] kavramının doğuşu bu zamanlara denk gelmektedir. 11.07.1972 tarihinde 1605 sayılı 6785 sayılı İmar Kanununda Bâzı Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun ile kabul edilen ek 6'ncı maddede, tarihî değeri olan anıtların korunmasının yanında, çeşme, eski sokak ve meydancık ifadeleri[164] kullanılarak koruma bütüncül bir şekilde değerlendirilmiştir.

---

161 "*Protokol bölgesi*: Gerek tarihteki önemi - gerek taşıdığı yüksek sanat değeri gerekse gösterdiği karakteristik yerleşme düzeni bakımından bir kasaba ya da şehrin öz karakterini teşkil eden ve ilgili kuruluşların katıldığı bir protokolla tespit edilen mevcut yerleşme bölgesidir. Her şehirsel yerleşmede protokol bölgesi seçilmesi ve tespit edilmesi lüzumlu ve gerekli değildir. Bu bölge içinde, detay planlarında gösterildiği şekilde yeni inşaat ya tamamen yasaklanır ya da inşaata belirli hallerde kısıtlı olarak izin verilir.
Yapı düzeni korunacak mevcut konut alanları: Konut alanları içinde sahip oldukları mimarî karakter, siluetteki yeri, topografyaya uygunluğu tabii ve tarihi değerlerle olan ölçülü ilişkileri yönünden korunması gerekli olan yapıların bulunduğu veya mevcut yapı düzeni ve yoğunluğu uygun bulunup yeni bir düzen getirmenin gerekli görülmediği alanlardır.", (http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13199.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13199.pdf, (29.05.2017)).

162 **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 188.

163 Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)'na göre sit, *tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır* (KTVKK m.3/a-3)

164 "Tarihî veya mimarî değeri bulunan han, hamam, kervansaray, konak, yalı, ev, imarethane, ibadet yeri ve benzerleri gibi eski eser veya tarihî sanat yapılarının ve bunlarla bir bütünlük teşkil etmek üzere muhafazası gerekli çeşme, eski sokak ve meydancıkların muhafazasına dair esaslar, Gayrimenkul Eski Eser ve Anıtlar Yüksek Kurulunun mütalâası da alınarak, Millî Eğitim, Turizm ve Tanıtma, İmar ve î s kân ve Maliye bakanlıklarıyle Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından müştereken tespit olunur. Adı geçen Genel Müdürlük ve ilgili bakanlıklar bu yerlerden lüzumlu görülenlerini istimlâke veya istimlâk etmeksizin bakım ve onarımını temin etmek üzere sahiplerine veya diğer ilgililere gereken hallerde bedel ödemeye veya bu hizmeti bizzat yapmaya salahiyetlidirler" https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc055/kanuntbmm c055/kanuntbmmc05501605.pdf, (29.05.2017).

Ayrıca Kanun, koruma bakımından gerekli görülmesi durumunda, yapıların istimlâki veya sahibine bakım, onarım için yardım edilmesi konularında, belediye ya da ilgili kuruluşlara görev vermektedir[165].

Cumhuriyet döneminde eski eserlerin korunması hususunda açık hükümler içeren ilk kanun, 25.04.1973 tarihli ve 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'dur. Bu Kanun ile birçok kavram ayrıntılı olarak tanımlanmış; "sit" kavramı mevzuata açıkça dâhil edilmiştir[166]. Ancak sit alanlarının korunması, tespit ve tescil işlemleri ile sınırlı kalmış, koruma amaçlı imar plânı konusuna yer verilmemiştir[167].

1710 sayılı Kanun'da korumanın parsel ölçeğinden, alan ölçeğine taşınmasıyla birlikte GEEAYK'nun yetki, görev ve sorumluluk alanı genişlemiştir. Ayrıca planlama, turizm, kalkınma konularının koruma ile ilişkilendirilmesi neticesinde, konu, diğer kurum ve kuruluşların sorumluluk alanları kapsamına girmeye başlamıştır[168].

1710 sayılı Kanun'da, anıtsal yapıların yanında, sivil mimarlık örneği olan konutların da tespiti ve tescili imkânının kabul edilmesi, tarihî çevrenin bir bütün olarak korunmaya çalışıldığını göstermektedir[169].

Eski eserlerin korunması bakımından bir başka önemli gelişme, Türkiye'nin Uluslararası Anıtlar ve Sitler Konseyi'ne (International Council on Monuments and Sites/ICOMOS) katılmış olmasıdır. ICOMOS Türkiye Milli Komitesi 1974 yılında kurulmuştur[170].

Eski eserlerin korunması hususunda 1961 Anayasası ile getirilen güvence, 1982 Anayasası ile devam etmiştir. Farklı olarak 1982 Anayasası'nda konu, "*Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması*" başlığı altında ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Söz konusu Anayasa'nın 63'üncü maddesi, kültür varlıklarının korunması hususunda devlete sorumluluk yüklemektedir. Buna göre "Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korun-

---

165 Konuyla ilgili bkz. **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 189.

166 Kanun'un 1'inci maddesinde sit şu şekilde tanımlanmıştır: "…*Homojen oluşları ve özellikleri tarihî, estetik, artistik, bilimsel, ekolojik, etnografik, ebedi veya efsanevî önemleri bakımından korunmaları ve değerlendirilmeleri gereken, tabiatın veya tabiatla insanların müşterek eseri olan topografik bölgelere SİT… denir*", https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc056/kanuntbmmc056/kanuntbmmc05601710.pdf, (29.05.2017). Konuyla ilgili bkz. **Sancakdar**, s. 76.

167 **Sancakdar**, s. 77.

168 **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 189.

169 **Sancakdar**, s. 77.

170 http://www.icomos.org.tr/?Sayfa=Icerik&ayrinti=Icomos&dil=tr, (29.05.2017).

masını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir"[171].

4. 1982 Sonrası Dönem

1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nun kentsel koruma konusunda yetersiz kalması üzerine, 1983 yılında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun, *anıt* yerine, *kültür varlığı* kavramını benimsemeyi tercih etmiştir[172]. Ayrıca Kanun ile GEEAYK kaldırılmış; korunması gereken taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları yeniden belirlenmiş; kentsel sit alanlarında planlı korumanın kabul edilmesiyle Koruma Amaçlı İmar Planı kavramı getirilmiştir. Bu doğrultuda kültür ve tabiat varlıklarının korunması, tespit, tescil işlemleri bakımından Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurullarına çeşitli sorumluluklar yüklenmiştir[173].

1983 yılında çıkarılan, eski eserlerin korunması bakımından önem arz eden başka kanunlar da bulunmaktadır. 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu bunlara örnektir[174].

1987 yılında çıkarılan 3386 sayılı Kanun ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu'nun bazı maddelerinde değişikliğe gidilmiştir[175].

14.07.2004 tarihinde ise, 5226 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bu Kanun ile yönetim alanı, yönetim plânı, bağlantı noktası gibi yeni tanımlamalar oluşturulmuştur[176]. Ayrıca koruma plânlaması

---

171 https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf, (29.05.2017). Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Sancakdar**, s. 77-78.

172 Kanun metni ve metinde yer alan tanımlamalar için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5. 2863.pdf, (29.05.2017).

173 **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 192-195. Ayrınıtlı bilgi için bkz. **Sancakdar**, s. 78-79.

174 Ayrıca 1985 yılında çıkarılan 3194 sayılı İmar Kanunu; 1994 yılında çıkarılan 3998 Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun; 2000 yılında çıkarılan 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu konuyla ilgili diğer kanunlardır (**Sancakdar**, s. 80).

175 3386 sayılı Kanun metni için bkz. https://www.kanunum.com/file/cid9902_vid32583_fid7018, (29.05.2017). Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Sancakdar**, s. 79.

176 Kanun metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5226.html, (29.05.2017).

içerisinde, eylem alanlarının ve önceliklerin belirlenmesi mümkün kılınmaya çalışılmıştır. Kanun, "Katılımcı Alan Yönetim Modeli" ile yeni kaynak imkânı sağlanması, örgütlenme modellerinin üretilmesi, planlama etapları ile uygulamada görev alacak sorumluların belirlenmesi, kullanıcı katılımının sağlanması sûretiyle sürdürülebilir bir yönetim modeli benimsemesi yönleriyle, daha önceden çıkarılan korumaya ilişkin düzenlemelerden ayrılmaktadır[177].

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda, 2011 yılında 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname; 2013 yılında ise, 6498 sayılı Kanun ile tekrar değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile Kanun'a doğal (tabii) sit, sokak sağlıklaştırma proje ve uygulamaları, etkileşim-geçiş sahası gibi yeni kavramlar eklenerek bunların tanımlamaları yapılmıştır. Ayrıca korunması gereken taşınmaz kültür varlıklarının tespit ve tesciline ilişkin hususlarda düzenlemelere gidilmiştir[178].

Geçmişteki adıyla eski eser, günümüzdeki adıyla kültür ve tabiat varlıkları hukuku, gerek mevzuattaki değişiklikler, gerekse Koruma Yüksek Kurulu ilke kararlarıyla gelişimini hâlâ devam ettirmektedir. Örneğin, doğal sit alanlarının yeni sınıflandırması, Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik doğrultusunda, ardışık dört mevsim yapılan Ekolojik Temelli Bilimsel Araştırma Projeleri sonucunda ortaya çıkan raporlarla belirlenmiş; *kesin korunacak hassas alanlar*, *nitelikli doğal koruma alanları* ve *sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları* olarak yeniden tescil edilmiştir[179].

Mevzuattaki gelişmeler devam etmekle birlikte, doktrinde de belirtildiği üzere, mevzuattaki dağınıklık ve sistematik bütünlükten yoksunluk dikkati çekmektedir[180]. Bunun nedeni olarak kültür ve tabiat varlıkları hukukunun oldukça geniş bir alanı kapsaması gösterilebilir. Ancak yine de, mevzuatın sistematik bir bütünlük içerisinde olması önem arz etmektedir. Bu doğrultuda yapılacak çalışmalar, uygulayıcıların işini de kolaylaştıracaktır.

---

177 **Kejanlı/Akın/Yılmaz**, s. 197. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sancakdar**, s. 81-82.

178 Değişiklikleri içeren Kanun metinleri için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.Aspx?MevzuatKod=1.5.2863&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=2863, (29.05.2017).

179 Bu doğrultuda Yönetmelik'te belirtilmeyen hususlara açıklık getirilmesi amacıyla 05.01.2017 tarihinde bir ilke kararı (99 sayılı) alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.csb.gov.tr/db/tabiat/editordosya/Dogal_sit_koruma_kullanma_ilke_karari_25_1_2017(1).pdf, (16.08.2017).

180 Bu yönde eleştiri için bkz. **Sancakdar**, s. 82-83.

SONUÇ

Eski eserler, tarihî, arkeolojik veya sanatsal değeri olan, eski devirlerden bizlere ulaşan ya da ileride böyle değerleri taşıyacağı kesin ve mutlak olan, sayıca sınırlı malları ifade etmektedir.

Eski eserlerin korunması gerektiği anlayışı, ilk başlarda kutsal değerler üzerinden gerçekleşmiş; bazı toplumlarda sanatsal ve estetik kaygılar nedeniyle muhafaza yoluna gidilmiştir.

Birinci ve İkinci Dünya Savaşları'nda yaşanan eski eser tahribatı ve uluslararası toplumun koruma algısındaki değişim ve gelişim neticesinde çok sayıda uluslararası sözleşme kabul edilmiştir. Bu doğrultuda kurulan ve faaliyetlerine devam eden UNESCO, kültür ve tabiat varlıkları hukukunun gelişimine öncülük ederek bu sözleşmelerin meydana getirilmesinde etkili olmuştur.

Eski eser koruma anlayışının Türk hukukundaki gelişimi incelendiğinde, İslâm diniyle birlikte taşınırlar bakımından bu hukuk sisteminin kendine özgü kurallarının kabul edildiği; taşınmazlar bakımından vakıf kurumunun korumacılık anlayışında önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Eski eser hukukunun gelişimi, Tanzimat döneminde çıkarılan Âsâr-ı Atîka Nizamnâmeleri ile ivme kazanmıştır. Bunda eski eserlerin korunması gerektiği anlayışının, bilfiil yaşanılan olaylar (ör; eski eser kaçakçılığına ilişkin Schliemann davası) neticesinde öğrenilmesinin etkili olduğu söylenebilir. Bunun yanında Tanzimat döneminde, korumacılık anlayışı bakımından kurumsallaşma faaliyetleri başlamıştır.

Cumhuriyet döneminde ilk başlarda eski eser koruma bilinci tam olarak yerleşememiş olsa da, zamanla çeşitli hukukî düzenlemeler ile eski eser hukuku gelişimini hızlandırmış ve 1973 yılında 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu kabul edilmiştir. 1983 yılında kabul edilen 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu ise, *eski eser* kavramı yerine, *kültür ve tabiat varlıkları* ifadesini benimsemiştir. Günümüzde eski eser hukuku, bu Kanun kapsamında yer alan hükümler ve Kanun'da öngörülen Koruma Yüksek Kurulu'nun aldığı ilke kararları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, tanımlamalar, kapsam, tespit, tescil, koruma gibi hususlarda çok daha kapsamlı bir alanı ifade etmektedir. Bununla birlikte konuyla ilgili mevzuat oldukça geniş olduğundan, bir dağınıklık söz konusudur. Düzenlenmiş olan yönetmeliklerin sayısı oldukça fazladır.

KAYNAKLAR

Akgündüz, Ahmed: Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri, C. 1, (Fey Vakfı), İstanbul 1990.

Aktan, Hamza: "Maden" maddesi, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 27, s. 306-310, http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c27/c270217.pdf, (24.07.2017).

Arat, Reşit Rahmetî: Eski Türk Hukuk Vesikaları, https://www.tarihtarih.com/?Syf=26& Syz=364405, (25.09.2017).

Aydın, Mehmet Âkif: Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Basım, (Beta), İstanbul 2013.

Berki, Ali Himmet: Vakıf Hukuku Yazıları, haz. Çınar, Hüseyin, (Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları), Ankara 2013.

Cin, Halil/**Akyılmaz**, Gül: Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2015.

Çal, Halit: "Osmanlı Devletinde Âsâr-ı Atîka Nizamnâmeleri", Vakıflar Dergisi, S. XXVI, 1997, s. 391-400, (Nizamnâmeler).

Çal, Halit: "Osmanlı'dan Cumhuriyete Eski Eserler Kanunları", Prof. Dr. Kazım Yaşar Kopraman'a Armağan, Ankara 2005, s. 234-270, (Kanunlar).

Develi, Ömer: Antik Çağ'da Sikke ve Sikke Birimleri, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, (Lisans Tezi), İzmir 2014.

Düstur, 1. Tertip, C. 3, 1289.

Ekinci, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, 3. Baskı, (Arı Sanat), İstanbul 2014.

Erder, Cevat: "Venedik Tüzüğü Tarihi Bir Anıt Gibi Korunmalıdır", O.D.T.Ü. Mimarlık Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Güz 1977, s. 167-190.

Erkan, Nihal Ekin: "Ebniye Nizamnamelerinden Şehir Planlama Teorisine Uzanan Yol: İstanbul'da Şehir Planlama", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, S. 21/4, Ekim 2012, s. 1-14.

Esirgen, Seda Örsten: Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

Frank, Erich/**Schipper**, Friedrich T.: "The Roerich Pact and the Hague Convention of 1954 in the context of the law of war: a comparative analysis", The Roerich Pact and Military, Wien 2010, p. 25-33.

Gündel, Ahmet: Açıklamalı-İçtihatlı Eski Eserler Hukuku, (Seçkin Yayınevi), Ankara 1996.

Güner, Saadet: "Savaşlar ve Kültürel Miras: Kültürel Miras; Savaşların, Silahlı Çatışmaların Masum Kurbanları Olmaya Devam Ediyor", s. 1-17, http://kumid.net/admin/userfiles/etkinlikler/beykent.pdf, (24.04.2017).

Hâtemî, Hüseyin: Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969.

İnal, Tuba: "Savaş Hukukunda Tecavüz ve Yağmayı Yasakla(ma)yan Rejimler Lahey Sözleşmeleri (1899, 1907)", Uluslararası İlişkiler, C. 8, S. 29, Bahar 2011, s. 27-47.

Karakoç, İrem: "Roma Hukuku Kökenli Fideicommissum İle Cermen Hukuku Kökenli Salic Salmannus Osmanlı Vakıf Müessesinin Kökeni Olabilir Mi?", II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, C. 1, (On İki Levha), s. 423-486.

Karakoç, Serkis: Külliyât-ı Kavânîn, haz. Aydın, M. Âkif/Gedikli, Fethi/ Akman, Mehmet/Ekinci, Ekrem B./Kenanoğlu, M. Macit, C. 1, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2006.

Kejanlı, Türkan/**Akın**, Can Tuncay/**Yılmaz**, Aysel: "Türkiye'de Koruma Yasalarının Tarihsel Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 19, Kış 2007, s. 179-196.

Kuruloğlu, Fehim: "Osmanlı Devleti'nde Müzecilik", Tarih Okulu, S. VI, Ocak-Nisan 2010, s. 45-61.

Madran, Emre/**Özgönül** Nimet: Kültürel ve Doğal Değerlerin Korunması, (Mimarlar Odası), Ankara 2005.

Madran, Emre: "Osmanlı İmparatorluğunun Batılılaşma Sürecinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=352 772&/Osmanl%C4%B1-%C4%B0mparatorlu%C4%9Funun-Bat%C4%B1l%C4%B1la%C5%9Fma-S%C3%BCrecinde-K%C3%BClt%C3%BCr-Varl%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-Korunmas%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Yasal-D%C3%BCzenlemeler-/-Do%C3%A7.-Dr.-Emre-Madran-, (24.05.2017).

Mumcu, Ahmet: "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", AÜHFD, C. XXVI, S. 3-4, s. 45-78.

Mülayim, Selçuk: "Kronolojik Notlarıyla 19. Yüzyıl Osmanlı Müzeciliği", Osmanlı Araştırmaları, S. XXXIV, İstanbul 2009, s. 175-201.

Olgun, Hakan: Fransa'da Konut Politikası: Tarihî Süreç ve Bugünkü Durum, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 6, S. 14, 2017, s. 68-88.

Rıfat, Halil: Külliyât-ı Şerh-i Ceza, İstanbul 1312.

Riedlmayer, Andras J.: Destruction of Cultural Heritage in Bosnia-Herzegovina, 1992-1996: A Post-war Survey of Selected Municipalities, (Cambridge), USA 2002.

Salman, Ayla: Taşınmaz Eski Eserlerde ve Etrafında Yapılacak İnşaata Uygulanması Gereken Hükümler, İstanbul 1976.

Sami, Şemseddin: Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle), haz. Gündoğdu, Raşit /Adıgüzel, Niyazi/Önal, Ebul Faruk, 4. Baskı, (İdeal Kültür Yayıncılık), İstanbul 2014.

Sancakdar, Oğuz/**Tepe**, İlker: "Alman Hukukunda Kültür Varlığı (Kulturdenkmal) Kavramı ve Başlıca Koruma İlkeleri", DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009 (Basım Yılı: 2010), s. 1753-1802.

Sancakdar, Oğuz: Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, (Seçkin), Ankara 2012.

Sencer, Muzaffer: "İnsan Hakları ve Savaş", http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/d78281b57424376_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, (29.05.2017).

Serahsî, Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed: Mebsût, ed. Mustafa Cevat Akşit, C. 14, (Gümüşev), İstanbul 2008.

Seyitdanlıoğlu, Mehmet: "Tanzimat Dönemi İmar Meclisleri", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi, S. 3, 1992, s. 323-332.

Sönmez, Ali: "Truva Hazinelerinin Peşinde Bir Hukuk Mücadelesi: Osmanlı Devleti ve Schliemann Davası", OTAM, S. 29, Bahar 2011, s. 215-228.

Tekdemir, Aziz: Tanzimat Dönemi Nafia Nezareti, Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Ocak 2011, s. 109-132.

Tekin, Oğuz: "Başlangıcından Türkiye Cumhuriyeti'ne Kadar Türk Devletlerinin Sikkeleri", Genel Türk Tarihi, C. 3, (Yeni Türkiye Yayınları), Ankara 2002, s. 517-534.

Tosun, Mebrure/**Yalvaç**, Kadriye: Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi˘Ṣaduqa Fermanı, (Türk Tarih Kurumu Basımevi), Ankara 1975.

Turan, Osman: Selçuklular Tarihi ve Türk-İslâm Medeniyeti, 17. Basım, (Ötüken), İstanbul 2014.

Turan, Şerafettin: Osmanlı Teşkilâtında Hassa Mimarları, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 1, 1963, s. 159-200.

Umar, Bilge/**Çilingiroğlu**, Altan: Eski Eserler Hukuku, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları), Ankara 1990.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975.

Üçok, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Tamamen Yenilenmiş 17. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2015.

Yıldırım, Celâl: Kaynaklarıyla İslâm Fıkhı, 6. Baskı, C. 2, (Uysal Kitabevi), Konya 1991.

Yücel, Erdem: TDV İslâm Ansiklopedisi, "Müze" maddesi, C. 32, s. 240-243, http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c32/c320179.pdf, (10.09.2017).

Zeyl-i Düstur, C. 4, 1298.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

Y.N	YAYININ ADI	YAZARI
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah.(ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2)(İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdi İş İlişkileri) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisata Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri. (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (Ankara-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER
20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU

25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr.Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç. Dr.Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANK.-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANK.-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslagı (ANKARA-1993)	Prof.Dr. S.EDİS-/ B.ÖZTAN/F.ÖZTAN
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticarî İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANK.-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANK.-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANK.1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalâtta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK. 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44 -	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANK.-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım)- (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANK.-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANK.-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım)-(ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M.Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANK.-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr.Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ-Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA -1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR -1995)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR -1995	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU

61-	Sosyal Maliye (İZMİR - 1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR -1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür.(İZMİR -1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR -1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR -1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR -1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72 -	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR -1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
73-	Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Ziya AKINCI
74-	Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR -1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
75-	İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR -1997)	Dr. Meltem KUTLU
76-	Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR -1997)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
77-	Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR -1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
78-	Çevre Hukuku (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
79-	Hukuk Başlangıcı (ANKARA - 1997)	Prof.Dr. Bilge UMAR
80-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım)-(İZMİR 1997)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
81-	Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997)	
82-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas.(İZMİR -1997)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
83-	Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
84-	Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR - 1998)	Arş.Gör. M.Beşir ACABEY
86-	Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
87-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım)-(İZMİR 1998)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
88-	Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
89-	Genel İktisat (3.Basım) -(İZMİR-1998)	Prof.Dr. Sadık ACAR
90-	İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU Dr. Oğuz SANCAKDAR Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
91-	İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
92-	4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)	Arş.Gör. Murat AYDOĞDU

93-	Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)	Doç. Dr. Huriye KUBİLAY
94-	İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999)	Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK
95-	1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999)	Prof. Dr. Zafer GÖREN
96-	Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999)	Prof. Dr. Zafer GÖREN
97-	Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000)	Prof. Dr. Zafer GÖREN
98-	Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000)	Prof. Dr. Zafer GÖREN
99-	Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000)	Prof. Dr. Melda SUR
100-	Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR 2001)	Doç. Dr. Nevzat KOÇ/ Arş. Gör. Murat AYDOĞDU
101-	Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR 2001)	Doç. Dr. Oğuz ATALAY
102-	Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (İZMİR 2001)	
103-	İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR 2001)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
104-	2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu	
105-	Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)	
106-	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
107-	Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
107-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 1 2002) İzmir	
108-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 2 2002) İzmir	
109-	Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Arş.Gör. Murat ÖNOK Arş.Gör. Behiye EKER Arş.Gör. Sesim SOYER Arş.Gör. Serkan EKİZ
110-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 1 2003) İzmir	
111-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 2, 2003) İzmir	
112-	DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir	

113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir

114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir

115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan-
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S. 2005) İzmir

116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir

117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir

118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir

119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir

120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:9, Özel S. 2007) İzmir

121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir

122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)

123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir

124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir

125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel Sayı, 2009) (Basım Yılı 2010) İzmir

126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir

127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir

128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir

129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir

130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel Sayı, 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir

131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir

132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir

133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir

134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir

135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir

136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel Sayı, 2013) (Basım Yılı 2014) İzmir

137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir

138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir

139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir

140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014) (Basım Yılı 2015) İzmir

141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir

142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir

143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir

144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir

145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir

146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve
Özel Hukuk Anabilim Dalları Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel Sayı, 2017) İzmir

149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir

150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir

Toptan veya Perakende İsteme Adresi
D.E.Ü. Hukuk Fakültesi
Tınaztepe Yerleşkesi 353900, Buca-İZMİR
Tel : (232) 420 18 00 - 301 60 46 Fax: (232) 301 60 09

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINI